



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2019

Julio a Septiembre 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 PENAL - Es diferente de la contravencional de policía	3
2. ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO A CARGOS EN CASOS DE FLAGRANCIA	5
3. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Modalidades	7
4. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública	9
5. AGRAVANTE POR EL CARÁCTER, POSICIÓN O CARGO EN LOS DELITOS SEXUALES	13
6. BIENES DE USO PÚBLICO - Terrenos de bajamar	15
7. CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación (Ley 1828 de 2017)	18
8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Salas que la integran	20
9. DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO COMO PRUEBA DE REFERENCIA	23
10. DEFINICIÓN DE COMPETENCIA - Improcedencia	30
11. DELITO CULPOSO - Imputación jurídica del resultado	32
12. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Se vulnera	36
13. DESAPARICIÓN FORZADA - Coautoría impropia	38
14. DETENCIÓN PREVENTIVA - Vigencia temporal	43
15. DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial	47
16. EXTRADICIÓN - Competencia de la Corte Suprema de Justicia	51
17. FACULTAD DE PRESCINDIR DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA	52
18. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO - Configuración	55
19. FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - Se configura	57
20. FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento	62
21. FRAUDE DE SUBVENCIONES - Momento consumativo	66
22. FRAUDE PROCESAL - Configuración	66
23. HABEAS CORPUS - Improcedencia	73

24. IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO	74
25. IMPEDIMENTO - <i>Improcedencia</i>	78
26. IMPEDIMENTO POR HABER ACTUADO COMO FISCAL	79
27. INASISTENCIA ALIMENTARIA - <i>Error de tipo</i>	80
28. INVESTIGACIÓN PREVIA - <i>Término</i>	82
29. JUZGADOS PENALES DE EXTINCIÓN DE DOMINIO - <i>Competencia</i>	86
30. LAVADO DE ACTIVOS - <i>Configuración</i>	88
31. NON BIS IN IDEM - <i>Se vulnera</i>	90
32. NOTIFICACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA	91
33. PECULADO POR APROPIACIÓN - <i>Se configura</i>	94
34. PECULADO POR APROPIACIÓN - <i>Tipo penal monosubjetivo</i>	97
35. PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES DEL JUEZ	99
36. PREVARICATO POR ACCIÓN - <i>Se configura</i>	100
37. PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - <i>Apelante único</i>	104
38. PROHIBICIÓN SOBRE REBAJAS PUNITIVAS Y BENEFICIOS	107
39. RECURSO DE APELACIÓN RESPECTO DE BENEFICIO, SUBROGADO O MECANISMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN	108
40. RESOLUCIÓN INHIBITORIA - <i>Es susceptible de los recursos ordinarios</i>	109
41. SENTENCIA - <i>Error aritmético</i>	111
42. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Declaraciones rendidas antes del juicio</i>	113
43. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Impugnación de competencia</i>	115
44. TESIS DE LA RAZÓN OBJETIVA FRENTE A DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE	116
45. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - <i>Agravado</i>	118
46. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - <i>Elementos</i>	120



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2019

Julio a Septiembre 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 PENAL

Es diferente de la contravencional de policía

Al casar parcialmente el fallo impugnado, para aclarar que la condena por *violencia intrafamiliar* impuesta al procesado derivaba de la afectación de su menor hija y no de su expareja, la Sala tuvo ocasión de descartar la argumentación defensiva orientada a invocar la aplicación de los principios de *non bis in ídem* y *cosa juzgada*, que fincó en la circunstancia de haber recibido una *sanción contravencional*. En tal perspectiva, la Corte explicó las diferencias entre el *delito* y la *contravención de policía*, de cara a la *libertad de configuración legislativa*, así como sus *consecuencias jurídicas*, que, aplicadas al caso en concreto, comportaron, de un lado, el ejercicio de la *acción policiva*, que se adelantó en su contra con ocasión de un comportamiento de embriaguez y exaltación; y de otro, el despliegue de la de carácter *penal*, cuya actuación se inició para dilucidar el *maltrato psicológico* que infringió a un miembro de su núcleo familiar.

SP679-2019 (51951) del 6/03/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NON BIS IN IDEM - Alcance y significado || **COSA JUZGADA** - Relación con el principio non bis in ídem || **DELITO** - Diferente a una contravención policial || **POLICÍA NACIONAL** - Finalidad || **CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA (LEY 1801 DE**

2016) - Finalidad || **CONGRESO DE LA REPÚBLICA** - **Funciones:** libertad de configuración legislativa para establecer delitos y contravenciones || **DELITO** - **Diferente a una contravención policial:** consecuencias jurídicas || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Diferente a una contravención policial por embriaguez y exaltación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - **Elementos:** verbo rector, maltratar, las acciones pueden ser tanto físicas como psicológicas || **ACCIÓN PENAL** - Es diferente de la contravencional de policía

«El artículo 29 del texto superior consagra la garantía fundamental del **ne bis in ídem**, según la cual no es viable jurídicamente que un mismo hecho sea objeto de persecución penal simultánea o diferida por autoridades judiciales distintas, veda para la cual debe mediar identidad de la persona juzgada, del objeto del proceso y del fundamento o causa.

De tal apotegma que se traduce en la imputación única basada en el mismo comportamiento atribuido a la persona, se bifurcan los **principios de cosa juzgada y non bis in ídem**, e impide endilgarle más de una vez la misma conducta, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé y si se le ha resuelto su situación jurídica de manera definitiva sea con sentencia ejecutoriada o providencia con igual fuerza vinculante, no podrá ser sometida a una nueva actuación por ese mismo comportamiento.

Aquí **el defensor estima que CC al haber sido sancionado en calidad de contraventor** por el comportamiento que desplegó el 3 de abril de 2016 cuando se presentó a la casa de su ex esposa a insultarla, como se trató de un escándalo público, **el trámite penal está de más, sin embargo, se advierte la sinrazón de tal planteamiento ya que una contravención policial difiere ontológica y teleológicamente de un delito.**

En el **Código de Nacional de Policía** vigente para el momento de los hechos, Decreto-Ley 1355 de 1970, **la Policía tenía como finalidad proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan**, encomendándosele la función de conservar el orden público interno a través de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas.

Específicamente, en el artículo 202 en las **contravenciones** que daban lugar a reprensión en audiencia pública se le atribuyó a los comandantes de Estación y de Subestación Policial reprender a quien de cualquier modo perturbara la tranquilidad del lugar, molestando a los vecinos, gritando etc., para lo cual no era necesario emitir resolución escrita, bastaba con levantar acta en la que tras consignar los hechos e identificar al contraventor se indicara la medida correctiva aplicada, incluso era viable solo con hacer las anotaciones respectivas en el libro que al efecto se llevara en el Comando de Policía.

A partir del 30 de enero de 2017 entró a regir el **nuevo Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016)**, ordenamiento que también propende por la convivencia pacífica, respetuosa y armónica y prevé en el artículo 31 el derecho a la tranquilidad y las relaciones respetuosas como esencia de la convivencia, encargando a la Policía la misión de prevenir la realización de comportamientos que afecten la tranquilidad, privacidad y sosiego de las personas.

Pero **la forma de calificar la conducta como contravención policial o delito está dentro de la libertad de configuración**, pudiendo el **legislador** elevar a delitos conductas que estima afectan en mayor grado al conglomerado social, en tanto que las contravenciones están focalizadas generalmente al respeto de las normas de convivencia, de cómo se han de adoptar determinados comportamientos en la sociedad. Son así mínimas transgresiones a las reglas sociales, de ahí que el trámite para la imposición de la sanción respectiva sea breve y se encomiende a las autoridades de policía.

Las consecuencias jurídicas en uno y otro evento son también disímiles. La drasticidad acompaña al delito, en tanto que las contravenciones bajan de entidad al ser generalmente conminaciones, amonestaciones, las cuales se desprenden del carácter eminentemente preventivo de éstas, con miras a que no suceda un mal futuro.

Aquí **si bien con el fin de que preservar la tranquilidad ciudadana LC fue conducido a la**

Estación de Policía [...] dada su exaltación, su comportamiento **desbordó el marco contravencional e ingresó al terreno delictual en tanto afectó** la armonía doméstica propia de **la familia**.

En efecto, en la audiencia de juicio oral (evidencia N° 7), se incorporó copia la anotación hecha a las 21:30 horas del 3 de abril de 2016 en el libro del Comando Policial en la cual se da cuenta de la llamada hecha por MA indicando que su ex esposo LC se había hecho presente en su casa para *“fomentar riña y escándalo público”*, razón por la cual fue conducido a la Estación de Policía ya que estaba en *“alto grado de exaltación y aparente estado de embriaguez”* (folio 97 y 98).

Pero MAV en su declaración en el juicio afirmó que en la noche del 3 de abril de 2016 luego de ser llevado CC a la Estación de Policía regresó a su casa hacia las doce y media o una (del otro día) lanzó piedras y patadas al inmueble rompiendo un ventanal, al tiempo que la gritaba y la amenazaba. Agregó que tales actos fueron presenciados por sus hijos, quienes se asustaron, se pusieron a llorar y no pudieron dormir. Que a la niña V.K.C.A la debió llevar a tratamiento psicológico por sentirse atormentada con las acciones del padre, ya que no es la primera vez que pasa un incidente de esos, al punto que desde agosto de 2011 le tocó acudir a la Comisaria de Familia de la localidad donde le expidieron una medida de protección intrafamiliar, la cual CC nunca cumplió.

Lo anterior denota que **se está ante diferentes fundamentos normativos, pues uno fue el motivo por el cual el procesado fue conducido a la Estación de Policía dada su embriaguez y grado de exaltación**, en tanto que **otro fue el maltrato psicológico que infligió a los integrantes de su familia**.

Paralelamente, también **fue diferente la finalidad que informó la actuación de la Policía**, como lo destacó en la audiencia de juicio oral el Patrullero UTC, quien ante el llamado de MA acudió al lugar, y precisó que CC fue llevado a la Estación por no atender el requerimiento que se retirara del lugar por sus propios medios, además, **porque presentaba embriaguez y exaltación**, destacándose así un carácter **netamente preventivo** a fin de que no fuera a causar algún daño, **en tanto que el fin de la actuación penal fue investigar y sancionar el maltrato** que se tradujo en grosería y amenazas que el procesado lanzó **hacia los miembros de su familia**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

2. ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO A CARGOS EN CASOS DE FLAGRANCIA

Las rebajas conferidas por la ley 1826 de 2017, aplican por favorabilidad respecto de condenados por delitos enlistados en el procedimiento abreviado

La Sala decidió *casar* parcialmente el fallo condenatorio impugnado, luego de advertir que el Tribunal incurrió en *violación directa de la ley* procesal penal de efectos *sustanciales*, pues a pesar que la *aceptación de cargos* en un caso de *captura en flagrancia*, se dio frente a una conducta enlistada en el *procedimiento especial abreviado* -como lo fue el delito de *Hurto Calificado y Agravado*-, no dispuso la rebaja conferida en la Ley 1826 de 2017, pese a tratarse de una normatividad que ya regía para el momento en que se adoptó la decisión, la cual resultaba más favorable a los sentenciados, quienes fueron procesados bajo los parámetros del *sistema penal acusatorio*. En este sentido, complementó y aclaró el *precedente* de la Corporación sobre la materia, precisando que el *principio de favorabilidad* es de *obligatoria aplicación* y opera *sin excepción alguna*, inclusive cuando se trata de personas *condenadas*, por lo que estimó procedente implementarlo en su modalidad *retroactiva*, mediante la *redosificación* de la sanción impuesta.

SP3383-2019 (51776) del 14/08/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, flagrancia, favorabilidad || **LEY PENAL - Vigencia** || **LEY PENAL - Aplicación:** de la vigente al momento de la comisión del hecho || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Concepto** || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación retroactiva de la ley penal:** aun cuando sea posterior al tiempo en el que se cometió el delito || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación retroactiva de la ley penal:** se extiende a la procesal de efectos sustanciales || **PRINCIPIO**

DE LEGALIDAD - Aplicación retroactiva o ultractiva de la Ley || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Se debe aplicar sin excepción** || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplica a favor del procesado** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** ámbito de aplicación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ley 1826 de 2017:** vigencia || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - También rige para los condenados** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** flagrancia, las rebajas conferidas por la ley 1826 de 2017, aplican por favorabilidad respecto de condenados por delitos enlistados en el procedimiento abreviado

«La Sala **casará** la sentencia para **redosificar** la pena impuesta a los acusados, como consecuencia de la prosperidad del cargo propuesto en la demanda, toda vez que **el Tribunal** al tasarla **dejó de aplicar por favorabilidad** el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, que contempla una rebaja punitiva mayor a la prevista en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, para quien sorprendido en flagrancia acepta los cargos formulados en la audiencia de imputación.

En el proceso penal **se aplica la ley vigente al momento de la comisión del hecho**, salvo que una posterior prevalezca dada su benignidad.

La favorabilidad es principio añejo y universal en materia criminal, el cual **obliga a preferir la ley permisiva o favorable** sobre la odiosa o restrictiva, sea retroactiva o ultractivamente.

La aplicación retroactiva de la ley penal se encuentra descrita en instrumentos internacionales, los cuales consagran que “*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*”

El ordenamiento jurídico interno también la acoge, al mandar la aplicación de la ley favorable, “*aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito*”; “*aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”; y, “*aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”

La misma **se extiende a la ley procesal penal de efectos sustanciales** al privilegiar la benigna, la cual “*aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”.

En tales condiciones, el cumplimiento de tal principio resulta ineludible para los funcionarios judiciales, a quienes frente al tránsito o coexistencia de leyes les corresponde en cada caso concreto verificar su procedencia y aplicación, toda vez que **sin excepción debe preferirse la ley favorable**.

Ahora bien, la **Ley 1826 de enero 12 de 2017** que creó el título VIII de la Ley 906 de 2004, **estableció** en su capítulo I del título I, **un procedimiento especial abreviado** para los delitos relacionados en su artículo 10, entre los cuales, se halla el hurto calificado según las modalidades descritas en el artículo 240 del Código Penal y agravado por las causales 1 a 10 del artículo 241 del mismo estatuto sustantivo.

Respecto de su **vigencia**, la ley determinó que entraría a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación, precisando que se aplicará i) a los delitos cometidos bajo su vigor; y, ii) a los cometidos con anterioridad a este, siempre que no se hubiera formulado imputación al indiciado en los términos de la Ley 906 de 2004.

Aun cuando la nueva ley, impide ajustar al procedimiento especial abreviado las actuaciones en trámite por los hechos punibles expresamente relacionados en ella, **tal prohibición no constituye obstáculo legal para reconocer al sujeto pasivo de la acción penal las situaciones más favorables en los procesos iniciados antes de su vigencia**, conforme lo disponen los instrumentos internacionales, el postulado constitucional y los mandatos legales citados.

La Corte Constitucional en sentencia C-225 de 2019, al declarar la exequibilidad condicionada del inciso 2° del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 así lo reconoce, al precisar que tal precepto no excluye la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política [...]

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 previó que la aceptación de cargos del indiciado antes de la audiencia concentrada **“dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena”**, el cual también aplicará **“en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”**

La ley 1453 de 2011, modificatoria del artículo 301 de la 906 de 2004, en el párrafo de su artículo 57 dispuso que la persona sorprendida

en alguna de las hipótesis de flagrancia contempladas en el, **“sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”**.

Mientras esta norma prevé apenas una disminución de la pena imponible equivalente al 12.5%, para quien acepta los cargos atribuidos en la audiencia de formulación de la imputación, aquella consagra una mayor al disponer **“hasta la mitad de la pena”**, para el indiciado que los acepta previamente a la audiencia concentrada.

La supresión de la audiencia de formulación de la imputación y la acumulación de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria en la concentrada, razón por la cual los procesos en curso por los delitos relacionados en la citada normatividad son excluidos del procedimiento especial abreviado, **no constituye obstáculo para aplicar el principio de favorabilidad al consagrar una rebaja de pena mayor**.

[...] De otro lado, la Ley 1826 de 2017 hace inaplicable las disposiciones de la 906 de 2004 que riñan con el procedimiento especial abreviado que debe seguirse en relación con los delitos citados expresamente en ella, de modo que las situaciones favorables creadas no aplican para los que deben tramitarse por el procedimiento ordinario.

En consecuencia, **el beneficio punitivo contemplado en la citada ley, procede por favorabilidad para aquellos asuntos rituados bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004 por los delitos enunciados en el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017**, cuyas actuaciones se encontraran en trámite a la fecha en que entró a regir o concluidas con sentencia en firme, **“salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”**

Es pertinente advertir que **ningún mandato constitucional y legal, impide que la reducción de pena en el monto establecido en el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 favorezca a los condenados, en la medida que el principio de favorabilidad opera sin excepción alguna y con preferencia sobre la ley odiosa o restrictiva**.

Basta recordar que la Ley 153 de 1887, en el inciso segundo de su artículo 44, al tratar la favorabilidad expresa que **“Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena”**, señalando en su artículo siguiente

que tal disposición tiene aplicación **“Si la ley nueva minora de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena”**.

En el mismo sentido, el artículo 6 de la Ley 599 de 2000 hace extensiva **la aplicación de la ley favorable**, al indicar que **“también rige para los condenados”**.

JURISPRUDENCIA – Precedente: aclaración y complementación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** aceptación o allanamiento a cargos, flagrancia, favorabilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** disminución punitiva, flagrancia || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Se debe aplicar sin excepción** || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Marco jurídico** || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Falta de aplicación:** se configura || **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** - Es susceptible de aplicación de las rebajas punitivas de la ley 1826 de 2017 || **CASACIÓN - Redosificación punitiva**

«De esta manera, **la Sala aclara y complementa** el auto del 5 de diciembre de 2018, rad. 52535 [...]

En este asunto, los acusados RR y RM fueron condenados por el delito de **hurto calificado, agravado** por la causal 10 del artículo 241 del Código Penal, el cual se encuentra relacionado en el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017.

Ambos **aprehendidos en situación de flagrancia**, el 13 de noviembre de 2016 en audiencia de formulación de imputación **se allanaron al cargo formulado**.

Si bien es cierto, para el 7 de julio de 2017, fecha en la cual fue proferida la sentencia de primera instancia, la Ley 1826 de ese año aún no regía, también lo es que al dictarse la de segunda el 28 de septiembre siguiente, tal normatividad se encontraba vigente.

El Tribunal, a pesar que uno de los temas de apelación guardaba relación con la punibilidad, pasó por alto examinar si en este caso era aplicable la disposición que en la demanda de casación se echa de menos, de modo que la pena impuesta por el a quo la mantuvo inmodificable.

Dada la evidente aplicación indebida del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 e inaplicación del artículo 16 de la Ley 1826 de 2007, precepto procesal con efectos sustanciales favorable a los acusados, con fundamento en este se reducirá la pena en la proporción prevista, al cumplirse los presupuestos para su procedencia, esto es, haber sido aprehendidos en situación de flagrancia, aceptado los cargos en la audiencia de formulación de la imputación y el delito corresponder a los que deben tramitarse por el procedimiento especial abreviado.

En consecuencia, ante la prosperidad del cargo, **la Sala procederá a casar parcialmente la sentencia redosificando la pena impuesta a los inculpados.**

Con respeto a los parámetros legales del juzgador tenidos en cuenta para determinarla en catorce (14) años de prisión para cada uno de los inculcados, dicho monto se reducirá en la mitad en razón del allanamiento a cargos en su primera diligencia judicial, quedando establecida en siete (7) años y no en los doce (12) años y tres (3) meses que inicialmente fueron fijados aplicando la disminución prevista por el artículo 301 de la Ley 906 de 2004».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

3. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS **Cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo**

La Sala decidió *no casar* la sentencia impugnada, en la que se condenó al procesado como autor del delito de *Actos Sexuales con menor de catorce años*, para cuyo efecto descartó

los cargos propuestos por el recurrente. En este sentido, estimó particularmente relevante recordar que este tipo penal tiene configuración bajo varias *modalidades*, una de las cuales tiene lugar cuando la conducta diversa del acceso carnal se realiza *en presencia* del menor de edad, cuestión que la corporación analizó, para ratificar que en el asunto examinado no se vulneró el *principio de congruencia*, toda vez que la Fiscalía sí hizo mención clara de los *hechos jurídicamente relevantes* alusivos a esta forma de comportamiento, que fue el que motivó válidamente el fallo adverso a aquél por parte del juzgador.

SP1714-2019 (45718) del 15/05/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA- No se vulnera || ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - **Modalidades:** cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Se configura**

«El demandante [...] acusa violado el referido axioma porque además de que en la acusación no se precisó, dentro de los diversos verbos rectores que componen la descripción típica del delito de actos sexuales con menor de 14 años, la modalidad atribuida al procesado, el juzgador terminó emitiendo sentencia de condena por un comportamiento no contenido fácticamente en la acusación, ni en las alegaciones fiscales.

El examen, sin embargo, de la acusación y su confrontación con las sentencias de instancia permiten advertir **infundado tal reparo**.

Así, sin que exista confusión ni duda algunas, **la Fiscalía en el acto de acusación indicó los hechos jurídicamente relevantes y específicamente que el procesado, en varias ocasiones**, al menos dos, cuando la menor llegaba del colegio o tenía que trasladarse al lavadero de su casa, llamaba su atención para exhibirsele no solamente desnudo sino también masturbándose, es decir y sin que sea necesario

el uso de fórmulas sacramentales o expresiones gramaticales absolutamente precisas, que **en presencia de la menor de 14 años ejecutaba actos sexuales diversos del acceso carnal**, lo cual jurídicamente se halla previsto en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, **norma que sanciona, entre otras conductas, a quien realizare actos de aquella indole en presencia de una persona menor de 14 años**.

Y si se trata de las alegaciones de conclusión, la misma transcripción que hace el censor revela, no solo que la Fiscalía se remitió a la acusación, sino que además reseñó de manera asaz circunstanciada **la conducta y los hechos jurídicamente relevantes** [...]

[...] Luego, en contra de lo dicho por el censor, es incuestionable que la Fiscalía determinó expresamente los delitos, tanto en la acusación, como en los alegatos a través de los cuales solicitó condena, al precisar por un lado, los **hechos jurídicamente relevantes** que los constituían y **nunca fueron variados**, y por otro, señalando el precepto dentro del cual se tipificaban, con indicación de que se trataba, según se transcribió, de la realización de **actos sexuales diversos del acceso carnal en presencia de una menor de 14 años**.

Por tanto, si el juez condenó, como en efecto lo hizo, por ese supuesto fáctico reseñado en la acusación y tipificado en el artículo 209 del Código Penal, es evidente que **ninguna afectación se produjo al principio de congruencia**.

Ahora, que el a quo al inicio de sus consideraciones haya afirmado que incurre en dicho delito quien realizare **actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años**, no deja de ser, en este caso, una afirmación aislada que en manera alguna podría sustentar la infracción denunciada por el censor, cuando en toda la argumentación seguida a aquella se advierte que **la conducta imputada al acusado no fue otra que la de realizar en presencia de una menor de 14 años actos sexuales diversos al acceso carnal**.

[...] En conclusión, **como el acusado lo fue por realizar actos sexuales diversos del acceso carnal en presencia de una menor de 14 años**, conducta que se incluye dentro de las tres que pune el artículo 209 del Código Penal, en cuyo respecto se hizo la correspondiente imputación jurídica y tanto por esos hechos, como por esta

tipicidad fue condenado en las instancias, **el reproche propuesto en torno a una supuesta transgresión al principio de congruencia, carece de prosperidad».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

4. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)

Límite temporal para el acogimiento voluntario a la Jurisdicción Especial para la Paz, por parte de agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la fuerza pública

La Sala estimó reunidos los parámetros requeridos para disponer la remisión del asunto por *competencia* a la *Jurisdicción Especial para la Paz*, habida cuenta que el procesado se sometió libremente a esa especialidad, en un evento en el que las conductas atribuidas guardan nexo con el *conflicto armado interno*. Adicionalmente, la Corte hizo especial énfasis en que se cumplió en el caso con el denominado *límite temporal*, predicable de los *agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública*, por cuya virtud el *acogimiento voluntario* a la JEP, debe producirse dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley estatutaria de esa jurisdicción, los cuales vencen el 6 de septiembre de 2019.

AP2476-2019 (50326) del 26/06/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: comparecen a la JEP de manera voluntaria || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujetos destinatarios (Ley 1922 de 2018):** terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Procedimiento para los terceros y agentes del Estado no integrantes de la**

fuerza pública que manifiesten su voluntad de someterse a la JEP, requisitos y trámite || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** competencia prevalente, preferente y exclusiva frente a delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** la competencia para definir la remisión de las actuaciones es del funcionario de la jurisdicción ordinaria || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública:** si presentan la petición de acogimiento directamente en la Jurisdicción Especial para la Paz, debe analizarla y si es asunto de su competencia, solicitar el expediente a la jurisdicción ordinaria || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública:** límite temporal para el acogimiento voluntario a la Jurisdicción Especial para la Paz || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** conflicto de competencia con la Jurisdicción Ordinaria

«[...] **sobre el procedimiento para los terceros y agentes del estado no integrantes de la Fuerza Pública que manifiesten su voluntad de acogerse a la JEP, el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, señala:**

“Procedimiento para los terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública que manifiesten su voluntad de someterse a la JEP. De conformidad con lo establecido en la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, en los casos en que ya exista una vinculación formal a un proceso por parte de la jurisdicción penal ordinaria, se podrá realizar la manifestación voluntaria de sometimiento a la JEP en un término de tres (3) meses desde la entrada en vigencia de dicha ley, siempre y cuando el tercero o agente del Estado no integrantes de la fuerza pública haya sido notificado de la vinculación formal. Se

entenderá por vinculación formal, la formulación de la imputación de cargos o de la realización de la diligencia de indagatoria, según el caso.

En los demás casos en los que aún no exista sentencia, podrán realizar su manifestación de sometimiento dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.

[...]

La manifestación de voluntariedad deberá realizarse por escrito ante los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, quienes deberán remitir de inmediato las actuaciones correspondientes a la JEP. La actuación en la jurisdicción ordinaria, incluyendo la prescripción de la acción penal, se suspenderá a partir del momento que se formule la solicitud de sometimiento a la JEP y hasta tanto esta asuma la competencia.

La JEP tendrá un término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para resolver la solicitud, contados a partir de la fecha de recepción de la misma. Durante este período seguirán vigentes las medidas de aseguramiento y/o las penas impuestas por la jurisdicción ordinaria en contra del procesado, y se suspenderán los términos del proceso penal.

Vencido el plazo anterior, la Sala proferirá resolución en la que determinará si el caso expuesto en la solicitud es de su competencia o no, para lo cual se aplicará de manera exclusiva lo establecido en el Acto Legislativo No. 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la Administración de la JEP.

Si concluye que no es competente para conocer del asunto, devolverá el expediente y todo el material probatorio a la jurisdicción ordinaria dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la resolución que así lo hubiere decidido. Al cabo de este plazo, volverán a reanudarse los términos del proceso penal ordinario.

En caso contrario, es decir, si la Sala concluye que el asunto es de su competencia, así lo declarará expresamente y adelantará el procedimiento previsto en esta ley. En este supuesto, las actuaciones de la jurisdicción ordinaria tendrán plena validez.”

Esta norma, al igual que todas las expedidas en desarrollo, aplicación y cumplimiento del Acuerdo Final para la Paz, contiene dos **presupuestos que determinan el ámbito de**

aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz: (i) que la persona hubiere participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, y **(ii)** que haya sido condenada, procesada o señalada de cometer conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo.

Significa lo anterior, que la simple manifestación del investigado, procesado o condenado por la comisión de una conducta punible, no determina la competencia de la JEP, toda vez que el origen y **la naturaleza de la jurisdicción especial exige la calificación de la conducta como un hecho cometido por quien participó directa o indirectamente en el conflicto armado**, además, **que el hecho haya sido cometido con causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto.**

Ahora bien, en cuanto al funcionario competente para examinar tales circunstancias, la Sala interpretó el citado artículo 47, concluyendo que **corresponde al de la jurisdicción ordinaria ante quien se eleva la petición de acogimiento a la JEP, efectuar un análisis a partir del cual se viabilice la remisión de la actuación a esa jurisdicción:**

“...[Q]ue el propio legislador haya previsto como mecanismos para resolver las solicitudes de sometimiento a la JEP que la petición se presente ante la autoridad ordinaria, lo que implica naturalmente que esta debe hacer un pronunciamiento de si el asunto sometido a su conocimiento debe o no remitirse a la JEP. e formular sus pretensiones para que la Sala de Definición de Situación Jurídica Pero también quien pretende comparecer a esta última jurisdicción pueda resolver si es de su competencia...” (CSJ AP, 5 sept. 2018, rad. 32785).

Un entendimiento diferente conllevaría a la anarquía judicial, en tanto bastaría que cualquier procesado manifestara su intención de acogerse a la JEP, para paralizar su proceso en la justicia ordinaria, hermenéutica que en modo alguno consulta los objetivos constitucionales y la competencia de esta jurisdicción creada con el fin de investigar y juzgar hechos cometidos por quienes participaron en el conflicto armado interno, siempre que ellos hubieren sido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con dicho conflicto.

Resultaría incoherente con los fines y principios del sistema judicial colombiano, concebir que sin ningún examen sobre los presupuestos que determinan la competencia de la JEP, la justicia ordinaria debe remitir la petición a esa jurisdicción, junto con la totalidad del proceso, y suspender el término de prescripción y de las actuaciones procesales, generando un caos ante la avalancha de peticiones que sin ningún sustento tendrían que avocar los magistrados de la JEP.

Entonces, **cuando un tercero o un agente del Estado no integrante de la Fuerza Pública pretenden acceder a los beneficios y penas establecidos en el Acuerdo Final para la Paz**, el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1820 de 2016, 1922 de 2018 y los decretos reglamentarios, **es necesario el análisis por parte de la autoridad de la jurisdicción ordinaria que conoce el proceso**, con miras a determinar si las conductas punibles cometidas por quien hace la petición, fueron ejecutadas con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto.

Y no podría interpretarse de manera diferente, dado que desde la expedición del Acto Legislativo 01 de 2017 (4 de abril), el legislador constitucional instituyó unos presupuestos concebidos con miras a que a la Jurisdicción Especial para la Paz se remitan exclusivamente las actuaciones que cursen por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno (art. 5° Transitorio), de cara a que los esfuerzos de la recién creada jurisdicción se optimicen en el estudio de estas y no se desgaste examinando situaciones que desde el inicio se sabe son extrañas a su competencia.

De manera que el inciso 4° del artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, que establece el procedimiento a seguir en los casos en los que un tercero o un agente del Estado no integrante de la Fuerza Pública manifiesten su intención de acogerse a la JEP, debe interpretarse acudiendo a la teleología de las normas que lo inspiraron, puesto que no se concibe un trámite apartado de los fines del instituto jurídico que lo rige.

[...] **nada obsta para que el procesado acuda ante la JEP presentando su solicitud de acogimiento a esa jurisdicción**, caso en el cual, por ser la autoridad ante quien se eleva la pretensión, allí se efectúe el estudio de correspondencia de los hechos, con las

exigencias constitucionales y legales que le atribuyen el conocimiento. **Solo si se arriba a la conclusión de que esa jurisdicción es competente para juzgar los hechos examinados, solicitará a la justicia ordinaria la remisión del expediente.** En todo caso, también en este evento es determinante el pronunciamiento de la autoridad de la jurisdicción ordinaria que adelanta la actuación, pues, **de presentarse discrepancia de criterios entre una y otra, el legislador instituyó el conflicto de competencia.**

Lo anterior, como lo dispone el mencionado artículo 47, cuando se trate de destinatarios de la JEP, específicamente los terceros o los agentes del Estado diferentes a los miembros de la Fuerza Pública que hubieren cometido conductas punibles relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado interno, puesto que su acogimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, además de ser producto de la manifestación voluntaria de comprometerse a decir la verdad, requiere del componente fáctico a partir del cual esa jurisdicción adquiere competencia.

De otra parte, **el sometimiento a la JEP de los terceros o Agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública, debe manifestarse dentro del límite temporal** previsto en el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, es decir, **dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley estatutaria de esa jurisdicción, término que se vence el 6 de septiembre de 2019**, teniendo en cuenta que entró a regir el 6 de junio del mismo año. (Ley 1957 de 2019).

En conclusión, **(i)** la manifestación de acogimiento a la JEP, presentada por un tercero o un agente del Estado no integrante de la Fuerza Pública, en la jurisdicción ordinaria, sólo será remitida a esa jurisdicción si el funcionario judicial a cargo del proceso verifica que se reúnen los presupuestos de competencia material y personal. **(ii)** Si la petición es presentada directamente en la JEP, y una vez analizada la solicitud se concluye que es un asunto de su competencia, solicitará a la jurisdicción ordinaria la remisión del expediente. **(iii)** En el evento de presentarse criterios encontrados entre las dos jurisdicciones, se resolverán a través del conflicto de competencia».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Solicitante: agentes del Estado, alcalde || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujetos destinatarios (Ley 1922**

de 2018): terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:** con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, a través de la promoción de grupo armado al margen de la ley || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:** promover grupo ilegal, alianzas con políticos, la contribución puede ser económica, social o política || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** procede la remisión de las actuaciones cuando los hechos y conductas delictivas tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción especial para la paz:** se remite por competencia || **RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL - Procedencia**

«[...] la petición de AJLB, quien en su condición de **tercero Agente del Estado no integrante de la Fuerza Pública**, ha manifestado su intención de acogerse a la JEP. Con tal fin, se hace necesario verificar si la conducta punible juzgada en esta actuación fue realizada por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Con tal fin, la Sala retoma el examen que sobre el punto efectuó en el auto (CSJ AP-2289-2019, 12 jun. Radicado 50326) proferido dentro de esta actuación, cuando otro de los procesados manifestó su decisión de acogerse a la JEP:

“...[L]os hechos que se tuvieron como probados por el tribunal, [los cuales] han sido conocidos con el nombre de ‘PACTO DE MARIZCO -URABÁ CORDOBÉS’, como mecanismo utilizado desde el año 1997 por VC, máximo comandante de las AUC, con el fin de impulsar, extender y fortalecer desde las regiones, las actividades de las Autodefensas Armadas de Colombia, hasta alcanzar participación de sus candidatos en el Congreso de la República.

La gesta de dichos pactos entre los paramilitares y los políticos estuvo a cargo de FRH, alias ‘[...]’, quien dividió en tres regiones el Urabá colombiano promoviendo el mismo número de proyectos: (1) ‘Urabá Grande Unido y en Paz’, en la zona del Urabá Antioqueño”; (2) ‘Proyecto Político Regional Darién Chocoano’, y (3) ‘PROYECTO POLÍTICO MARIZCO URABÁ CORDOBÉS’, este último, a cargo del Bloque Elmer Cárdenas, con injerencia en los municipios ubicados en la margen izquierda del río Sinú, entre ellos, Canalete, Los Córdoba, Moñitos, Puerto Escondido y San Bernardo del Viento”.

En desarrollo de la investigación se individualizó, entre otros, a AJLB, político del municipio de Canalete (Córdoba), alcalde de esa localidad para la época en la que se suscribió el ‘Pacto Marizco’, a quien se le atribuye haber colaborado, promocionado y auspiciado el proyecto ‘MARIZCO’ a cambio de obtener el respaldo de la organización criminal, cuya presencia en la región se desplegó a través del Bloque Elmer Cárdenas

[...] la Fiscalía abrió investigación el 12 de octubre de 2011 y ordenó vincular, entre otros, a AJLB, alcalde de Canalete en el periodo comprendido entre el 2001 y el 2003, acusándolo por el delito de concierto para delinquir agravado conforme al inciso 2° del artículo 340 del Código Penal, conducta punible por la cual fue absuelto en primera instancia y condenado por el tribunal.

El compendio de la situación fáctica permite a la Sala concluir que **la conducta** cuya comisión es atribuida a AJLB, **se relaciona directamente con el conflicto armado interno**, dado que en su condición de primer mandatario del municipio de Canalete (Córdoba), ayudaba al grupo paramilitar a expandir su proyecto político que buscaba erradicar las guerrillas de ideología de extrema izquierda.

Bajo este contexto, **la Sala encuentra cumplido el requisito indispensable para que la JEP asuma el conocimiento de la conducta juzgada en la jurisdicción ordinaria.**

De otra parte, el **requisito de temporalidad** para someterse a la JEP también se halla reunido, puesto que AJLB manifestó su voluntad de comparecer como agente del estado no integrante de la fuerza pública, con el fin de contar la verdad sobre los hechos delictivos, lo cual hizo dentro del término de tres meses que otorga el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018.

En consecuencia, como quiera que este proceso también cursa en contra de una procesada (ELCG), cuya actuación permanecerá en el trámite del recurso de casación, se dispone la **ruptura de la unidad procesal** para que en esta jurisdicción permanezca el proceso respecto de ella.

En lo que atañe a AJLB, se remitirá copia del expediente (cuadernos y cd’s) a la Jurisdicción Especial (art. 47 de la Ley 1922 de 2018). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, la actuación en su contra

queda suspendida, incluyendo el término de prescripción de la acción penal, a partir del momento en el que presentó la solicitud de

sometimiento (6 de junio de 2019), hasta tanto la JEP asuma la competencia».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

5. AGRAVANTE POR EL CARÁCTER, POSICIÓN O CARGO EN LOS DELITOS SEXUALES

La cercanía existente entre vecinos no es suficiente para derivar, sin mayores consideraciones, la construcción de lazos de confianza entre las personas

La Sala *casó* parcialmente el fallo impugnado para *redosificar* la sanción, tras advertir que el Tribunal incurrió en *falso raciocinio* al deducirle al procesado, condenado por el delito de *Actos Sexuales con menor de catorce años*, la circunstancia *agravante* derivada del carácter, posición o cargo, con sustento en que la condición de *vecino* que ostentaba respecto de la víctima, implicaba un vínculo de *confianza*. En este sentido, precisó que el Tribunal vulneró con tales argumentos la regla de la experiencia, consistente en que este tipo de lazo no se determina por la simple cercanía física de las personas. Adicionalmente, explicó que el agravante descrito -aplicable a los *delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*- no es de carácter enunciativo, sino que requiere comprobación acorde a los hechos y pruebas que sustentan la acusación.

SP1144-2019 (51923) del 27/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación: el recurrente debe evidenciar el desconocimiento de principios de la lógica, reglas de la experiencia o leyes de la ciencia || **FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación:** el recurrente debe evidenciar la forma y el elemento de la sana crítica desconocidos por el juzgador || **REGLAS**

DE LA EXPERIENCIA - Configuración: el sentimiento de confianza no está determinado por la simple cercanía física entre las personas || **TESTIMONIO -** Apreciación probatoria || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -** Agravado por el carácter, posición o cargo || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo:** no es enunciativa, sino que requiere comprobación a partir de las pruebas y los hechos que integren la acusación || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo:** la cercanía existente entre vecinos no es suficiente para derivar, sin mayores consideraciones, la construcción de lazos de confianza entre las personas || **CASACIÓN - Redosificación punitiva**

«La Sala tiene establecido que el **falso raciocinio se configura cuando el fallador quebranta** en el proceso de valoración probatoria **los principios de la sana crítica, integrados por las reglas de la experiencia, los principios lógicos y las leyes de la ciencia.**»

En este evento el censor cuestionó la prueba testimonial a partir de la cual las instancias encontraron acreditada **la circunstancia de agravación descrita en el numeral 2° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000**. En esencia, cuestionó las inferencias construidas a partir de la declaración rendida por la víctima y su madre, por cuanto, en su criterio, quebrantan los citados postulados.

Como ha precisado la jurisprudencia, para la demostración del aludido yerro, **le corresponde al demandante indicar el criterio de la mencionada naturaleza vulnerado por el sentenciador**, identificar el que, en su defecto, debió aplicar éste y fundamentar la trascendencia del error.

Para el caso concreto, el casacionista cumplió con esa carga, en tanto denunció que las decisiones de instancia **infringieron la máxima de la experiencia, acorde con la cual, el sentimiento de confianza no está determinado**

por la simple cercanía física entre las personas, como la que coexiste en una relación de vecindad, sino que demanda para su configuración la convicción absoluta respecto del comportamiento de otra persona.

Igualmente, advirtió que la equivocada interpretación del Tribunal propició una pena sustancialmente mayor a la que debió imponerse al procesado.

Sobre el particular, encuentra la Sala que **le asiste razón al recurrente, en tanto la decisión de segunda instancia** que confirmó la configuración de la agravante punitiva **resultó de un error en la apreciación de las pruebas testimoniales practicadas en juicio, acorde con las cuales no es posible concluir que HYPP ostentaba sobre la víctima una posición que la impulsó a depositar en él su confianza**.

En lo tocante a esta circunstancia de agravación punitiva, la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que debido a la fórmula abierta del numeral 2° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, corresponde al juez analizar las particularidades de cada caso y, a partir de este ejercicio, determinar si el victimario ostenta un carácter, posición o cargo que lleve a la víctima a depositar su confianza en él. Ello, por cuanto **la atribución de tal agravante no puede restringirse a un ejercicio enunciativo. Requiere una comprobación a partir de las pruebas y los hechos que integren la acusación**. (CSJ AP, 25 May 2015, Rad. 45659).

Sin embargo, en el caso bajo estudio ese examen brilla por su ausencia, pues, como se indicó en la demanda de casación y avaló la Fiscalía General de la Nación, **la sola condición de vecino** bastó para que el Tribunal tuviera por acreditada la aludida circunstancia de agravación punitiva.

En lo sustancial, el Tribunal indicó que a partir del testimonio de HYPP estableció que vivía en el mismo edificio que la familia de la víctima desde el 2013 y, por ello, para el momento de los hechos eran **vecinos** “desde hacía mucho tiempo atrás”.

Así mismo, afirmó que JR, madre de la menor, testificó que en varias ocasiones contrató los servicios técnicos del procesado. Inclusive, resaltó que le encomendó instruir a ALPR. en el uso de la impresora, lo que, a su juicio, “*sugiere*” que víctima y victimario se conocían e incluso interactuaban.

En ese orden, concluyó que ese “*vínculo previo, fomentado por la cohabitación en el edificio del barrio “[...]”* favoreció su acceso al apartamento sin mayor supervisión por parte de la madre y demás familiares, facilitando la comisión de los tocamientos ilícitos. Finalmente, resaltó que tal discernimiento surgió de un análisis serio de las pruebas.

En sentido contrario, la Sala considera que **tal deducción desconoce lo testificado** por JR y ALPR. el 16 de febrero de 2017 **y las inferencias lógicas** que se desprenden de sus declaraciones.

Mírese que durante el juicio oral la Fiscalía interrogó a la menor sobre su relación con HYPP. Específicamente, le preguntó si lo conocía de antes, a lo que ésta respondió de manera negativa. Aclaró que otra persona que vivía en el mismo edificio se lo presentó a su mamá, a fin de que revisara el computador que se encontraba dañado y, sólo por esta circunstancia, ingresó a su apartamento en dos oportunidades en un lapso de 8 o 15 días

[...] su ingreso al apartamento **no obedeció al sentimiento de confianza** que la familia y la menor depositaban en PP, sino a la necesidad de efectuar algunas reparaciones que éste, por su formación técnica, estaba en capacidad de realizar. En otras palabras, a una relación puramente contractual que, acorde con las pruebas practicadas en juicio, no había trascendido a un plano personal.

A su vez, al ser interrogada sobre el momento en que la menor víctima conoció al procesado y cuántas veces ingresó al apartamento, JR señaló que aproximadamente un año antes de los tocamientos una vecina le dio a conocer que la persona que vivía en el segundo piso era técnico en mantenimientos de computadores y celulares y, que por ello, lo contrató alrededor de cuatro veces.

Incluso, manifestó que desconocía cuánto tiempo llevaba viviendo en el edificio, porque “*desde que él empezó a vivir ahí no tuvimos confianza*”. Insistió en que sólo tuvo contacto con el hombre cuando necesitó reparar el computador e instalar la impresora.

De esta manera **la sentencia de segunda instancia erró al homologar vecindad y cohabitación**. El yerro es evidente. La vecindad apunta al “[*c*]onjunto de las personas que viven en las distintas viviendas de una misma casa, o en varias inmediatas las unas de las otras”, entre

tanto, para cohabitar es necesario vivir “*juntamente con otra u otras personas*”.

Por ende, resulta del todo desacertado afirmar que víctima y victimario cohabitaban y, aún más, considerar este falso supuesto prueba suficiente de la circunstancia de agravación imputada.

En resumen, **las sentencias de instancia se encuentran edificadas sobre una equivocada interpretación de las pruebas practicadas en juicio, a las que, además, se les dio un alcance desproporcionado con el fin de dar por acreditada la estructuración de la agravante de confianza** atribuida por la Fiscalía General de la Nación a HYPP, **bajo el erróneo supuesto de que la cercanía que existe entre vecinos es suficiente para derivar, sin mayores consideraciones**, la intimidad, camaradería y amistad que implica **la construcción de lazos de confianza entre las personas**.

En ese orden, reitera la Corte que ni el juzgado ni el Tribunal expusieron con suficiencia cuál es la regla de la experiencia que los condujo a concluir que la sola relación de vecindad envuelve un lazo de confianza de tal naturaleza que configura y acredita por sí sola la agravante descrita en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal.

Así, al haber incurrido las decisiones de instancia en el yerro descrito, **la Sala casará el fallo parcialmente y procederá a readecuar la sanción penal**, eliminando el aumento de tres años efectuado con sustento en dicha normativa.

El juzgado de primera instancia reseñó que el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1236 de 2008, contempla una pena de

prisión de 108 a 156 meses de prisión para el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Aclaró, a la par, que por virtud del agravante descrito en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, corresponde aumentar los referidos extremos “*de una tercera parte a la mitad*”, fijándose el reproche mínimo en 144 meses y el máximo en 234 meses de prisión.

Precisado lo anterior, el Juzgado 3° Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento procedió a tasar la pena. Para ello, partió del mínimo del primer cuarto y lo acrecentó en seis meses por el concurso homogéneo y sucesivo, arrojando como resultado una pena de 150 meses de prisión.

Por ende, siguiendo las pautas establecidas por el fallador de primera instancia, la Sala fijará la pena impuesta a HYPP en el mínimo contemplado para la conducta de actos sexuales abusivos con menor de 14 años simple, aumentado en el tanto correspondiente al concurso homogéneo y sucesivo imputado, para una condena definitiva de nueve (9) años y seis (6) meses de prisión.

La sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas como consecuencia de esta decisión, será ajustada al mismo término señalado para la privativa de la libertad en cumplimiento de lo previsto en el artículo 52 del Código Penal».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

6. BIENES DE USO PÚBLICO - TERRENOS DE BAJAMAR

De ninguna manera pueden considerarse como bienes privados, con vocación reparadora en proceso de justicia y paz

En el proveído mediante el cual se desató el recurso de *apelación* y se revocó el auto emitido por la Sala de Justicia y Paz, la Corporación estimó fundamental precisar que los *terrenos de*

bajamar, carecen de *vocación reparadora* respecto de las víctimas reconocidas dentro de un proceso de tal especialidad, toda vez que ostentan la condición de *bienes de uso público*, de carácter *inalienable, imprescriptible e inembargable*, de modo tal que no es posible jurídicamente otorgar *eficacia* a las decisiones judiciales o administrativas que les hubieren asignado una naturaleza privada. A este respecto, enfatizó en el carácter vinculante de los conceptos técnicos emitidos por la *Dirección*

General Marítima, bajo la *competencia y jurisdicción* que le asiste, y adicionalmente, recordó que el principio de interpretación favorable de los *derechos de las víctimas*, no implica que puedan satisfacerse desconociendo la Constitución y la Ley, razón por la que declaró que el lote ofrecido no posee la aptitud para la reparación de aquéllas.

AP3102-2019 (55322) del 31/07/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

BIENES DE USO PÚBLICO - Terrenos de bajamar: de ninguna manera pueden considerarse como bienes privados, con vocación reparadora en proceso de justicia y paz || **BIENES DE USO PÚBLICO - Terrenos de bajamar:** inalienables, imprescriptibles e inembargables || **BIENES DE USO PÚBLICO - Terrenos de bajamar:** adjudicación a un particular por prescripción adquisitiva del dominio, es ineficaz || **BIENES DE USO PÚBLICO - Diferentes a los baldíos**

« [...] contrastadas las premisas normativas aplicables al asunto con lo que se determinó en relación con el historial y características del plurimencionado lote de terreno, salta a la vista la incorrección de la conclusión adoptada en la primera instancia, en punto de la naturaleza **“privada”** del lote de terreno en cuestión.

Habiéndose dictaminado por la entidad estatal competente para ello que **el lote está ubicado en su totalidad en una zona de bajamar, es indiscutible su condición de bien de uso público natural, que por definición lo hace inalienable, inembargable e imprescriptible.** Por consiguiente, **de ninguna manera puede reputarse como bien privado, susceptible de ser entregado para la reparación de las víctimas.**

Desde luego, en la actuación se acreditó que el folio de matrícula inmobiliaria se abrió con fundamento en una sentencia de pertenencia, a través de la cual **fue adjudicado a un particular por prescripción adquisitiva de dominio. Empero, para los fines del proceso especial de justicia y paz, ese acto jurídico ha de**

reputarse absolutamente ineficaz, por cuanto, tratándose de un bien de uso público de carácter natural, por ser terreno de bajamar, ninguna persona pudo haber adquirido el dominio del mismo por usucapión.

El raciocinio del a quo es erróneo al sostener que si bien el terreno *“fue”* de uso público **-quizás confundiéndolo con un bien baldío-**, se convirtió en bien privado por efecto de la sentencia de pertenencia. Tal aserto es insostenible jurídicamente, pues, como se vio, **los terrenos de bajamar pertenecen a la Nación, siendo imprescriptibles e inajenables, por ser de uso público. Al margen de cualquier acto jurídico o resolución judicial en contrario, el bien no pierde esa condición».**

ACCIÓN DE REVISIÓN - Procedencia en la jurisdicción civil: para remover los efectos de sentencia de pertenencia sobre bienes de uso público || **ACCIÓN POPULAR - Procedencia:** para la defensa de los recursos ambientales y el espacio público || **JURISDICCIÓN AGRARIA - Proceso de deslinde de bienes de uso público** || **BIENES DE USO PÚBLICO - Terrenos de bajamar:** de ninguna manera pueden considerarse como bienes privados, con vocación reparadora en proceso de justicia y paz || **DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR) - Competencia:** para delimitar bienes de uso público, a través de conceptos con fuerza vinculante || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Medidas cautelares:** improcedencia, respecto de bienes de uso público || **BIENES DE USO PÚBLICO - Terrenos de bajamar:** adjudicación a un particular por prescripción adquisitiva del dominio, es ineficaz

«[...] cuestión distinta es que la inscripción en el registro de instrumentos públicos de la sentencia de pertenencia, así como la emisión de ésta, constituya una irregularidad, que en todo caso debe ser saneada por las vías legales pertinentes.

Por lo menos, desde el plano civil, **los efectos de la sentencia de pertenencia han de ser removidos, a través de la acción de revisión**, porque se pudo haber cometido algún fraude en el proceso o debido a que una insuficiente labor de identificación e individualización pudo haber impedido al juez percatarse de la condición de bien de uso público del terreno, absteniéndose de convocar a la entidad estatal competente al proceso. Incluso, valga resaltar, la jurisprudencia constitucional ha habilitado la extensión de los

términos para interponer la acción de revisión contra ese tipo de decisiones, cuando fueron proferidas con desconocimiento de los derechos de la Nación, por haberse usucapido un bien de uso público (cfr. sent. T-294 de 2004).

Aunado a lo anterior, en el presente asunto existe evidencia que permite plantear con plausibilidad la hipótesis de que **la sentencia de pertenencia pudo haber sido dictada irregularmente o que en el registro de instrumentos públicos se inscribió una sentencia apócrifa**, pues de ello no existen soportes documentales en el Juzgado Civil del Circuito de Lorica ni en la Superintendencia de Registro de Instrumentos públicos.

También, subraya la Sala, serían viables otros mecanismos para suprimir del Registro de Instrumentos Públicos una anotación manifiestamente irregular -la inscripción de la declaración de pertenencia del bien concernido, por ser de uso público-. A nivel constitucional, **la acción popular es procedente para la defensa de los recursos ambientales y el espacio público** (art. 4° lits. a y d de la Ley 472 de 1998), mientras que, en el plano legal, **un conflicto entre la propiedad privada y la pública**, al menos cuando existan dudas sobre los límites entre una y otra clase de bienes, **ha de ser resuelto a través del proceso agrario de deslinde de bienes de uso público**. Según el art. 41 del Decreto 1465 de 2013, el objeto de dicho procedimiento es deslindar las tierras de propiedad de la Nación, para delimitarlas de aquéllas que le son colindantes. Y de acuerdo con el art. 42-1 ídem, entre otros, **son objeto del procedimiento de deslinde los bienes de uso público tales como playas marítimas y terrenos de bajamar**.

De suerte que, sin dudarle, la irregular situación del lote de terreno en cuestión ha de ser enmendada por las vías legales pertinentes. Sin embargo, ello **no es óbice para mantener en el proceso de justicia y paz un bien que**, ab initio, **carece de toda vocación reparadora, pues por pertenecer a la Nación no puede ser entregado por particulares para que el dominio le sea transferido a persona alguna**.

Es que, **por el hecho de haberse inscrito en el Registro de Instrumentos Públicos una sentencia que declara la pertenencia** -algo jurídicamente inviable, no sólo por tratarse de un bien imprescriptible, sino debido a que los terrenos de bajamar son elementos naturales en

los que no interviene el hombre para su conformación, por lo que mal podrían hacerse anotaciones en el Registro de Instrumentos Públicos- **el terreno no pierde su condición de uso público**; es decir, **no por ello ha de reputarse propiedad privada**. Para efectos de revertir la eventual afectación de la recta y eficaz impartición de justicia, así como de la fe pública y de los intereses colectivos las autoridades competentes habrán de corregir las irregularidades que condujeron a tal declaración de justicia y consecuente anotación, mas **para los fines del proceso de justicia y paz, no es dable mantener un bien, cuyo dominio, por mandato constitucional, no es ni será susceptible de ser transferido a particulares ni entidades públicas**, menos cuando, como lo informó el representante de la Unidad para la Reparación de las Víctimas, el costo de administración y recuperación del terreno es más oneroso que el valor del mismo.

Como se acotó en precedencia (num. 5.1.1.4 supra), **las decisiones judiciales adoptadas en contravía de la condición de uso público de un bien carecen por completo de eficacia, pues no existe fundamento jurídico alguno que pudiera permitirle a una persona o grupo de personas adquirir o haber adquirido el derecho de dominio sobre una playa o un terreno de bajamar**, pues ese tipo de derechos nunca pueden surgir a la vida jurídica.

[...] Desde luego, el citado concepto fue emitido teniendo en consideración los efectos de la *“ley del patrimonio litoral de la Nación”*, que habrá de ser expedida. Sin embargo, mientras ello tiene lugar, es claro que **los conceptos de delimitación de la DIMAR tienen plena fuerza vinculante**. Y esto, en el presente caso, se traduce en que **el terreno en cuestión ha de considerarse como bien de uso público**.

Esa condición, contrario a lo considerado por el a quo, **tampoco varía porque la Fiscalía, erróneamente, decretó a iniciativa propia un embargo en el marco de una investigación con fines de extinción de dominio, sin previamente verificar la condición de uso público del bien**».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares: deben recaer sobre bienes con vocación reparadora || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Bienes:** vocación reparadora, condiciones, se exceptúan los bienes rurales, lo que no aplica a terrenos de

bajamar de uso público || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Derechos de las víctimas:** interpretación favorable, no implica que deban satisfacerse desconociendo la constitución y la ley || **BIENES DE USO PÚBLICO - Terrenos de bajamar:** de ninguna manera pueden considerarse como bienes privados, con vocación reparadora en proceso de justicia y paz || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** evento en que se revoca

«**Tampoco es dable afirmar la vocación reparadora del inmueble por el hecho de ser un terreno rural, pues** si bien el parágrafo del art. 62 del Decreto 3011 de 2013 dispone que a los inmuebles rurales y a los bienes solicitados en restitución por la vía prevista en la Ley 1448 de 2011 no se les valorará la vocación reparadora y tampoco se les aplicarán las restricciones establecidas en el artículo 11C de la Ley 975 del 2005 para su ingreso al Fondo para la Reparación de Víctimas y al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, **ello está condicionado, sin dudarlo, a que el dominio de los bienes sea susceptible de ser transferido,**

lo que no ocurre con los terrenos de bajamar, que por antonomasia son de uso general.

Por último, **el principio de reparación, a partir del cual se reclama la interpretación de las disposiciones normativas en favor de las víctimas no implica que los derechos de éstas deban ser satisfechos desconociendo la Constitución y la ley.** De ahí que la pretensión de mantener la **vocación reparadora** del lote es a todas luces incompatible con el régimen jurídico al que está sometido el terreno concernido.

En consecuencia, el lote concernido **carece de vocación reparadora**, por lo que así tendrá que declararse, en los términos del art. 62 del Decreto 3011 de 2013, previa **revocatoria del auto apelado**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

7. CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA

Su ámbito de aplicación no excluye el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación

Al desatar el conflicto de competencias planteado entre la *Comisión de Ética del Congreso de la República* y la *Procuraduría General de la Nación*, la Corporación estimó oportuno señalar que el *Código de Ética y Disciplinario del Congresista* no estableció ningún fuero especial en esta materia, que los sustraiga de la posibilidad de ser investigados disciplinariamente por parte del *Ministerio Público*. De esta manera, recordó que cuando la *Procuraduría* ejerce el *poder disciplinario preferente*, como prerrogativa constitucional que le asiste, no le es posible a la *Comisión de Ética y Estatuto del Congresista* proponer una *colisión positiva*, pues el efecto de tal decisión es su desplazamiento de la atribución para conocer del asunto. Consecuentemente y para evitar

dilación del trámite, dispuso el envío de la actuación al ente de control.

AP3622-2019 (55939) del 27/08/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Poder disciplinario preferente: en procesos adelantados contra congresistas || **PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO DE CONGRESISTAS - Conflicto de competencias:** inexistencia del conflicto positivo, cuando la Procuraduría ejerce el poder disciplinario preferente

«A partir de los planteamientos esbozados por la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Congreso de la República se observa que ambas autoridades se atribuyen la competencia para

conocer de la acción disciplinaria que se tramita en contra del senador GBM.

[...] En ese contexto, **refulge de manera indubitable para la Sala que** en el caso objeto de estudio, sin importar si la conducta se enmarca en los postulados de la Ley 1828 de 2017, **la Procuraduría General de la Nación está ejerciendo su potestad disciplinaria preferente y prevalente de que trata el numeral 6° del artículo 277 de la Constitución Política**, sobre “*quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular*”, prerrogativa **que conlleva el correlativo desplazamiento funcional de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista en el conocimiento del asunto que se sigue contra el congresista** GBM, y por tanto, se torna inocuo cualquier tipo de pronunciamiento que se realice sobre la adecuación del hecho frente a los actos sancionables de la ley en comento.

[...] en el presente trámite **no existe**, ni siquiera, **conflicto positivo de competencias, pues cuando la Procuraduría General de la Nación ejerce la potestad disciplinaria preferente en asuntos dirigidos contra congresistas, el principal efecto jurídico de ello es desplazar al funcionario público que adelanta el control interno**, a fin que se abstenga de dar inicio a la investigación disciplinaria a que haya lugar o suspenda la que se encuentre en curso, para luego remitir el expediente al Ministerio Público».

CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación (Ley 1828 de 2017) || **CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación:** no implica la creación de un fuero especial en materia disciplinaria para los congresistas (Ley 1828 de 2017) || **CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación:** no excluye el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación || **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Poder disciplinario preferente:** en procesos adelantados contra congresistas, constituye una prerrogativa conferida por la constitución || **LEY - Interpretación:** criterios, gramatical || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO DE CONGRESISTAS - Conflicto de competencias:** la Ley 1828 de 2017 se refiere únicamente a los conflictos negativos || **PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO DE**

CONGRESISTAS - Conflicto de competencias: la Sala asigna la competencia a la Procuraduría General de la Nación

«Ahora, conviene traer a colación el artículo 3° ibidem, el cual dicta:

ARTÍCULO 3°.Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa.

Constituye afectación a la función congresional, cuando se incurre en violación a los deberes, prohibiciones y cualquiera de las conductas estipuladas en este código.

La acción ética disciplinaria es autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.

La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan. (Se resalta).

Al respecto, **precisa la Corte que**, si bien dicho precepto jurídico consagra la competencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar la acción disciplinaria respecto de los actos no previstos en dicho cuerpo normativo, **de allí no se desprende la creación de un fuero especial en materia disciplinaria para los congresistas, que excluya el ejercicio del poder preferente otorgado al Ministerio Público**, si se observa que el artículo 266 de la Ley 5ª de 1992 señala que “*En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 118 y 277 numeral 6, constitucional, el Procurador General de la Nación podrá ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de los Senadores y Representantes.*”.

Sumado a que **la prerrogativa en comento ha sido conferida a la Procuraduría por mandato expreso de la Constitución Política**, reformable, como se sabe, únicamente por el Congreso, mediante acto legislativo, Asamblea Constituyente o por el pueblo, a través de referendo, según el artículo 374 del mismo cuerpo normativo.

En ese contexto jurídico, a criterio de la Sala, la intelección gramatical que propone el Ministerio Público, consistente en que **el artículo 23 de la Ley 1828 de 2017 se refiere a los conflictos negativos de competencia que se susciten con la Comisión de Ética y Conducta del Congreso -mas no a los positivos**, porque en ellos prevalece el ejercicio preferente del poder disciplinario (núm. 6º, art. 277 C.P.)- en manera alguna puede ser considerada como desconocedora de garantías fundamentales de las partes e intervinientes dentro del proceso disciplinario que se adelanta en contra de los congresistas, antes bien, sistemáticamente resulta armónica y coherente con la Carta Política

En esas condiciones fácticas y jurídicas, **al estar en ejercicio el poder de vigilancia disciplinaria superior, jurídicamente no puede suscitarse conflicto positivo de competencia entre los organismos públicos mencionados**, razón por la cual, resulta improcedente dar curso al trámite incidental propuesto.

No obstante lo expuesto, **en aras de evitar la dilación en el trámite de la acción disciplinaria** que se adelanta contra el senador GBM y salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso, **la Corte asignará la competencia a la Procuraduría General de la Nación**, de conformidad con la competencia preferencial asignada por la Carta Política».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

Eugenio Fernández Carlier

8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA *Salas que la integran, incluida la de Primera Instancia, son colegiaturas superiores a las de los tribunales*

La Corte declaró improcedente la colisión de competencia suscitada entre la Sala Especial de Primera Instancia de la corporación y el Tribunal, tras advertir que no resultaba dable su planteamiento, por tratarse de una divergencia entre *superior e inferior*, que no está permitida por la ley. A este respecto precisó, que la totalidad de Salas de la *Corte Suprema de Justicia*, constituyen colegiaturas superiores frente a aquéllas pertenecientes a los Tribunales. Sumado a ello, tuvo ocasión de referirse a los parámetros de *competencia* de la *Sala de Casación Penal* y de la *Sala Especial de Primera Instancia*, para resolver los recursos de *apelación* que los aforados constitucionales interponen contra las decisiones de los *jueces de ejecución de penas*, dependiendo de si el fallo fue emitido antes o con posterioridad al 18 de enero de 2018.

AP1780-2019 (55138) del 15/05/19

Magistrado Ponente:

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

COLISIÓN DE COMPETENCIA - Improcedencia: cuando se presenta entre un superior y un inferior || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Salas que la integran:** incluida la de Primera Instancia, son colegiaturas superiores a las de los tribunales

«[...] la Sala Especial de Primera Instancia consideró que no era competente para resolver el recurso de apelación contra una decisión del Juez de Ejecución de Penas de San Gil y remitió la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior de ese municipio, Colegiatura que, a su vez, no aceptó la manifestación de aquella y envió a esta Corporación el asunto para que dirimiera el conflicto.

Sin embargo, fácil resulta advertir que, de manera expresa, el artículo 94 del Código de Procedimiento Penal, establece que *“no puede haber colisión de competencias entre un superior y un inferior, ni entre funcionarios judiciales de igual categoría que tengan la misma competencia, salvo las excepciones de ley”*, es decir que **la colisión resulta manifiestamente improcedente cuando es suscitada entre un superior y un inferior, tal y como ocurre en el presente caso.**

Nótese que **las Salas de la Corte Suprema de Justicia, con especial referencia a la Especial de Primera Instancia, en este asunto, son colegiaturas superiores a las Salas de decisión de los Tribunales Superiores**, razón legal y jerárquica que impide que la Sala Penal del Tribunal Superior [...] pueda proponer la colisión de competencias que concita la atención de esta Corporación, **argumento suficiente para declarar la improcedencia de la colisión**».

RECURSO DE APELACIÓN - Decisión del Juez de Ejecución de penas: reglas para determinar la competencia de las salas de Casación Penal y Especial de Primera Instancia de la Corte, en casos de aforados constitucionales || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación:** de la Ley 906 de 2004, respecto a la competencia para conocer del recurso de apelación sobre decisiones de los Jueces de Ejecución de Penas, frente a condenados con fuero || **EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia || CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** competencia, para resolver los recursos de apelación en contra de las decisiones de los Jueces de Ejecución de Penas, en casos de congresistas fallados antes del 18 de enero de 2018 || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Especial de Primera Instancia:** competencia, para resolver los recursos de apelación en contra de las decisiones de los Jueces de Ejecución de Penas, en casos de congresistas fallados con posterioridad al 18 de enero de 2018 || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación:** de las normas sustanciales de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, con el fin de hacer prevalecer las garantías fundamentales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Ejecución de Penas:** competencia, aplica por favorabilidad a casos de Ley 600 de 2000, aforados

«[...] los artículos 234 y 235 de la Constitución Política establecen que **el juez natural de conocimiento de los congresistas es la Corte Suprema de Justicia**, función que cumplió, hasta **antes del 18 de enero de 2018, a través de la Sala de Casación Penal**, y que, a partir de esa calenda, desempeña por medio de la **Sala Especial de Primera Instancia**. Lo anterior en virtud de la entrada en vigencia de la enmienda constitucional 01 de ese año.

En casos de esta naturaleza, por tratarse de un aforado constitucional, la lógica que debe imperar, una vez en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2018, es que **corresponde al juez natural de conocimiento desatar la impugnación de las decisiones adoptadas por la autoridad judicial encargada de vigilar el cumplimiento de la pena, es decir a la Corte Suprema de Justicia**, como función que, a partir del 18 de enero del año anterior, cumple a través de la Sala Especial de Primera Instancia, en los términos del artículo 235 superior.

De lo anterior se sigue que, al tenor de lo preceptuado en el **38 de la Ley 906 de 2004, aplicado por favorabilidad**, con el propósito de garantizar al condenado la doble instancia, **corresponde al juez natural de conocimiento resolver los recursos de apelación presentados en contra de las decisiones adoptadas por los jueces de ejecución de penas, en los procesos penales adelantados contra parlamentarios**, competencia que deberá ser asumida **por la Sala de Casación Penal en aquellos casos i)** fallados antes del 18 de enero de 2018, **ii)** en trámites de única instancia; y **iii)** en los que, como juez de conocimiento, profirió sentencia condenatoria.

A su vez, dado que con ocasión de la referida enmienda constitucional, la Sala de Casación Penal dejó de ser juez natural de conocimiento de los aforados y pasó a conocer, en este tipo de asuntos y en segunda instancia, los recursos de apelación presentados en contra de las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia, mas no a fungir como segunda instancia en cualquier trámite relacionado con los congresistas, esa función normativamente le corresponde al juez natural de conocimiento de los aforados, esto es, a **la Sala Especial de Primera Instancia, colegiatura que conocerá del recurso de apelación propuesto contra las decisiones relacionadas con la ejecución de las penas, en todos aquellos casos i)** fallados con posterioridad al 18 de enero de 2018, **ii)** en los que, como juez de conocimiento, profiera sentencia condenatoria.

Lo anterior en razón a la naturaleza de los casos y las reglas procesales con las que se definió el caso, **con el propósito de salvaguardar las garantías del procesado** a la doble instancia y al acceso al juez natural previamente establecido para procesos penales adelantados en contra de aforados constitucionales y legales, fallados por

la Corte Suprema de Justicia, a través de alguna de sus Salas, como juez de conocimiento.

En concreto, la Sala no comparte la fundamentación presentada para expulsar del ordenamiento jurídico los artículos 38 y 478 de la Ley 906 de 2004, como argumento principal de la negativa a conocer el recurso de alzada por supuesta falta de competencia, en tanto esa determinación se basó en una **errada aplicación de la excepción de inconstitucionalidad**, al punto de desnaturalizarla y asignarle unos efectos de los que, por definición, carece.

Tal mecanismo de control constitucional difuso debe ser aplicado en aquellos eventos específicos en los que se detecte una clara y manifiesta contradicción entre la disposición aplicable al caso concreto y las normas constitucionales.

Refulge evidente que **los requisitos para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 38 de la Ley 906 de 2004 no se encuentran reunidos**, pero sobretodo que los efectos atribuidos por la Sala Especial a su decisión desbordaron y desnaturalizaron el mecanismo de control al otorgar un alcance general a su determinación de supuesta inconstitucionalidad.

Debe destacarse es que no existe ninguna contradicción manifiesta, grosera y palmaria que justifique el recurso al artículo 4° Superior, pues lo que se presenta no es otra cosa que una antinomia aparente.

El simple cotejo entre el artículo 234 superior y 38 del Estatuto Procesal no arroja incompatibilidad, en el entendido que **su interpretación, además de armónica, debe ser sistemática y no insular**, es decir que la asignación de una precisa competencia no puede ser entendida y aplicada en evidente desmedro de garantías fundamentales y con desconocimiento de las condiciones que establece la ley.

La consecuencia de inaplicar el artículo 38 ejusdem es automáticamente cercenar al procesado la doble instancia o, de acoger la propuesta de la Sala Especial, asignar el conocimiento del asunto a un juez diferente al natural de conocimiento; mientras que, en este asunto, la aplicación del precepto normativo de inferior jerarquía hace realmente operacionales las garantías del procesado al juez natural, a la doble instancia y de impugnación, en los términos de este proveído. Esta notable razón

impide acoger el razonamiento de la Sala Especial de Primera Instancia.

No pueden ser expulsados del ordenamiento jurídico los artículos 38 y 478 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que:

i) La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en general y abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos;

ii) El control de constitucionalidad abstracto y concreto y con efectos erga omnes corresponde realizarlo a la Corte Constitucional;

iii) No existe fundamento normativo ni lógico para inaplicar en todas las actuaciones de naturaleza similar a esta, el artículo 34 de la Ley 906 de 2004 y “dar aplicación con carácter general” a lo previsto en el artículo 80 de la Ley 600 de 2000;

iv) Una interpretación válida, útil y coherente permite armonizar las disposiciones de la enmienda constitucional con las normas de rango legal; y

v) **Esta Corporación, de tiempo atrás y de forma pacífica, ha aceptado que las normas sustanciales favorables propias de la Ley 906 de 2004 sean aplicadas a los procedimientos adelantados bajo la égida de la Ley 600 de 2000, siempre con el propósito de hacer prevalecer las garantías fundamentales y no desnaturalizar los sistemas procesales vigentes.**

De conformidad con lo expuesto en precedencia, **esta Sala asumirá la competencia para conocer el recurso de apelación presentado**, en subsidio, por el ex Senador NIMR **contra el auto [...] adoptado por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...]**, mediante el cual revocó al condenado el beneficio administrativo de permiso hasta por setenta y dos horas para salir, sin vigilancia, del Establecimiento Carcelario y Penitenciario de mediana seguridad, por cuanto se trata de un proceso que fue adelantado en contra de un Ex Senador de la República, fallado antes del 18 de enero de 2018, en trámite de única instancia; en el que, como juez de conocimiento, profirió sentencia condenatoria».

Inicio

**9. DECLARACIONES RENDIDAS ANTES
DEL JUICIO COMO PRUEBA DE
REFERENCIA**

Cargas demostrativas para su admisión

La Sala decidió *no casar* la sentencia impugnada, en la que se impuso condena al recurrente como autor responsable del delito de *homicidio agravado*, para lo cual estimó fundamental recordar varios aspectos inherentes a la *prueba de referencia*, tales como las *cargas demostrativas* para su *admisión*, así como los medios suasorios *complementarios* que deben acompañarla, en orden a llevar al fallador al *grado de conocimiento para condenar*, sin soslayar la *tarifa legal negativa* prevista en el ordenamiento. Así mismo, profundizó en el tópico atinente a la posibilidad de las partes de utilizar declaraciones anteriores al juicio para impugnar la credibilidad del testigo, lo que ocurrió en el asunto examinado con la aducción de la *entrevista* de una persona fallecida, en calidad de *prueba de refutación*. Se refirió también a la construcción y apreciación de la *prueba indiciaria*, para finalmente concluir que no se configuró el *falso juicio de convicción* alegado en la demanda.

SP2582-2019 (49283) del 10/07/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** derecho a la confrontación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** incorporación al juicio, procedimiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** diferente a los medios elegidos para

acreditar su existencia y contenido || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como prueba de referencia, requisitos, cargas demostrativas para su admisión || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** prueba de referencia, requisitos, idoneidad para demostrar su existencia y contenido || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como prueba de referencia, cláusula residual incluyente ante eventos similares, requisitos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** incorporación al juicio, procedimiento, descubrimiento probatorio, debe incluir la versión rendida antes del juicio y los medios de prueba con que demostrará su existencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** es necesario acreditar la autenticidad, existencia, individualización e identificación del declarante y su declaración || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de libertad probatoria** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** solo pueden ser valoradas las practicadas en el juicio oral, con intermediación, confrontación y publicidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** no la constituye una declaración anónima || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como prueba de referencia, deben provenir de una fuente humana conocida

«La prueba de referencia:

[...] en relación con el **concepto de prueba de referencia**, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, tiene dicho la Corte que se trata de: **(i)** declaraciones, **(ii)** rendidas por fuera del juicio oral, **(iii)** presentadas en este escenario como medio de prueba, **(iv)** de uno o varios aspectos del tema de prueba, **(iv)** cuando no es posible su práctica en el juicio.

Así mismo se ha enfatizado en la estrecha **relación existente entre el concepto de prueba de referencia y el ejercicio del derecho a la confrontación** (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras), «al punto que la posibilidad o no de su

ejercicio constituye uno de los principales parámetros para establecer en qué eventos una declaración anterior al juicio oral encaja en la definición del artículo 437».

En relación con el **proceso de incorporación de las declaraciones anteriores al juicio oral como pruebas de referencia**, la Sala ha precisado que: **(i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido;** **(ii) en la audiencia preparatoria** la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; **(iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia** (artículo 438); y **(iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada**, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Además, se ha acotado, si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobrevenida, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.

[...] cuando se decide admitir una declaración anterior como **prueba de referencia**, **el documento en el que reposa o la atestación de quien la haya escuchado debe constituir un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido**, *“sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria”*.

De manera que **frente a la pretensión de que una declaración anterior al juicio oral sea admitida como prueba de referencia**, aparte del proceso de descubrimiento y de solicitud probatoria, exigencias comunes a cualquier otro medio de conocimiento, **al postulante le corresponde al menos dos importantes cargas demostrativas: de una parte, la acreditación de algunos de los eventos regulados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y, de otra, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores.**

Para lo que es de interés en la resolución del presente caso, debe recordarse en relación con la **posibilidad de admisión como prueba de**

referencia de una declaración anterior con fundamento en la presencia de «eventos similares» como cláusula residual incluyente, prevista en el literal b) del artículo 438 ibídem [...]

[...] la Corte puede advertir que en lo que atañe a las declaraciones anteriores de EJGM y HCH, fueron debidamente anunciadas por el Delegado de la Fiscalía con la presentación de su escrito de acusación (fl. 15). Así mismo, en la audiencia de acusación, según se puede advertir, se dispuso del **descubrimiento** de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas en poder del acusador, entre ellas las entrevistas que contenían aquellas declaraciones ofrecidas antes del juicio (fl. 26). **El descubrimiento se llevó a cabo de manera efectiva**, según lo declaró **en la audiencia preparatoria** el defensor del acusado (fl. 29).

De esa forma, entonces, **la Fiscalía cumplió con la carga de descubrir las declaraciones anteriores al juicio oral, así como los medios de prueba con los que podría demostrar la existencia y contenido de dicha declaración, que no eran otros que las entrevistas consignadas en los documentos**, los que además contenían los datos de los testigos y de quienes los escucharon. Puede asumirse que hasta ese momento el representante del ente acusador podía contar con la disponibilidad de sus testigos, así que resultaba comprensible que en esa audiencia no hiciera ninguna solicitud tendiente a la incorporación de sus declaraciones anteriores como pruebas de referencia.

Según se puede constatar, en la audiencia preparatoria, por solicitud de la Fiscalía y tras la explicación de su pertinencia y utilidad, se decretó el testimonio de EJGM. Sin embargo, llegado el momento de su presentación en el juicio, en la sesión del 24 de noviembre de 2014, **el delegado del ente acusador manifestó al juez la imposibilidad de hacer comparecer a dicho testigo, razón por la cual solicitó la admisión como prueba de referencia de la declaración que a través de la entrevista de policía judicial le había sido recibida con anterioridad a la celebración del juicio oral.**

En su **obligación de demostrar la causal excepcional de admisión de prueba de referencia**, el acusador indicó que se agotaron distintas diligencias con las que se procuró la comparecencia del testigo en cuestión, entre ellas el envío de telegramas y misiones encomendadas a funcionarios de policía judicial, quienes se

desplazaron al lugar que había sido proporcionado por el declarante, constatándose que la dirección no existía y, además, obteniéndose información no verificada de su posible fallecimiento.

Al valorar los elementos de juicio dejados a su disposición, **el juez de conocimiento**, a través de auto interlocutorio, **estimó admisible la práctica en el juicio de la prueba de referencia** relacionada con la declaración anterior de EJGM, **considerando que** sus circunstancias **se adecuaban a los “eventos similares”**, conforme lo prevé el literal b) del artículo 438 del Código Penal. Esa decisión fue apelada por la defensa del acusado y confirmada por el Tribunal Superior de Barranquilla mediante auto del 16 de marzo de 2015.

Advierte la Corte que, en principio, la Fiscalía pudo demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la declaración anterior al juicio, a título de prueba de referencia, valga decir que **en este caso se reunían las dos condiciones vistas para acreditar la presencia de un evento similar a los previstos en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004: (i)** que el declarante no se encontraba disponible, y **(ii)** que su indisponibilidad derivaba de circunstancias especiales de fuerza mayor, racionalmente insuperables como aquella de no ser localizado en la dirección donde supuestamente residía. La indisponibilidad devenía del hecho de que no fue ubicado en su presunto lugar de residencia, no obstante que se llevaron a cabo tareas de campo dirigidas a su consecución.

Sin embargo, según atrás se acotó, también es carga de quien pretende la aducción de la declaración anterior al juicio a título de prueba de referencia, **la demostración de la existencia y contenido de aquella atestación**, obligación que **no se satisface con la sola exhibición y traslado** del instrumento en el cual se encuentra consignada la manifestación del testigo ausente del juicio, **siendo también necesario acreditar la autenticidad y existencia del declarante y de su declaración**.

Así, la Sala ha precisado que, **si una parte pretende aducir como prueba de referencia** una declaración anterior al juicio oral, **asume la carga de demostrar que esa declaración existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso**.

Normalmente la demostración de tales condiciones se cumple al interior del mismo proceso con la intervención de los testigos presentes en el juicio, quienes pueden hacer mención sobre, por ejemplo, la presencia del testigo en el lugar de los acontecimientos, lo cual puede llevar al juez al convencimiento de la autenticidad de la declaración que se pretende incorporar como prueba de referencia. En todo caso, si no es de esa manera, corresponde a la parte que pretende su admisión acreditar de forma diversa la existencia y contenido de la atestación anterior al juicio.

Se significa con ello que **la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones que se pretenden incorporar como prueba de referencia puede hacerse con cualquier medio de prueba**, en desarrollo del **principio de libertad probatoria** que inspira todo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en la medida en que **la prueba de referencia debe superar los juicios de legalidad, conducencia, pertinencia, conveniencia y utilidad exigidos para la generalidad de los medios de prueba**, la Corte también ha dejado sentado que **las “declaraciones anónimas” no son admisibles como prueba de referencia**. Dicha prohibición se desprende del contenido del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, que define el documento anónimo y regula su eficacia probatoria, donde expresamente se proscribe su admisión y utilización con pretensiones probatorias, es decir, como medio de prueba, en atención a su condición de fuente de información de origen desconocido.

Por lo tanto, a riesgo de ser considerada anónima y, con ello, de imposible admisión como medio de prueba, **la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida**, esto es, de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia [...]

[...] En el presente caso, la Fiscalía empleó como medio de prueba para acreditar la existencia y el contenido de la declaración anterior al juicio oral, la entrevista tomada al testigo EJGM, consignada en el documento FPJ-14. Dicha entrevista fue incorporada a la actuación a través del SI. YAB, investigador judicial de la Policía Nacional, adscrito a la SIJIN-MEBAR, quien compareció al juicio oral y expuso las circunstancias en que recibió la declaración, acotando que después del

reporte de la central policial se dirigió al lugar de los acontecimientos y, como líder del grupo, coordinó las diferentes tareas de investigación sobre las hipótesis de los hechos. De esa manera, relató, contactaron a Elmer José GM, como testigo presencial de lo sucedido, quien fue citado a las instalaciones de la SIJIN, donde se le recibió la entrevista.

Es preciso resaltar algunos aspectos que permiten entender que **el declarante fue debidamente identificado e individualizado**: GM fue ubicado en el mismo escenario de los acontecimientos; su declaración se produjo el mismo día, en las horas de la noche, en la estación policial, lo que fue explicado por los temores de hacerlo en el mismo lugar; la entrevista fue documentada en el formato FPJ-14, formalizándose de esa manera la tarea de policía judicial; en el formato se consignaron los datos personales del entrevistado, tales como su nombre completo, identificación y su información personal; el documento fue refrendado con la firma y huella del entrevistado.

Es cierto que, con posterioridad, cuando se quiso ubicar al testigo, la dirección de su residencia no pudo ser encontrada, lo cual es posible que haya acontecido porque de manera deliberada dio datos falsos o, simplemente, se equivocaron el declarante al suministrar la información o el receptor al consignarla. De ello, sin embargo, no puede ponerse en tela de juicio la real existencia del testigo, su determinación, individualización e identidad. No se trata, en consecuencia, de un testigo anónimo y su aducción como prueba de referencia cobra toda legalidad, tras haberse acreditado su indisponibilidad.

Por lo tanto, se **ofrecen infundados los cuestionamientos** que lleva a cabo la demandante sobre la existencia de esa declaración anterior y su contenido».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, constituyen una derivación del derecho de confrontación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, no es necesario que hubieran sido solicitadas en la audiencia preparatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, constituyen una herramienta excepcional y residual para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas**

antes del juicio: como medio para impugnar credibilidad || **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 - Pruebas:** de refutación, finalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, empleo e introducción a la actuación procesal, procedimiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, no se encuentran orientadas a sustentar la teoría del caso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, diferencia con la prueba refutada || **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, su ofrecimiento en el juicio oral no requiere protocolos especiales de descubrimiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** derecho de contradicción, maneras de ejercerlo, prueba de refutación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, deben solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, práctica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, procedimiento a seguir por la parte contra la que se aducen || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, su valoración se realiza de cara a la prueba refutada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, incorporación al juicio a título de prueba de referencia, en calidad de prueba de refutación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, legalidad

«Prueba de refutación

[...] Como quiera que el deponente reveló que su padre había fallecido para ese momento del juicio, el acusador solicitó al juez que se le permitiera emplear su declaración anterior a efectos de impugnar la credibilidad del testigo. No obstante la oposición de la defensa, el juez admitió que se utilizara la entrevista de HCH, tras de lo cual permitió su incorporación a la actuación, advirtiendo que, aunque «no es una prueba legalmente apreciable, se admite en pos de la referencia de la impugnación» (sic).

En realidad, como se pasará a explicar, **la presentación de la declaración anterior de**

HCH para impugnar la credibilidad de su hijo LDCC **operó en este caso como una prueba de refutación**, así no se haya revelado en estos términos por la parte que requirió su utilización, ni se haya decretado de esa manera específica por parte del juzgador.

Al respecto debe decirse que, según lo ha precisado esta Sala, **la impugnación de la credibilidad de los testigos es una derivación del derecho a la confrontación** y para tales efectos el ordenamiento ofrece diversas herramientas a las partes para su realización.

Así, se ha destacado, de una parte, el ejercicio del contradictorio a través de las preguntas cerradas realizadas en el ejercicio del contrainterrogatorio, y, de otra, la utilización de evidencias internas y externas, referidas las primeras a declaraciones anteriores para demostrar contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto relevante dirigido a establecer la credibilidad del testigo, y las segundas relacionadas con su empleo como pruebas de refutación.

En ese sentido, el estatuto procesal penal consagró diversas herramientas para impugnar la credibilidad de los testigos, la cual puede verse afectada, entre otras cosas, por el hecho de que el declarante haya hecho aseveraciones contrarias a lo que expresa en el juicio oral.

Con ese propósito, el artículo 403 de la Ley 906 de 2004 dispone que la parte contra la que se aduce el testimonio podría traer a colación declaraciones anteriores del testigo. La jurisprudencia de esta corporación ha aclarado que ello puede hacerse para demostrar la existencia de contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto relevante para evaluar la credibilidad del declarante.

Por lo tanto, según se ha acotado, **la presentación de la 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 e inmediación**, entre otros, así como con la obligación de garantizar que la justicia sea célere y eficaz, **por lo que no se trata de prueba orientada a soportar la teoría del caso de una de las partes sino a atacar o demeritar el valor del testimonio** de quien rinde la declaración.

Por lo tanto, para su distinción, se tiene que **el objeto de la prueba refutada está encaminado a resolver la controversia** sobre la ocurrencia de

una conducta, su autor, la reconstrucción histórica de circunstancias en que ocurrió un supuesto dado, la infracción a la ley penal y demás aspectos concernientes a la conducta punible y la responsabilidad penal del procesado, **mientras que la prueba de refutación se orienta al propósito de cuestionar la credibilidad del testigo** en cuanto a los aspectos que se encuentran relacionados en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, pretendiéndose con ello hacer perder consideración y eficacia a la prueba contradicha respecto a su credibilidad, entre otras cosas, frente a *“manifestaciones anteriores (...) incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías”*.

[...] De manera que **tratándose del uso de declaraciones anteriores u otro tipo de información como pruebas de refutación**, es necesario subrayar que se incorpora a la actuación el apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación, pero, antes de hacerlo, **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 evidencia externa representa en relación con la posible afectación del debido proceso al verse menguado el principio de confrontación.

En todo caso, como viene de ser precisado, con la **prueba de refutación** se busca atacar la veracidad de la prueba refutada como recurso de impugnación de su credibilidad, por lo que **su ofrecimiento en el juicio oral no requiere protocolos especiales de descubrimiento ni tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria** porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción, aunque, **eso sí, debe solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada** y, en todo caso, si es procedente, tiene que autorizarse y en lo posible **practicarse** inmediatamente después de que culmine la introducción del medio a contradecir, propiciando así la oportunidad para que la contraparte la conozca a tiempo y pueda, a su vez, ejercer el **derecho de confrontación**.

De igual manera, es preciso subrayar que cuando el testigo niega que ha sido contradictorio, **la**

parte contra la que se aduce la prueba puede seguir el siguiente procedimiento:

Si la declaración anterior está documentada, tiene la facultad de ponerle de presente la misma, para que se lea en voz alta solo el apartado pertinente. No se ingresa en su totalidad, se ha dicho, porque su uso solo se justifica para demostrar la contradicción o cualquier otro aspecto relevante para el estudio de la credibilidad.

Si la declaración no ha sido documentada, o el testigo niega que el documento que se le pone de presente corresponde a lo que expresó por fuera del juicio oral, es posible que se requiera la incorporación de pruebas (que en este caso tendrán el carácter de refutación), para demostrar la existencia y el contenido de la declaración anterior.

Con fundamento en tales presupuestos, bien puede advertirse que más allá de los errores técnicos percibidos en la conducción del **juez de conocimiento** frente a la aducción de la prueba de refutación, **acertó en el hecho de permitir que el delegado de la fiscalía impugnara la credibilidad del testigo a través de la referida herramienta de confrontación, pues antes de hacerlo el acusador dio la oportunidad al declarante LDCC para que aceptara sus contradicciones** en relación con las manifestaciones que había hecho a su padre HCH, **de quien por su mismo conducto se acreditó que había fallecido antes** de haber podido ser presentado en la audiencia pública, **factor éste último sobreviniente que resultó relevante de cara a la aceptación como prueba que materialmente puede reputarse como de referencia, empleada como medio para refutar la credibilidad** del testigo.

Es importante reseñar que el testigo LDCC negó haberle dado a su progenitor una versión de los hechos sustancialmente diferente a la que expresó en el juicio oral.

En tal caso, si su declaración hubiese quedado documentada, hubiera bastado con ponerle de presente los puntuales apartados de ese documento. Como ello no es así, la única posibilidad de demostrar la existencia y el contenido de la versión anterior (en algunos apartes contraria a la vertida en el juicio), estaba supeditada a la práctica del testimonio del padre. Pero **como este había fallecido para el momento del juicio, resultaba procedente la**

incorporación de su declaración anterior (la entrevista rendida ante el investigador judicial), a título de prueba de referencia, en calidad de prueba de refutación, orientada a demostrar que el testigo CC sí entregó antes del juicio, en un tiempo mucho más cercano a los hechos, una declaración que coincide con lo expuesto por los testigos de cargo.

Por lo tanto, **tampoco asiste la razón a la recurrente cuando plantea la ilegalidad de la prueba empleada para impugnar la credibilidad** de LDCC, testigo presentado por la defensa del procesado. Se entiende claramente que, ante la imposibilidad de la presentación en juicio del testigo HCH, por haber fallecido, se utilizó como medio de refutación la entrevista que un día después de los hechos había rendido, la cual, como se ha dicho, se incorporó de manera material e integral con el documento en razón a que la impugnación recayó sobre todo el contenido de la declaración anterior, con lo cual se demostró su existencia y contenido.

Obviamente, **la introducción de la referida entrevista** en formato FPJ-14 **sólo puede ser empleada para valorar la credibilidad del testigo refutado**, esto es, para demeritar la prueba refutada en concreto, **por lo que no es posible con dicho elemento probatorio soportar o infirmar la teoría del caso o los descargos**. Su valor estriba en este caso, según lo que viene de verse, en cuestionar la credibilidad del testimonio de LDCC, lo cual no obsta para que el juez pueda sopesar el contenido de esa prueba de refutación en tanto su contenido se encuentra estrechamente ligado a la prueba refutada al tratarse de su contradicción. Valga decir, en atención a los reparos que en este sentido se ofrecen por la recurrente, que es inevitable para el juzgador valorar el contenido de la prueba de refutación de cara a la prueba refutada, lo que ha de llevarse a cabo con la única finalidad de cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio o, en todo caso, de debilitar la credibilidad de las afirmaciones del testigo (artículo 403 de la Ley 906 de 2004).

Con lo anterior, **puede concluirse que no existen los defectos anunciados por el recurrente en relación con la aducción de la prueba de referencia** de EJGM y **aquella de refutación** de HCH, **empleada para impugnar la credibilidad** de LDCC.

Ahora bien, dejándose por sentado la legalidad, la existencia y su regular aporte al proceso de las

pruebas de referencia de EJGM y de refutación de HCH, corresponde a la Sala determinar el alcance de las mismas y la relevancia de la prueba complementaria dentro del juicio de responsabilidad deducido al procesado YJJC, recordándose que el falso juicio de convicción que ha sido escogido en este caso por la actora para atacar la sentencia está referido a que la prueba de referencia fue valorada en forma diferente al mandato legal, fundándose en ella, de manera exclusiva, la declaración de condena».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: alcance probatorio, tarifa legal negativa || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba:** complementaria a la de referencia, apreciación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, constituyen una herramienta excepcional y residual para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, su valoración se realiza de cara a la prueba refutada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, legalidad || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN** - No se configura || **HOMICIDIO AGRAVADO** - Se configura

«La Corte encuentra que, **con acierto, el Tribunal forjó la hipótesis claramente compatible con la condena, dando por probado que:** i) el homicidio de JLTS estuvo precedido por un enfrentamiento a golpes con el procesado Y JJC, con quien momentos previos había tenido una discusión que se presentó en el ambiente del juego de billar del que además participaban la víctima TS, EJGM y LDCC; ii) que la gresca culminó cuando los hermanos Y y Y JC, como coautores de la conducta punible, mataron a JLTS, al lesionarlo por proyectil de arma de fuego; iii) que una vez ejecutado el homicidio, el acusado JC salió huyendo del lugar de los hechos.

La tarifa legal negativa inserta en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004,

ampara el falso juicio de convicción en los casos en los cuales la sentencia de condena se funda, “exclusivamente”, en prueba de referencia, aspecto que no se presenta en este caso, si se tienen en consideración los elementos de respaldo tomados en cuenta por el Tribunal, antes reseñados.

Tampoco, en el plano sustancial, es cierto que dichos elementos de respaldo sean inanes o insustanciales, afirmación que solo puede asentarse si se descontextualiza, como intentó la casacionista, lo referido por **la prueba directa e inferencial complementaria que acompaña a la prueba de referencia.**

En este sentido, la recurrente se limitó a reprochar, sin razón, la existencia y contenido de la prueba de referencia y, conforme su criterio interesado, a señalar que lo arrojado por la prueba de respaldo no constituye soporte suficiente o útil para la de referencia, sin que de allí sea factible extraer que de verdad el fallador ad quem incurrió en los vicios propuestos en la demanda.

En cuanto a la incorporación de la declaración anterior de HCH, no encuentra la Sala defecto alguno que atente contra su legalidad, bajo el supuesto que sólo puede ser empleada para valorar la credibilidad del testigo refutado, lo cual apareja que su contenido deba ser objeto de estimación, como en efecto aconteció en el fallo confutado, pues no de otra manera podría valorarse el testimonio de LDCC.

Así las cosas, **advierte la Sala** de acuerdo con lo previamente consignado que, en efecto, en este caso **el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal de YJJC en el punible de Homicidio agravado** se acreditó con base en las pruebas debatidas en el juicio, **sin que la sentencia se hubiera fundamentado de manera exclusiva en prueba de referencia,** conforme al cargo propuesto, todo lo cual impone que **el fallo se mantenga incólume».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

10. DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

Es improcedente cuando no existe oposición de las partes frente a la declaración de incompetencia

La Sala decidió abstenerse de asumir conocimiento sobre la *definición de competencia*, por considerar necesario replantear el *precedente jurisprudencial* relativo a dicho trámite procesal, al igual que respecto de la denominada *impugnación de competencia*, como figuras propias del *Sistema Penal Acusatorio*. De esta manera, se estimó que el procedimiento definitorio es *improcedente* si no existe *controversia* acerca del funcionario judicial que debe asumir el conocimiento de la actuación, razón por la cual se debe *correr traslado* a las partes de la manifestación de incompetencia, y si no hay reparo alguno, remitir el asunto a aquél que se estima competente, quien, si encuentra *fundada* la proposición *asumirá* el caso, o en el evento contrario, la *rechazará* y en forma *motivada* *enviará* el diligenciamiento al *superior* para que decida sobre el particular.

AP2863-2019 (55616) del 17/07/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia: concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** Trámite || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** Trámite || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** diferente a la colisión de competencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de efectividad:** concepto || **PROCESO PENAL - Principio de eficiencia**

«La **definición de competencia** es el mecanismo previsto para determinar de manera perentoria y definitiva, cuál de los distintos jueces o magistrados es el llamado a conocer de la fase procesal de juzgamiento, o para ocuparse de determinados trámites. Este incidente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 54 y 341 de la Ley 906 de 2004 puede surgir a iniciativa: **(i)** del propio funcionario judicial cuando considera que carece de competencia para asumir el conocimiento de una actuación, o **(ii)** de las partes (**impugnación de**

competencia), si éstas presentan inconformidad en ese sentido.

“ARTÍCULO 54. TRÁMITE. Cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla, quien en el término improrrogable de tres (3) días decidirá de plano. Igual procedimiento se aplicará cuando se trate de lo previsto en el artículo 286 de este código y cuando la incompetencia la proponga la defensa.

ARTÍCULO 341. TRÁMITE DE IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA. «Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:» De las impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del juez, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado.

En el evento de prosperar la impugnación de competencia, el superior deberá remitir la actuación al funcionario competente. Esta decisión no admite recurso alguno”.

«[...] la Sala venía sosteniendo de manera pacífica y reiterada:

“La impugnación de competencia regulada en la Ley 906 de 2004, es connatural al sistema de procesamiento penal acusatorio y difiere del trámite de la colisión de competencias previsto en las legislaciones precedentes. En efecto su artículo 10 desarrolla el principio de efectividad, el cual se concibe como la armonía que debe existir entre la materialización de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso y la necesidad de lograr una justicia eficaz con predominio de lo sustancial, caracterizada principalmente por la celeridad con la que corresponde desarrollar la actuación.

Por esta razón, el legislador, al prever la eventualidad de que el juez de conocimiento ante quien se presente la acusación manifieste su incompetencia, o como en este evento, el defensor del acusado impugne la competencia, **fijó un procedimiento ágil en desarrollo del cual no se envía la actuación al funcionario que considera debe proseguirla, sino que simplemente debe expresar las razones en las que apoya su declaración y remitirla al superior funcional** que, de acuerdo con las reglas que rigen la materia, debe resolverla, evitando de este modo la dilación injustificada de la actuación, pues al fin y al cabo, ante la discrepancia de los jueces, tendría que entrar a resolver, como ocurría en el sistema anterior”.

Se entiende, entonces, que bajo las reglas del sistema acusatorio, cuestionada la competencia de un juez o magistrado, la actuación se remite inmediatamente al superior llamado a definir el incidente. Sencillamente, quien rehúse o impugne la competencia, debe plantearlo y expresar tanto los fundamentos de su postura, como la autoridad que a su juicio le corresponde asumir el conocimiento del asunto. Esto último, para determinar la autoridad a la cual se remite el diligenciamiento para resolver la propuesta de incompetencia. [...]

Para la Sala, no obstante, este criterio requiere una precisión en garantía de los principios de efectividad y eficiencia que rigen las actuaciones judiciales».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia: para la habilitación del trámite requiere la existencia de controversia respecto del funcionario judicial que debe asumir el conocimiento de la actuación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** es improcedente cuando no existe oposición de las partes frente a la declaración de incompetencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** trámite, se debe correr traslado a las partes de la manifestación de incompetencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** trámite, si no hay reparo de las partes, debe remitirse la actuación al funcionario que se considera competente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** trámite, si el funcionario encuentra fundada la manifestación de incompetencia asumirá el trámite del proceso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** trámite, si el funcionario no encuentra fundada la manifestación de incompetencia, rechazará el conocimiento y en forma motivada enviará la actuación al superior || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** Variación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** la Sala se abstiene de conocer el asunto y devuelve las diligencias

«[...] en el trámite de la audiencia de formulación de acusación **se pueden proponer causales de incompetencia**, impedimentos, recusaciones, nulidades y observaciones al escrito de acusación (art. 339 del C.P.P). Frente a las primeras, esto es, **cundo existe disputa sobre el funcionario que debe asumir el conocimiento de una actuación, el legislador de 2004 estableció la** necesidad de adelantar un trámite incidental que

denominó **impugnación de competencia** (art. 341 del C.P.P).

Impugnar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es oponerse, lo que a su vez significa, *“poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto”, “proponer una razón o discurso contra lo que alguien dice o siente”, “contradecir un designio”, “estar en oposición distintiva”*.

Por consiguiente, siendo esas las acepciones del término en comento, considera la Sala que **para la habilitación del trámite de impugnación de competencia se requiere que exista una controversia o debate** en torno a dicha temática.

Resulta del todo necesario que entre el juez y las partes e intervinientes se suscite una disputa acerca del funcionario que debe asumir el conocimiento de la actuación. Ello, porque como sucedió en el presente asunto, **en aquellos casos donde** se visualiza con la mayor responsabilidad jurídica, objetividad y argumentación que la competencia recae en otro juez o magistrado y **ninguna de las partes se opone** o discute esa apreciación, **resulta innecesario y dilatorio del proceso penal dar curso a un incidente de definición de competencia.**

Para la Corte, entonces, **advertida la falta de competencia del juez de conocimiento y sin que ello genere un mínimo de reparo por los sujetos procesales** -a quienes, conviene precisar, **se les debe correr traslado de la propuesta-**, **le corresponde al titular del despacho enviar inmediatamente la actuación al funcionario que considera es el facultado para conocer el asunto.** Éste, **en caso de hallar fundada la manifestación de incompetencia, asumirá el trámite del proceso remitido. De lo contrario, rechazará su conocimiento de manera motivada y enviará las diligencias a la autoridad llamada a dirimir la cuestión.**

Así las cosas, en los anteriores términos **la Corte replantea el alcance de la postura que venía aplicándose sobre el tema.**

En este caso, durante la audiencia de acusación celebrada el 31 de enero de 2019, previo requerimiento realizado por el Juez [...] Penal del Circuito [...], la fiscalía precisó que la conducta punible de abuso de autoridad por omisión de denuncia atribuida a M.A.C.G. se ejecutó cuando ésta ostentaba el cargo de Fiscal Local [...] y se

desempeñaba como Coordinadora de la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía [...].

Por tal motivo, en atención al fuero especial de la procesada, el juez manifestó con absoluta objetividad su falta de competencia para aprehender el conocimiento del asunto. Explicó que de conformidad con el artículo 34, numeral 2° de la Ley 906 de 2004, el llamado a adelantar la etapa de juzgamiento contra M.A.C.G. era el Tribunal Superior [...], toda vez que el presunto delito atribuido a la procesada ocurrió con ocasión y en ejercicio de las funciones de fiscal local que desempeñaba. Declaración que no generó oposición o disputa por las demás partes e intervinientes.

En esas condiciones, **de acuerdo con la nueva postura, al no existir ninguna objeción sobre la declaración de incompetencia** del Juez [...] Penal del Circuito [...], **resultaba improcedente dar curso al trámite incidental de definición de competencia. Lo adecuado era remitir inmediatamente el diligenciamiento a la citada Corporación, para que ésta, de estimar fundada la manifestación de aquel funcionario, asumiera sin más dilaciones el juzgamiento de C.G..**

En tal virtud, **la Corte no aprehenderá el conocimiento del asunto, por carecer de competencia. Dispondrá, por tanto, la devolución del expediente** a la Sala Penal del Tribunal Superior [...], para lo de su cargo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

11. DELITO CULPOSO ***Para la imputación jurídica del resultado debe considerarse el fin de protección de la norma***

La Sala *casó* la *sentencia condenatoria* emitida por el Tribunal para, en su lugar, restablecer la *absolutoria* de primer grado, al encontrar acreditada la *violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea* de la normatividad de tránsito, necesaria para resolver el caso relacionado con el delito de *Lesiones Personales Culposas*. En tal sentido, recordó que, dentro de la teoría de la *imputación objetiva*, resulta esencial para la *atribución del resultado* lesivo, el considerar el fin de protección de la norma. De esta forma, determinó que el acusado no fue quien creó el *riesgo jurídicamente desaprobado*, en tanto que el *vehículo de emergencia* que dirigía, podía superar la *velocidad* reglamentaria, acorde a la *interpretación sistemática* de las disposiciones del *Código Nacional de Tránsito Terrestre*, de modo que el cuestionamiento derivado de la situación dañosa radicaba en el comportamiento del conductor de otro automotor, quien inobservó la señal luminica del semáforo en rojo.

SP1945-2019 (50523) del 12/06/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia: pueden superar los límites de velocidad establecidos por la norma || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** los demás conductores tienen que cumplir el deber de cesión de paso en la vía || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Reducción de velocidad:** en proximidad a una intersección || **DELITO IMPRUDENTE - Imputación objetiva:** requiere verificar la creación de un riesgo no permitido || **DELITO CULPOSO – Imputación jurídica del resultado:** debe considerar el fin de protección de la norma || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Interpretación errónea:** se configura

«Del artículo segundo del Código Nacional del Tránsito, sin mayor dificultad se extrae que **esa clase de vehículos pueden superar los límites de velocidad establecidos por la norma de tránsito, dada la naturaleza de la función que les corresponde cumplir** para responder a situaciones de urgencia en las que está de por medio la salud y la vida de las personas.

En esa medida, **ninguna situación de riesgo desaprobado** generó la acción del acusado al movilizarse a una velocidad cercana a los 60 km/h, pues esa acción le era autorizada y **se trataba de un riesgo permitido**, el cual excluye la imputación del daño.

Aquí corresponde aclarar que la generación del peligro prohibido, el Tribunal la hizo recaer en el exceso de velocidad del conductor de la ambulancia bajo una **interpretación en absoluto errada** del artículo 74 del Código Nacional del Tránsito, ya que impuso como regla, que incluso en las intersecciones controladas por un semáforo, todos los vehículos deben disminuir su marcha a 30 km/h.

Uno de los elementos a considerar cuando se trata de imputar jurídicamente el resultado es el fin de protección de la norma. Según este criterio, la norma fundamentadora de la responsabilidad no tiende a la protección general de todos los daños imaginables, sino solo aquellos que se producen del modo en que la norma pretendía evitar que sucedan. De acuerdo con esta visión, **el resultado solo podría imputársele a la acción, si fuese el producto de la infracción del deber objetivo de cuidado descrito en la regla** del código de tránsito, una prohibición que se dirige al común de los ciudadanos que conducen un vehículo, más no a los conductores de ambulancias que prestan el servicio de urgencia.

En efecto, **si bien el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito determina que los conductores deben reducir la velocidad a 30 kilómetros por hora en las proximidades a una intersección, una interpretación sistemática de ese artículo, con el 64 del mismo estatuto, lleva a la conclusión de que esta regla cede ante la prevista en el artículo 64 indicado, según la cual, todo conductor debe ceder el paso a vehículos de ambulancia.**

Por lo mismo, **el imputado no creó un riesgo jurídicamente desaprobado**, así causalmente haya contribuido al resultado.

En situaciones como estas, **la verdadera creación del riesgo desaprobado surge para el conductor que hace caso omiso de la señal que le muestra el semáforo**, pues los demás conductores ejercen su actividad confiados en que los otros actores acatarán la norma de tránsito. Esa confianza se refuerza para los conductores de vehículos de emergencia, en la medida en que la norma de tránsito les otorga prelación en la vía, lo que implica el deber para los demás actores del tráfico de cederles el paso, como así lo indica el artículo 64 del Código Nacional de Tránsito, citado páginas atrás.

En tal medida, el fallador de segundo grado, bajo una **incorrecta interpretación** del artículo 74 del Código Nacional de Tránsito, atribuyó la generación de un riesgo normativamente prohibido al acusado, al entender que debió reducir la marcha a 30 km/h, circunstancia de la que derivó la imputación del resultado típico a la acción de CARG.

En criterio de la Sala, **la conducta del procesado al emprender la marcha a la velocidad indicada** en la prueba forense -55 a 60 km/h-, la cual no se discute, **comporta un riesgo jurídicamente permitido, puesto que el ordenamiento autoriza a los vehículos de emergencia rebasar los límites de velocidad».**

CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia: deben anunciar su presencia a través de cualquier señal óptica o audible || **DELITO CULPOSO - Concurrencia de culpas:** no se configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura, al atribuir infracción de norma no vigente para la época de los hechos || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** pueden superar los límites de velocidad establecidos por la norma || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** los demás conductores tienen que cumplir el deber de cesión de paso en la vía || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Reducción de velocidad:** en proximidad a una intersección || **LESIONES PERSONALES CULPOSAS - En accidente de tránsito:** no se configura cuando el resultado no es imputable a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado del conductor acusado || **IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado:** por la inobservancia de señal luminosa de semáforo en rojo || **IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del**

riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado || **LESIONES PERSONALES CULPOSAS - En accidente de tránsito:** no se configura cuando la acción peligrosa es jurídicamente aceptada por razón de la función asignada || **RESPONSABILIDAD OBJETIVA -** No está asociada al criterio de imparcialidad judicial || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** no puede utilizarse en casos de falta de analogía fáctica || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Interpretación errónea:** se configura

«En **similar error incurre el ad quem al interpretar el artículo 2° de Código Nacional de Tránsito**, pues del texto de la norma deduce que en cualquier situación los vehículos tipo ambulancia, tienen que transitar con las señales visuales y sonoras, pese a que claramente el precepto solo hace exigible una de ellas, al indicar que **los conductores de automotores de emergencia deben anunciar su presencia a través de «cualquier señal óptica o audible»**. Es así que, al no utilizar el mecanismo sonoro, únicamente el visual, el Tribunal atribuye al procesado otra infracción a la norma para endilgarle la producción del resultado.

En una **nueva infracción en la aplicación del derecho** el ad quem sustenta la imputación objetiva del resultado a la conducta de RG, además, en el hecho de que se movilizaba por el carril exclusivo del “Megabus”, ya que incumplió las exigencias reguladas por la empresa prestadora del servicio de transporte público, por ejemplo, que se tratara de un paciente que requiriera atención urgente y que previamente hubiera solicitado autorización a la compañía.

Lo primero que le corresponde precisar a la Corte en torno a **la aplicación de estos requisitos con alcance normativo** en la ciudad de Pereira, es delimitar su aplicación **en el tiempo**, en la medida en que es un aspecto debatido en la demanda y abordado por el fallador de segunda instancia.

En efecto, para el Tribunal existía la prohibición para la ambulancia de movilizarse por el carril exclusivo del “Megabus”. Tal imperativo lo fundó en el «*Protocolo municipal para la regulación del servicio de atención pre hospitalaria en caso de urgencias, emergencias o desastres por parte del sector salud y para la circulación- despacho de ambulancias en el municipio de Pereira*», pero no tuvo en cuenta los antecedentes que dieron lugar a su implementación y, por ende, el momento a partir del cual configuraron una regla de

comportamiento obligatoria para los conductores de vehículos de emergencia.

Según se extrae del texto del mencionado protocolo, esa reglamentación surgió a raíz de un accidente de tránsito ocurrido el 8 de noviembre de 2010, en el que se vieron involucrados un vehículo de “Megabus” y una ambulancia.

En esa medida es claro que **la norma entró a regir con posterioridad al hecho atribuido a CARG** que data de abril 22 de 2010, razón suficiente por la que **los deberes** allí consignados y cuyo incumplimiento le enrostra el Tribunal como sustento de la tipicidad objetiva de su acción, **no le eran exigibles**.

Para el momento de ocurrencia del hecho, no existía norma que restringiera el tránsito de vehículos de emergencia por el carril exclusivo del “Megabus”, motivo por el que **el acusado no dio lugar a un riesgo normativamente desaprobado** que se concretara en el resultado.

Por el contrario, **la acción que creó el riesgo que se concretó en el resultado, pertenece a quien comandaba el rodante que hizo caso omiso a la luz roja del semáforo**, pues la normatividad prohíbe continuar la marcha ante esta señal que impone detenerse. Es por ello que **no se puede acudir a la concurrencia de culpas** y atribuir el resultado a los dos actores viales involucrados en el accidente como se expuso en el fallo y como lo indicó la Procuraduría en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario.

Es más, de aceptarse la prohibición para utilizar el carril exclusivo, de todas formas, esa hipotética situación de peligro reprochado, no fue la que se concretó en el resultado, habida cuenta que fue el actuar de un tercero el generador del riesgo que ocasionó la colisión, sin que en dicha actuación tuviera incidencia que el acusado transitara por el carril ordinario o por el exclusivo.

Para la Sala es claro que **la acción riesgosa desaprobada por el ordenamiento jurídico la constituye la conducta de HDTG, al desconocer la norma de tránsito que lo obligaba a detenerse, no solo ante la luz roja del semáforo, sino porque la ambulancia tenía prioridad en la vía**, anunciaba su marcha a través de la señal visual y por ello TG debía cederle el paso.

No se logra predicar la misma conclusión respecto del comportamiento de CARG, pues como se expuso en precedencia, **las acciones**

que el juez de segunda instancia le reprocha **no infringieron las pautas de conducta propias de la conducción de vehículos automotores de emergencia** y, en ese orden, **no creó un riesgo normativamente desaprobado, presupuesto necesario para la imputación objetiva del resultado a la acción** de determinado sujeto.

Al respecto oportuno es recordar que tal **juicio de atribución** «solo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de la acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance el tipo».

Cuando **el Tribunal hizo una incorrecta interpretación de las normas** que en su criterio fueron infringidas por RG, pretendió agotar el primer elemento para imputar el resultado a la acción de éste, ya que cada supuesta infracción a la norma de tránsito la equiparó a situaciones de generación de riesgos prohibidos.

De haberse hecho una adecuada comprensión de las normas analizadas en el fallo de condena, la conclusión habría sido que **la actividad del acusado en su rol de conductor de ambulancia, la ejerció dentro de los límites del riesgo permitido inherente a la conducción de vehículos de emergencia.**

El Tribunal confunde estas acciones riesgosas, concretamente, movilizarse a determinada velocidad -entre 50 y 60 km/h-, hacerlo por el carril destinado al transporte masivo de pasajeros y sin el uso de la sirena, como conductas prohibidas (normativamente desaprobadas), que ocasionan riesgos reprobables. Sin embargo, **dado el errado entendimiento de las normas de tránsito citadas en la sentencia, pasa por alto que la acción del procesado a pesar de que es peligrosa, es jurídicamente aceptada por razón de la función que se asigna a los vehículos de emergencia en salvaguarda de bienes jurídicos de primer orden.**

Es por lo anterior que para la Corte, **el resultado típico no es imputable a la conducta** de CARG, porque **no es cierto que hubiera dejado de observar las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo y**

que hubiera creado un peligro desaprobado por los mandatos regulatorios del tráfico vehicular. Por tal motivo, **no puede ser responsable del delito culposo de lesiones personales.**

En esa medida, **la Corte no puede acoger los planteamientos de la representante de víctimas, ya que acude a argumentos probatorios contrarios a la valoración acogida por Tribunal**, cuando indica que no se logró establecer cuál de los dos conductores hizo caso omiso del semáforo, puesto que el fallador declaró que había sido el conductor de la camioneta.

Además, **incurre en una confusión evidente** en torno al concepto de **responsabilidad objetiva** cuando lo asocia con uno de los criterios que rigen la apreciación probatoria y el ejercicio de la actividad judicial (**imparcialidad**), y no con el **principio de culpabilidad** consagrado en el artículo 12 del Código Penal.

Ahora, frente a los argumentos expuestos por la delegada del Ministerio Público, los mismos ya fueron abordados por la Sala al **descatar la hipótesis de la creación conjunta del riesgo jurídicamente desaprobado**, pues como se concluyó, esta acción no es imputable al aquí procesado.

Adicionalmente, **pese a que** la representante de **la Procuraduría busca soportar su exposición en dos decisiones de la Corte** que resolvieron casos de delitos culposos cometidos en ejercicio de la conducción de vehículos automotores, **no precisa cuál es la afinidad fáctica o jurídica entre los casos estudiados** en esos pronunciamientos con el que examina la Sala o cuál fue la regla fijada en aquellos que resulte aplicable a este asunto.

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Corte que **se configura la violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea de las reglas de tránsito**, motivo por el que el cargo postulado en la demanda prospera. Así las cosas, **se casará la sentencia condenatoria de segunda instancia para dejar en firme el fallo absolutorio de primer grado** proferido a favor de CARG».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

12. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Se vulnera cuando se valora en contra del procesado, su manifestación ante el juez de garantías, consistente en no aceptar cargos

Pese a encontrarse acreditada la incursión del Tribunal en *falso juicio de existencia por suposición*, la Sala decidió *no casar* la sentencia impugnada -en la que se declaró al acusado penalmente responsable del delito de *concusión*-, tras determinar, luego de la supresión de la argumentación equivocada, que no resultaba *trascendente* para su revocación. Con todo, estimé necesario recordar que no toda intervención del procesado puede ser considerada como *testimonio*, y que no es dable emplear el contenido de las conversaciones tendientes a llegar a un acuerdo -que no se perfeccionó- para fundamentar la decisión, en tanto que ello contraría el principio de *no autoincriminación*, así como la *tarifa legal negativa* prevista en su protección, lo que comportaría adicionalmente un *falso juicio de convicción*.

SP965-2019 (49184) del 20/03/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusado como testigo: no cualquier intervención o manifestación del procesado puede entenderse, apreciarse y valorarse como testimonio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** principio de inmediación, alcance || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** se configura || **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Se vulnera:** cuando se valora en contra del procesado, su manifestación ante el juez de garantías, consistente en no aceptar cargos || **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - Se configura:** por violación de la

tarifa legal negativa || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** las conversaciones para lograr un acuerdo no se pueden usar en contra del procesado, si no se llegare a perfeccionar, tarifa legal negativa || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** principio de trascendencia || **CONCUSIÓN - Sujeto activo:** debe ser servidor público || **PRUEBA - Libertad probatoria || SERVIDOR PÚBLICO - Demostración de esta calidad || SENTENCIA - Principio de razón suficiente**

«Contrastada la apreciación de las pruebas aplicada por el Tribunal con las modalidades de error constitutivas de violación indirecta de la ley (num. 4.1.1 supra), **la Sala encuentra errores manifiestos** que han de ser suprimidos de la estructura probatoria que sustenta la declaratoria de responsabilidad penal.

Se trata de un **falso juicio de existencia por suposición en la apreciación de la “declaración del acusado”**.

Ciertamente, el art. 394 del C.P.P. prevé la posibilidad de que el acusado comparezca como testigo en su propio juicio y, bajo la gravedad del juramento -con las especificidades establecidas en la sent. C-782 de 2005-, sea interrogado de acuerdo con las reglas previstas en los arts. 389 al 404 ídem. Sin embargo, **ello no quiere decir que cualquier intervención o manifestación del procesado pueda entenderse, apreciarse y valorarse como un testimonio**.

Es un principio fundamental del esquema procesal implementado a través de la Ley 906 de 2004 que **sólo existe una prueba cuando ésta se practica y se somete a contradicción ante el juez de conocimiento, en el marco de un juicio público, oral, contradictorio y con inmediación**. Por fuera de ese escenario, salvo exceptuados eventos señalados por la ley (art. 274 C.P.P.), mal podría el juez entender que una prueba existe y, entonces, apreciarla.

La observación probatoria, entonces, ha de ser in-mediada, esto es, que las pruebas deben ser apreciadas directamente por el juez en la audiencia del juicio oral. Por ello, en desarrollo de la **máxima de inmediación**, el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia (art. 379 ídem). Así se concreta el

principio rector consagrado en el art. 16 ídem, según el cual en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

Mas ello parece no comprenderlo el ad quem, pues mostrando desconocimiento de los pilares del juicio (art. 250-4 de la Constitución), así como del ámbito de aplicación de la **garantía fundamental de no autoincriminación** (art. 33 ídem y arts. 8° lits. b), c) y d) del C.P.P.), **el juez colegiado de segunda instancia, pasando por alto que el acusado no rindió testimonio en juicio y bajo el errado convencimiento que sus manifestaciones ante el juez de garantías constituían evidencia testimonial, las apreció.** Además, no sólo las observó, sino que **las valoró en contra del procesado, convirtiéndolas en fundamento probatorio para justificar su responsabilidad penal** como sujeto activo calificado de la conducta punible de concusión.

Por consiguiente, al fijar el enunciado fáctico cifrado en que, ante la pregunta de si era su deseo aceptar los cargos, el imputado señaló: *«por el momento me abstengo de aceptar los cargos para tratar de llegar a un preacuerdo con la Fiscalía y presentar mi carta de renuncia a la institución para no entorpecer la misma»*, **el Tribunal incurrió en error de hecho consistente en falso juicio de existencia por suposición**, como quiera que, sin serlo, apreció como prueba testimonial tal manifestación y de ella derivó inferencias probatorias.

Entonces, ese fundamento de la declaratoria de responsabilidad penal, naturalmente, debe ser removido de la estructura argumentativa en que aquélla se soporta, máxime que, **al utilizar tal afirmación en contra del acusado, el Tribunal también violó garantías fundamentales, pues utilizó las expresiones para incriminarlo, sin los supuestos legales habilitantes para ello.**

Desde esa perspectiva, aun admitiendo hipotéticamente que las aludidas expresiones hubieran ingresado al juicio, **al ad quem le estaba vedado aludir a ellas, so pena de incurrir en un error de derecho por falso juicio de convicción.** Ello, por cuanto al tenor del art. 8° lit. d) del C.P.P., existe una **tarifa legal negativa en punto de la apreciación de las exteriorizaciones emanadas del procesado tendientes a lograr un acuerdo para la**

declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas, si no llegaren a perfeccionarse.

Y en ese sentido, como se advierte en lo que le dijo el entonces imputado **al juez de garantías**, su *“reconocimiento”* de la condición de servidor público se exteriorizó con la advertencia que evaluaba con la Fiscalía la posibilidad de llegar a un preacuerdo para aceptar su responsabilidad.

Sin embargo, **en punto de trascendencia, los errores detectados son insuficientes para derruir la estructura probatoria en que se sustenta la condena por concusión.** Aun suprimiendo de tal andamiaje argumentativo las aludidas manifestaciones del acusado, subsisten razones probatorias que acreditan la condición especial de sujeto activo -servidor público- en el señor PM. Y tales fundamentos de la condena, como enseguida se expondrá, además de que no fueron refutados adecuadamente por el censor, son sólidos y suficientes para mantener la declaratoria de responsabilidad por concusión.

En efecto, es errado el planteamiento del libelista al sostener que la única manera para acreditar la condición especial de **servidor público**, en tanto sujeto activo de la conducta punible de concusión, es a través de la resolución de nombramiento y del acta de posesión en el cargo. Por regla general, **rige el principio de libertad probatoria** (art. 373 del C.P.P.), acorde con el cual los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en ese código o por cualquier medio técnico o científico, que no vulnere los derechos humanos. En exceptuados casos, previstos expresamente por la ley, ésta exige que determinado enunciado fáctico deba probarse mediante un específico medio de prueba.

Pero ese no es el caso de la condición de servidor público. Al margen de la mayor o menor precisión en punto de la forma de vinculación y otras particularidades del nexo funcional con el Estado, ningún precepto normativo condiciona la convicción del juez sobre tal aspecto a que lo establezca con referencia a los mencionados documentos. Quizás, desde luego, sea aconsejable, y la práctica judicial así lo ratifica, que la resolución de nombramiento y el acta de posesión sean dos referentes importantes para precisar el tipo de relación del servidor con la entidad concernida, así como sus funciones. Empero, ello no se torna imprescindible para acreditar la condición de sujeto activo calificado.

La presente actuación, debe admitirlo la Sala, no es un modelo de lo que debería ser una exhaustiva demostración del cuestionado ingrediente normativo. Sin embargo, también es

verdad que **la calidad de empleado judicial en el acusado se probó con las exigencias propias del principio de razón suficiente**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

13. DESAPARICIÓN FORZADA

Coautoría impropia del militar que ostentaba el mando y control total de la operación

En la decisión a través de la cual no se casó la sentencia impugnada, la Sala abordó tópicos fundamentales sobre el delito de Desaparición Forzada, cuya ejecución principió, en el caso específico, durante el operativo militar desplegado el 6 de noviembre de 1985, en desarrollo de los hechos y circunstancias alusivos a la denominada “*retoma del Palacio de justicia*”. Uno de tales aspectos, se refirió al título de *imputación del resultado* atribuible al militar que dirigió la actividad operacional, pues aunque el Tribunal acudió a la *autoría mediata en aparatos organizados de poder*, aludiendo a la *omisión* en el cumplimiento del deber de garantía, la Corte advirtió que dicha figura no resulta aplicable en casos en que se acredita un proceder activo por parte del agente, quien suministra un aporte esencial en la materialización del comportamiento, debido a la connotación de ostentar el mando y control total de la operación, analizada no por fracciones sino como unidad. Consecuentemente, explicó que la correcta modalidad de imputación, corresponde a la *coautoría impropia*, por la que, en definitiva, se impuso la condena, conforme a la aclaración efectuada por la Corporación, y en observancia del principio de *congruencia personal, fáctica y jurídica* con la *acusación*.

SP3956-2019 (46382) del 23/09/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: concepto || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** elementos || **DESAPARICIÓN FORZADA - En el marco del conflicto armado interno** || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** elementos, requiere de una estructura criminal organizada con vocación de permanencia || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** su fundamento consiste en que el sujeto activo no realiza un acto de ejecución del tipo penal, sino que otro lo hace a su nombre || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** por omisión, no se configura || **DESAPARICIÓN FORZADA - Se configura:** evento en que correspondió a un plan militar estratégicamente diseñado y analizado como unidad || **DESAPARICIÓN FORZADA - Se configura:** evento en que se obró con desatención del principio de distinción establecido en los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra || **COAUTORÍA - Requisitos:** subjetivo, decisión de realizar conjuntamente la conducta punible || **COAUTORÍA - Requisitos:** objetivo, codominio funcional del hecho || **COAUTORÍA IMPROPIA - Concepto** || **COAUTORÍA IMPROPIA - Se configura** || **DESAPARICIÓN FORZADA - Coautoría impropia:** del militar que ostentaba el mando y control total de la operación

«Para la Agencia Especial del Ministerio Público - contrario a la opinión de la Procuradora que concurrió al trámite casacional—, el Tribunal desconoció el principio de congruencia.

Adujo que la Fiscalía acusó al general JAAC como “**coautor impropio**” del delito de desaparición forzada, y el Tribunal lo condenó como “**autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder.**” Al hacerlo, considera que el Tribunal varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa del general, al impedirle

controvertir probatoriamente la acusación de último momento como “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder”, novedosa imputación del juzgador de segunda instancia que además contradice la dogmática de ese modelo, que no prevé la autoría mediata omisiva en aparatos organizados de poder.

[...] La necesidad de sancionar a quienes no ejecutan materialmente la conducta, pero la ordenan, tratándose en especial de crímenes cometidos por grupos al margen de la ley o por miembros del Estado que actúan como un aparato organizado e ilegal de poder -“*máquinas en las cuales las órdenes se disgregan, todo el trabajo se compartimenta, se fragmenta e involucra a decenas y centenares de personas*”, como dice Aponte— llevó a idear, con el fin de evitar altos costos de impunidad, **la autoría mediata como forma de atribución de resultados**: un vínculo entre quien imparte la orden y domina el aparato organizado criminal con poder de mando, y un autor fungible que ejecuta el comportamiento responsablemente.

La Sala no hará un extenso análisis de la evolución de dicha figura. Simplemente mencionará, según el diseño de la jurisprudencia sobre el tema y la reflexión anterior, que **la autoría mediata en aparatos organizados de poder supone**, entre otros: (i) una estructura criminal organizada con vocación de permanencia, (ii) el vínculo con poder de mando del autor mediato sobre la organización (el dominio de la voluntad), y la (iii) actuación responsable del ejecutor fungible o intercambiable.

El Tribunal consideró que no se demostró que el general JAAC hubiera actuado al mando de un aparato de poder organizado al interior del Estado y tampoco que ese colectivo lo hubiera hecho con vocación de permanencia. Igualmente que la dogmática de la autoría mediata en aparatos organizados de poder fue configurada para la sanción de acciones positivas y no para omisiones. Aun así, concluyó lo siguiente:

“En nuestro caso concreto, en el delito de desaparición forzada de personas que usualmente se imputa por comisión activa hemos identificado la autoría del obligado por omisión de la acción esperada, lo que a su vez es una infracción al deber de protección impuesto al autor por la Constitución Política. Ya sea porque el caso no es frecuente, o porque la doctrina no se había enfrentado a un caso teórico de esa naturaleza, la

declaración jurisdiccional puede parecer académicamente novedosa, pero es la que la realidad impone.

... En fin, el ejercicio de su autoridad le imponía al general acusado el deber de garantía de proteger los derechos de los civiles rescatados y subversivos capturados, de donde se deriva su responsabilidad por la intervención de quienes realizaron la instrucción de desaparicimiento de sospechosos y de la combatiente vencida, cuando debía evitar que esa instrucción se reiterara y, en todo caso, que se cumpliera.”

Como se ha indicado, **el general JAAC fue el conductor del operativo militar de principio a fin**. Así también se definió fácticamente en la sentencia de primera instancia, que es compatible con la acusación y con la reconstrucción detallada que ha realizado la Sala del operativo, desde sus inicios, hasta la culminación con la liberación de personas, pero también con la retención de “sospechosos” y miembros vinculados con el grupo armado ilegal, M 19.

Sobre este último momento es demoledora la comunicación a la que se refirió la juez de primera instancia en la que Arcano 5, LCS ordena:

“Arcano 5: Eh, recomendación especial mantener eh los no heridos y los que aún no se han podido identificar plenamente eh aislados, aislados, eh, la Dinte lo va a apoyar para su clasificación, cambio.”

De allí, esto concluyó el Tribunal:

“... está probado que como superior en la cúspide de la Brigada militar que reiteró y ejecutó el Plan de acción, no contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales -pudiendo hacerlo—, por lo que se le imputa el resultado, a título e coautor mediato en relación con los otros coautores intermedios y ejecutores finales que reiteraron, transmitieron y cumplieron las órdenes terminantes de desapariciones forzadas.”

El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder”, deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante -elemento que no es un supuesto autónomo de autoría —, por haber omitido como jefe de un aparato organizado de poder “ad hoc”, los deberes inherentes a su

función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, **es equivocada y contraria a la evidencia.**

La Sala no desconoce los esfuerzos dogmáticos por copar vacíos con el fin de evitar costosas lagunas de impunidad y sabe de los esfuerzos de todo orden -de la doctrina y de tribunales especiales internacionales, desde Nuremberg hasta Ruanda y Yugoslavia en Europa, y de Argentina y Perú en Suramérica al juzgar crímenes de magnitudes incomprensibles— para evitar la impunidad en eventos en donde la imputación del resultado se complica en casos en donde el autor detrás del autor se esconde en complejas estructuras criminales.

Como se indicó al iniciar esta decisión, la Corte considera que la conducta atribuida al general JAAC es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, **no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación.** Primero, porque **tanto la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como la autoría mediata que podría denominarse “convencional,” se sustentan en la idea de que el autor detrás del autor no realiza un acto de ejecución del tipo penal, sino que lo hace otro a nombre de él,** sea que actúe como instrumento en el primer caso, o como sujeto fungible y responsable en el otro.

Segundo, porque **la autoría mediata** que aquí se trata, **requiere de una estructura criminal organizada y con vocación de permanencia,** aspecto que el Tribunal consideró en la decisión que no se había probado, por lo cual recurrió a la consideración que se trataba de una estructura de poder “*ad hoc*.”

No se desconoce que las tesis acerca de la manera como imputar al hombre de atrás son seductoras y que hacen parte de un derecho penal que amplía los términos de imputación de la conducta al autor con el fin de evitar que la rigidez de los textos legales deje a salvo a los principales artífices, a quienes dominan la voluntad en el aparato criminal.

Pero si algo se debe destacar es que, sea que se trate de un asunto de autoría mediata o de autoría mediata en aparatos organizados de poder, esas elaboraciones parten de un supuesto fundamental: que la dificultad de imputar el resultado recae en el hecho de que **el autor**

mediato no ejecuta el comportamiento, no se implica con el momento ejecutivo del comportamiento, o según algunos, “no interviene en la causalidad natural”, aunque al controlar el aparato y la voluntad domine el hecho, lo que hace que fracasen los arquetipos de la determinación.

Por lo que se ha expuesto, tal como se encuentra dicho en las instancias, **al general JAAC se le entregó el mando de la operación militar de retoma del Palacio de Justicia;** que se le haya entregado el mando significa, en este caso, que **tuvo el control de todo el operativo y de las unidades que lo ejecutaron,** de la Brigada XIII, del B2, de la Policía, de la inteligencia.

Asimismo, está suficientemente probado que el general JAAC, Arcano 6, **no solo impartió ordenes, sino que participó directamente en el operativo,** manejó situaciones puntuales con las personas capturadas y dispuso de ellos como consideró que la situación lo ameritaba.

El operativo debe analizarse como unidad; no es correcto fraccionar sus momentos para buscar una tipicidad a cada segmento. Desde este punto de vista se debe observar que la retención de los “sospechosos” y la aprehensión de los guerrilleros, no es una acción o idea de último momento, o la manifestación coyuntural de una idea que al final se le ocurrió a alguien. No. Las órdenes del general AC, que la Sala ha indicado, demuestran que **él, conductor del operativo y dominador de la acción, dispuso y ordenó la retención y custodia de los retenidos, de aquellos que salieron vivos del Palacio, en medio de una acción que él personalmente dirigió** conforme al diseño del “*Plan Tricolor*” y al convenio con sus superiores.

El posterior desaparecimiento no puede desvincularse de esta compleja acción ni fraccionarse para encontrar la ilicitud en el acto final y no en el conjunto del comportamiento, pues como se ha indicado, la desaparición de los “*capturados*” corresponde a un plan estratégicamente diseñado desde cuando se inició la operación conforme a las líneas del “*Plan Tricolor*”, y que culmina precisamente con la captura y clasificación de los sospechosos y con su posterior ocultamiento al poder civil, desde ese momento y hasta ahora.

Actuaron, entonces, además, a pesar de que lo sabían -como lo reconoció el general SM—, ante una situación singular relacionada con el

conflicto armado, **por fuera del deber ético que imponen los protocolos II y II adicionales a los convenios de Ginebra, lo que explica que no distinguieran entre combatientes y no combatientes**, entre ciudadanos y sospechosos, asumiendo decisiones de facto ante una situación que ha debido manejarse bajo las reglas del derecho.

Todo ello explica que **el general JAAC, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación**: un elemento objetivo expresado en el **aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional** del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000).

Según los artículos 268 A y 268 B, incorporados por el artículo 1 de la Ley 589 de 2000 al decreto 100 de 1980, el delito de desaparición forzada consiste en:

“Artículo 268 A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Artículo 268B. Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de cuarenta (40) a sesenta (60) años en los siguientes casos:

1.- Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción...”

Por supuesto que, según la definición anterior, **en estricto sentido y conforme al mero sentido ontológico de la ley, el general JAAC**

no ejecutó el verbo rector del tipo en sentido material. Pero según se ha expuesto, **su aporte fue esencial y definitivo a la ejecución del comportamiento, que es precisamente en lo que consiste la coautoría impropia** -noción en la cual no todos los autores realizan actos ejecutivos ni consumativos—, pero en la que, el aporte del coautor es esencial; la ponderación del aporte del general, es pues, un tema que no está en duda».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto: constituye un acto condición || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** la armonía del supuesto fáctico es sustancial || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Debido proceso:** incorpora la lealtad como elemento de configuración de un juicio justo || **INCONGRUENCIA** - Fallo de reemplazo en casación || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** coautor y autor mediato || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Congruencia personal, fáctica y jurídica:** la congruencia fáctica y personal es absoluta || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Congruencia personal, fáctica y jurídica:** la congruencia jurídica es relativa || **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Procedencia:** es una opción que se admite desde el inicio del juicio, de acuerdo a la Ley 600 de 2000 || **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Modalidades:** por error en la denominación jurídica de la conducta || **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Modalidades:** originada en prueba sobreviniente || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - No se vulnera** || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** por omisión, no se configura || **COAUTORÍA IMPROPIA - Se configura** || **DESAPARICIÓN FORZADA - Coautoría impropia:** del militar que ostentaba el mando y control total de la operación

«La defensa planteó que con ocasión de la modificación de la imputación se vulneró el principio de congruencia entre acusación y sentencia, y con ello el derecho de defensa del acusado.

En este sentido, recuérdese que el general fue acusado como **autor mediato en aparatos organizados de poder**, y sobre esa base, el Juzgado de primera Instancia destacó en sus reflexiones lo siguiente:

“Ahora, si el general AC comandó el proceso respectivo, es obvio que su autoridad no se

limitaba a las acciones desarrolladas en el edificio judicial, sino que transcendía a todas las maniobras relacionadas con ese suceso, lo que rima con la exigencia que cobijaba al coronel Edilberto Sánchez Rubiano de dar parte a sus superiores sobre cualquier eventualidad, anomalía o sospecha que se presentara con el manejo de los liberados remitidos al Museo del 20 de Julio.”

Con base en ese tipo de razones, consideró que el general debía responder como **autor mediato en aparatos organizados de poder** al tener una posición de dominio de los hechos como consecuencia de su ubicación jerárquica y de mando sobre el aparato de poder organizado, cuestión que también es elemento fundante de la acusación.

La Corte ha sostenido que **la sentencia debe ser simétrica a la acusación como acto condición**, y ha destacado que **la armonía entre el supuesto fáctico de la acusación y la sentencia es sustancial**. Es un **principio del debido proceso que incorpora la lealtad como elemento de configuración de un juicio justo**.

La incongruencia, como causal de casación, **en caso de admitirse, debe resolverse** de acuerdo como lo dispone el artículo 217 numeral 1 de la Ley 600 de 2000, es decir, **casando el fallo y dictando el que debe reemplazarlo**. Esta solución se debe asumir cuando se acredita que no existe la indispensable simetría entre el núcleo básico del supuesto fáctico de la acusación y la sentencia, entre el acto condición y el fallo definitivo, afectando la unidad conceptual del proceso.

En ese orden se debe precisar que **el núcleo duro del principio de congruencia se condensa en el supuesto fáctico, debido a que la posibilidad de variar la calificación jurídica es una opción que se admite desde el inicio del juicio**, como lo autoriza el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de prever que una de las posibilidades de variación de la calificación jurídica surge por error en la denominación jurídica de la conducta, otra es, lo cual no corresponde a la situación que se analiza, que por prueba sobreviniente respecto de un elemento estructura del tipo, forma de coparticipación o de imputación subjetiva, sea menester variar la acusación.

Se trata, como se comprende, de dos **modalidades**: en la **una, la variación procede**

por error en la denominación jurídica de la conducta, lo que implica que el supuesto fáctico permanece inalterable. En el **segundo** evento **la variación surge por razón de una prueba sobreviniente** que desajusta los supuestos de hecho que fueron la base de la resolución de acusación en relación con la coparticipación o de la imputación subjetiva. Desde ese punto de vista, entonces, es evidente que el tema que se discute ahora se relaciona con la primera variante, en cuanto sobre la misma base fáctica el Tribunal consideró que el hecho al autor debía imputarse como autoría mediata por omisión en aparatos organizados de poder, y no como una conducta activa, según lo decidieron la fiscalía en la acusación, y el juzgado en la sentencia de primera instancia.

Esa adjudicación, como se explicó en apartes de esta decisión, se sustentó en un fraccionamiento de la conducta y en el equivocado entendimiento de que la desaparición forzada era parte de la “*solución final*” que se le dio a la agresión terrorista y no a un comportamiento que solo se puede entender axiológicamente **como unidad**. De manera que **el Tribunal valoró la parte y no el todo, incurriendo en un error de adjudicación normativa de las normas que regulan la autoría y la participación**.

Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial.

De esta manera la Sala actúa como lo ha hecho la Corte en casos idénticos, en los cuales ha señalado que:

“La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor.”

Con las precisiones indicadas en la parte motiva de esta decisión, que están dentro del giro de interpretación de la sentencia de primera instancia, la Sala **no casará el fallo**.

Precisará, simplemente, como se indicó, que la condena es como coautor de la conducta de desaparición forzada y no como autor por omisión en aparatos organizados de poder.

Así se preserva el supuesto fáctico de la acusación y el derecho de defensa, pues fue por un delito doloso de acción en concreto que el general fue acusado, y se defendió».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

14. DETENCIÓN PREVENTIVA ***Sus efectos jurídicos cesan con la emisión de la sentencia condenatoria de primera instancia (Ley 600 de 2000)***

En el proveído mediante el cual se desató la alzada interpuesta por el sentenciado de la comisión del delito de *Prevaricato por Acción*, la Sala tuvo ocasión de recordar que la *detención preventiva* en el procedimiento inquisitivo mixto con tendencia acusatoria, constituye una *medida cautelar* de tipo personal que restringe provisoriamente la libertad, en procura de garantizar el éxito del proceso penal, de manera que sus efectos jurídicos cesan con la emisión de la *sentencia condenatoria* de primer grado, la cual representa el sustento de la restricción subsiguiente del citado derecho. Por tal motivo, estimó adecuada la inferencia del Tribunal, acerca de la *tipicidad objetiva y subjetiva* del comportamiento imputado, así como de la *antijuridicidad y culpabilidad* atribuible al acusado, quien en su condición de juez penal, adoptó la decisión manifiestamente contraria a la ley, consistente en revocar la medida detentiva y ordenar la libertad de los procesados, todo con posterioridad al fallo de *condena* que él mismo había proferido, el cual implicaba su *cumplimiento inmediato* y la observancia del *principio de irreformabilidad* predicable de la instancia que lo produjo.

SP2438-2019 (53651) del 03/07/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DETENCIÓN PREVENTIVA - Concepto: constituye una medida cautelar de tipo personal que implica la privación provisional de la libertad || **DETENCIÓN PREVENTIVA - Naturaleza:** su finalidad no es sancionatoria, preventiva o resocializadora || **DETENCIÓN PREVENTIVA - Naturaleza:** su finalidad es puramente procesal para asegurar el éxito del proceso penal || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** a través de la revocatoria de la medida de detención preventiva con posterioridad a la emisión de la sentencia condenatoria de primera instancia || **DETENCIÓN PREVENTIVA - Fines:** precaver los riesgos de fuga y obstrucción probatoria || **DETENCIÓN PREVENTIVA - Fines:** protección a la comunidad || **DETENCIÓN PREVENTIVA - Vigencia temporal:** sus efectos jurídicos cesan con la emisión de la sentencia condenatoria de primera instancia || **SENTENCIA - Condenatoria:** es de cumplimiento inmediato || **SENTENCIA - Condenatoria:** sirve de sustento material a la subsistencia de la privación de la libertad del sentenciado || **MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN - Restricción de la libertad:** encuentra fundamento en la sentencia condenatoria y no en la medida de aseguramiento || **CUMPLIMIENTO INMEDIATO DE LAS PROVIDENCIAS** - Alcance del artículo 188 de la ley 600 de 2000

«[...] dado que en el asunto bajo examen se cuestiona la legalidad de una determinación cifrada en **revocar una medida de aseguramiento, con posterioridad a la emisión de una sentencia condenatoria de primera instancia**, ha de establecerse, en primer lugar, cuál es el fundamento normativo de la privación de la libertad en esa particular fase del proceso. Luego, ha de verificarse si la determinación adoptada por el procesado contraría tales

supuestos de forma evidente y si se soporta en razones carentes de toda plausibilidad.

Pues bien, **a la detención provisional se le ha dado el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal, adjudicándosele**, por una parte, la función de aseguramiento del imputado, a manera de garantía de comparecencia al juicio y cumplimiento de una eventual condena; por otra, el fin de mantener la indemnidad del proceso a través de la conservación de los medios de prueba (cfr. art. 250-1 de la Constitución, art. 355 de la Ley 600 de 2000 y art. 296 de la Ley 906 de 2004). Se trata de **precaver los riesgos de fuga y obstrucción probatoria**, los cuales, incuestionablemente, conspiran contra el legítimo propósito de realizar debidamente el proceso penal, como inexorable vía del ejercicio de la pretensión punitiva estatal. Así mismo, **se le han asignado finalidades de protección a la comunidad**, en especial a las víctimas.

A ese respecto, en la sentencia C-425 de 2008, la Corte Constitucional puso de presente que **la detención preventiva es una medida cautelar de tipo personal** que se adopta en el curso de un proceso penal y **consiste en la privación de la libertad de manera provisional**, pues su objetivo es realizar los derechos y deberes constitucionales que, en sentido estricto, consisten en asegurar el cumplimiento de las decisiones que se adoptan en el proceso y garantizar la presencia del sindicado en el mismo para que sean más efectivos la investigación y el juzgamiento, así como los derechos de las víctimas. Por su propia naturaleza, la detención preventiva tiene, entonces, una duración precaria o temporal porque **su finalidad no es sancionatoria, no está dirigida a resocializar, a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y tiende a asegurar el resultado exitoso del proceso penal**.

En punto de **la vigencia temporal de la medida de aseguramiento**, la jurisprudencia ha clarificado que, desde la perspectiva material de su fundamento procesal, la detención preventiva, en consideración a su naturaleza cautelar, así como en vista de las finalidades a las que sirve en el proceso, tiene **vigencia hasta que se profiere la sentencia de primera instancia, si el proceso es tramitado por la Ley 600 de 2000**.

En el marco del esquema procesal de la Ley 600 de 2000, la Sala ha clarificado que, **con la emisión de una sentencia condenatoria, cesan**

los efectos jurídicos de la medida de aseguramiento, por lo que la subsistencia de la privación de la libertad del sentenciado encuentra un sustento material diverso. En tanto mecanismo cautelar, la detención sigue sirviendo al proceso, pero ya no en cuestiones probatorias ni de comparecencia stricto sensu, sino al eventual cumplimiento de la pena privativa de la libertad (art. 355 de Ley 600 de 2000). Esto, en la medida en que si bien la presunción de inocencia sigue rigiendo hasta que cobre ejecutoria la declaración de responsabilidad penal (art. 248 de la Constitución), no es menos cierto que, **al dictarse una condena en primera instancia, ya existe una decisión judicial sobre la responsabilidad penal de quien es sentenciado, por lo que las determinaciones de condena son de cumplimiento inmediato (art. 188 inc. 1º ídem)**.

Ese entendimiento, para la época en que el acusado cometió la conducta objeto de reproche, se encontraba suficientemente claro. Tanto así que la regulación de dicho aspecto en la Ley 600 de 2000 siguió los criterios establecidos en el Decreto 2700 de 1991, como puede constatarse en la jurisprudencia de la Corte.

[...] Tal comprensión, destaca la Sala, se mantuvo en el art. 188 de la Ley 600 de 2000, estatuto procesal que regía la actuación en cuyo marco el procesado dictó el cuestionado auto.

[...] Además, que la aplicación de mecanismos como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena de prisión por reclusión domiciliaria derive de la sentencia condenatoria, es muestra de que **la restricción de la libertad mediante tales mecanismos no tiene su fundamento en la medida de aseguramiento**.

[...] Contrastadas tales premisas normativas (num. 5.2.2.2 supra) con los medios de conocimiento incorporados al presente proceso, **la Sala encuentra que, contrario a lo expuesto por el impugnante, la resolución dictada por el acusado es manifiestamente contraria a la ley**.

Efectivamente, **una vez dictada la sentencia condenatoria por el juez AB, es claro que la detención preventiva cesó sus efectos jurídicos y, por tratarse de una decisión de cumplimiento inmediato, habiéndose negado tanto la suspensión de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, la afectación de la libertad encontraba sustento en la**

sentencia. En esas circunstancias, cierto es que la detención sigue teniendo una naturaleza cautelar, pero ya no para el proceso sino para el cumplimiento de la pena (art. 355 C.P.P.).

Tal conclusión se ve sistemáticamente ratificada con lo dispuesto en **el art. 188 ídem, referente al cumplimiento inmediato de las providencias relativas a la libertad, conforme al cual, si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva**, como sucedió en el asunto conocido por el aquí procesado.

Además, según se desprende de lo estipulado en los arts. 63 y 38 del C.P., el juez también se debe pronunciar acerca de la libertad del implicado o su lugar de reclusión, en referencia a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o la prisión domiciliaria.

En esa dirección, si se llegare a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesan en ese instante los efectos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pero si por el contrario se negare, la privación de la libertad, en adelante, se fundamentará en la denegación del beneficio, decretada en la sentencia condenatoria. De igual manera, si hay lugar a la negativa de subrogados penales, ello se materializa en el fallo condenatorio. **Es en ese instante cuando cesan los efectos jurídicos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, de manera que la privación de la libertad del sentenciado, en lo sucesivo, también estará sujeta a lo señalado en la sentencia que declara la responsabilidad penal.**

Son tales argumentos los que le restan solidez a lo expuesto por el apelante al afirmar la supuesta legalidad de la determinación adoptada por el juez LA, pues, como primera medida -si la privación de la libertad, por haber sido condenado los acusados- derivaba de la sentencia, en estricto sentido **no podía revocar la medida de aseguramiento**. Desde que dictó la condena a los acusados, negando la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, el encarcelamiento pasó a depender de lo ordenado en la sentencia. De ahí que, materialmente, el procesado sí modificó las

determinaciones por él adoptadas en la sentencia, en punto de la privación de la libertad.

Por ello, en segundo término, es clara la infracción por parte del juez AB de la prohibición impuesta por el art. 412 del C.P.P., cifrada en que **la sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez que la hubiere dictado**, salvo en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive, eventualidades totalmente ajenas a la situación examinada por aquél.

Y esa comprensión, en tercer lugar, es del todo compatible con la presunción de inocencia, sin que implique confusión alguna entre la detención preventiva y la ejecución de la pena de prisión. Si bien tal presunción subsiste hasta que cobre ejecutoria la declaración de responsabilidad penal, también es verdad que, con la emisión de una decisión condenatoria en primera instancia, al sentenciado se le traslada la carga de refutar, por la vía del derecho de impugnación, las razones por las cuales se ve condenado provisionalmente (cfr. CSJ AP4711-2017, rad. 49.734).

En cuarto orden, precisamente **la inobservancia del art. 188 del C.P.P. es motivo para sustentar la ilegalidad de la cuestionada decisión**, sin que le asista entonces razón al impugnante al sostener que no puede justificarse el prevaricato en una norma que no fue tenida en cuenta por el acusado.

Ahora, si lo materialmente modificado fueron las determinaciones adoptadas en la sentencia en punto de la libertad, bajo el pretexto de revocar una medida de aseguramiento -que dejó de tener vigencia- es artificioso querer justificar la determinación con lo dispuesto en la sent. C-774 de 2001, menos cuando ello lo hizo el acusado luego de dictar un auto -ordenando el envío de la actuación el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad- con el que cobraba ejecutoria la sentencia condenatoria, debido a la extemporaneidad de los recursos de apelación contra el fallo de primer grado.

Por último, tampoco es sólido el planteamiento del apelante en el sentido de que si la detención se impuso sin justificar sus finalidades, el juez podía revocarla como expresión de justicia material. Ello, en la medida en que, al depender la privación de la libertad de lo dispuesto en la sentencia, con miras al eventual cumplimiento de la pena, las demás finalidades a las que habría

de servir la detención decayeron con la declaratoria de responsabilidad penal y la consecuente condena, por lo que la determinación cuestionada carece de fundamento.

[...] De suerte que, para la Corte, **lo decidido por el juez AB efectivamente comporta una manifiesta contrariedad con la ley, verificándose entonces el correcto juicio de adecuación típica, en lo objetivo**, aplicado por el a quo».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Dolo || PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración: no incluye decisiones cuya oposición manifiesta a la ley se deriva de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** debe oponerse al mandato jurídico en forma clara y abierta, producto del capricho o la arbitrariedad || **SENTENCIA - Principio de irreformabilidad || PREVARICATO POR ACCIÓN - Se configura**

«Pasando al plano de la tipicidad subjetiva, la Corte tiene dicho (CSJ SP 27 jul. 2011, rad. 35.656 y 10 abr. 2013, rad. 40.166) que para la afirmación del dolo requerido a fin de proferir un fallo condenatorio por prevaricato resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo. El **dolo prevaricador** se configura, en principio, con la consciencia y el querer proceder en contra de la ley.

En la concreción del dolo en el prevaricato por acción, la jurisprudencia de la Sala ha puesto de presente que la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico debe ser producto de la voluntad conscientemente dirigida a emitir una decisión ilegal. En ese orden, **están excluidas del escrutinio penal las decisiones cuya oposición manifiesta a la ley se deriva de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario**. Por el contrario, **el capricho o la arbitrariedad al resolver un asunto en contra del derecho aplicable pueden denotar la intención de trasgredir el ordenamiento jurídico** y, por lo tanto, ser objeto de sanción penal.

Ahora, en síntesis, los supuestos en que se basa la ilegalidad de las decisión adoptada por el procesado son los siguientes: **i)** la modificación de lo dispuesto en la sentencia pese a estarle

prohibido al juez variarlo; **ii)** disponer la libertad de los sentenciados bajo el pretexto de revocar una medida de aseguramiento que, en ese momento, ya no estaba vigente y **iii)** proceder a esto último luego de haber dispuesto el envío de la actuación al juez de ejecución de penas, por entender ejecutoriado el fallo condenatorio.

En esos términos, para la Sala no existe la menor duda en cuanto a que **el acusado tenía pleno conocimiento de que su determinación entrañaba una manifiesta contrariedad con el ordenamiento procesal penal**, pues están demostradas sus particularidades calidades, al haberse desempeñado como juez de la República con experiencia aproximada de 20 años. Ciertamente es que ese hecho, por sí mismo, nada dice sobre la intencionalidad del sujeto activo de la conducta punible, como lo destaca el apelante. Empero, el Tribunal no fincó el juicio positivo de tipicidad subjetiva dolosa en ese factor aislado.

Esa circunstancia se concretó, por una parte, en la preponderancia de asuntos penales que tenía que resolver el juez como titular del despacho en cuestión, como lo puso de presente el Tribunal; por otra, en la exploración de la motivación del auto cuestionado, en la cual se puede ver un ánimo tendiente a justificar lo injustificable, esto es, liberar a los sentenciados cuando, por virtud del fallo de condena, la detención no servía ya a finalidades distintas al cumplimiento de la pena.

En esa dirección, si bien el defensor quiere centrar el objeto de análisis aplicado por el juez AB a la inexistencia de las finalidades para detener -algo que, como se vio, es en todo caso inatinerante debido a que la única finalidad aplicable a la privación de la libertad, tras dictarse la sentencia, era la de garantizar el eventual cumplimiento de la pena-, no puede pasarse por alto una trascendente elusión argumentativa que, sin dudarlo, deja en evidencia la consciencia del juez sobre un factor que hacía inviable su determinación.

Al respecto, como bien lo detectó el a quo, el procesado resaltó que, desde la perspectiva objetiva de procedencia de la medida de aseguramiento, la receptación salió del listado de delitos por los cuales puede imponerse la detención (C-760 de 2001), mas nada dijo aquél en torno al delito de favorecimiento, por el cual sí procedía la detención a la luz de los arts. 446 inc. 2° del C.P. y 357-1 del C.P.P.

Pero hay más, en efecto, es a lo menos inconsistente que, al momento de valorar las “finalidades” de la medida, en punto de la supuesta “comparecencia al proceso”, que habría de entenderse, mejor, desde la óptica del eventual cumplimiento de la pena, el juez acusado hubiera cambiado su criterio de desvalor en punto de la elevada gravedad de las conductas de encubrir y favorecer a miembros de la Fuerza Pública en la ejecución de civiles para simular combates, plasmada en la sentencia a la hora de negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, mientras que, al momento de analizar la supuesta decadencia de los fines de la detención, tales factores dejaron de tener cualquier trascendencia.

Aunado a lo anterior, olvida el impugnante que el juez LA quiso atribuir la responsabilidad al secretario del despacho, pero éste lo desmintió, sin que la apelación ponga de presente razón alguna que obligue a no creerle al prenombrado empleado judicial al sostener que proyectó la cuestionada decisión en el sentido preestablecido por el acusado, siguiendo sus instrucciones.

Y todo ello se torna más concreto al descartar la supuesta dificultad del asunto que tuvo que resolver el procesado, ya que, al margen de la cantidad de decisiones que, sobre el mismo aspecto, haya tenido que resolver un funcionario, **es elemental el principio de irreformabilidad de la sentencia**, que no es privativo del proceso penal (art. 412 C.P.P.), sino transversal a los demás regímenes procedimentales (arts. 309-311 C.P.C.).

Todas esas circunstancias, articuladas en un solo tejido, apuntan con solidez a una misma hipótesis, a saber, que **el acusado conocía sobre el carácter ilegal de su determinación, pero pese a ello dirigió su voluntad a proferirla**. No es cierto, entonces, que el a quo hubiera acreditado el dolo mediante la mera alusión al tiempo de experiencia del juez AB.

Lo anterior constituye razón suficiente para afirmar el dolo en el comportamiento del procesado, sin que sea admisible, por ser abiertamente especulativo, el argumento cifrado en que, si aquél quería favorecer a los procesados en el caso que debió resolver, pudo haberlo hecho mediante la dosificación de la pena de prisión, a fin de conceder la suspensión de la ejecución de la sanción penal.

De suerte que, en el presente caso, la contrariedad de la decisión con la ley fue conocida y querida por el juez AB, quien estando en la capacidad de proferir una decisión conforme a derecho, de manera consciente se determinó a lesionar el bien jurídico de la administración pública. La actuación de aquél fue claramente intencionada, sin que pueda ser comprendida como producto de negligencia, impericia o ignorancia. Entonces, igualmente está demostrado que el acusado actuó con dolo al proferir los autos cuya ilegalidad es manifiesta.

Además, para la Sala, el capricho y la arbitrariedad que caracterizaron la determinación adoptada por el procesado puede constatar en el hecho de haber liberado a los procesados pese a entender que la sentencia ya había cobrado ejecutoria, pues de lo contrario no habría ordenado el envío al juez de ejecución de penas. Bajo la óptica del fuero interno, es inobjetable que un juez en una causa penal, convencido de haber perdido competencia -por haber dispuesto la remisión para la ejecución de la pena-, profiera una decisión sobre la libertad de los condenados, **bajo el pretexto de revocar una medida de aseguramiento que, se insiste, ya había perdido vigencia**. Tanto así, que en el cuestionado auto, el procesado expresamente consignó que los sentenciados “enfrentaban una condena”.

Por consiguiente, también **está dada la tipicidad subjetiva** en el comportamiento del juez AB».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

15. DOBLE CONFORMIDAD

La impugnación especial se decide por todos los magistrados integrantes de la Sala de

Casación Penal, cuando la primera condena fue emitida por el Tribunal

CONCUSIÓN

Se configura mediante el abuso de la función, al exigir una suma de dinero para influenciar en la asignación y prórroga de contrato con entidad pública

Al garantizar el principio de *doble conformidad*, en cumplimiento de un *fallo de tutela*, la Corte tuvo ocasión de precisar que la prerrogativa procesal alusiva a la integración de una *Sala de tres Magistrados* para el conocimiento de la *impugnación especial*, sólo opera cuando la primera condena es proferida en sede del recurso extraordinario o respecto de aforados constitucionales, en tanto que si ésta es emitida por el Tribunal, su resolución compete a la totalidad de *Magistrados de la Sala de Casación*. Adicionalmente y luego de abordar de fondo el asunto planteado, consideró que la decisión condenatoria emitida en segundo grado fue acertada, habida cuenta que se acreditó sin duda alguna la incursión y *responsabilidad* del procesado en el delito de *concusión*, porque abusó de su función, al efectuar una exigencia dineraria a un particular, a cambio de favorecerlo en la asignación y posterior prórroga de un contrato con una entidad pública.

SP3065-2019 (52848) del 6/08/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

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:** si la demanda de casación es admitida, se resolverá en la misma sentencia que resuelve el recurso extraordinario || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se rige por los términos procesales de la casación || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** evento en que la Sala da cumplimiento a una sentencia de tutela || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se constituye Sala de tres magistrados para resolverla, cuando la primera condena es emitida por la Sala de Casación Penal respecto de

aforados o como resultado del trámite del recurso extraordinario || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se decide por todos los magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, cuando la primera condena fue emitida por el Tribunal

«Preliminarmente la Corte debe aclarar que, siguiendo los parámetros fijados en CSJ, AP, 1263, Abr. 3 de 2019. Rad. 54215, corresponde aplicar la regla según la cual «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».

Lo anterior por cuanto como se sostuvo en el **fallo de tutela**, «el tutelante hizo la solicitud de que se garantizara su derecho fundamental a la doble conformidad de la primera condena a través de la formulación del recurso extraordinario de casación, en atención a que el juez Ad quem le había denegado dicha prerrogativa...». Por tal motivo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia **para materializar el derecho a la doble conformidad, agotó el trámite propio del recurso de casación.**

Por último, **el juez de tutela** aludió al numeral 7° del artículo 3° del Acto Legislativo 1 de 2018, modificatorio del artículo 235 de la Constitución Política y lo **interpretó** en el sentido de **que, para resolver las solicitudes de doble conformidad, se debía integrar una sala de tres magistrados.**

No obstante, huelga aclarar que **esa prerrogativa aplica en los casos en los que la primera condena es emitida por la Sala de Casación Penal respecto de funcionarios aforados, o como resultado del trámite del recurso de casación**, según se extrae del texto de la norma, situación no predicable en el presente asunto.

[...] Conforme con lo expuesto, **todos los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, emiten este pronunciamiento de doble conformidad**».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria || PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Corresponde desvirtuarla al estado: carga de la prueba || CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda || **CONCUSIÓN - Abuso del cargo o de la función || CONCUSIÓN - Elementos ||**

CONCUSIÓN - Se configura: mediante el abuso de la función, por desbordar con propósitos ilícitos las atribuciones conferidas || **CONCUSIÓN - Se configura:** mediante el abuso de la función, al exigir una suma de dinero para influenciar en la asignación y prórroga de contrato con entidad pública || **CONCUSIÓN - Metus publicae potestatis:** demostración || **SENTENCIA - Condenatoria:** principio de doble conformidad, análisis del caso por la Corte || **COMPULSACIÓN DE COPIAS - Improcedencia:** prescripción de la acción penal a iniciar

« [...] Su inconformidad radica en la existencia del hecho que se atribuye a su representado, porque pone en entredicho la veracidad del señalamiento directo que hace el testigo EALJ.

Esta persona fue escuchada en sesión de juicio oral [...], en la que fue insistente en afirmar que MRG lo contactó, primero por conducto de ES para **exigirle dinero** a cambio de asignarle el contrato a su empresa, y, luego, directamente con el fin de propiciar la prórroga por un año más. Según el testigo, la suma de cinco millones de pesos no fue suficiente para mantener conforme al funcionario y por eso torpedeó la continuidad del contrato.

Las manifestaciones del declarante fueron corroboradas por EP, persona que acompañó y asesoró a ELJ durante el proceso de contratación, previo y posterior, ya que sostuvo que dentro de su rol como asesor conoció al acusado como el funcionario encargado de la contratación con quien se reunieron en dos oportunidades.

Corroboró las exigencias de dinero que el acusado le hizo a ELJ no solo porque éste así se lo manifestó en varias oportunidades, sino porque presenció por altavoz una llamada telefónica en la que el interlocutor de LJ le decía que no tenía plata que tenía que entregarle cinco millones para viabilizar la prórroga. Dijo el testigo que según lo sostuvo ELJ, quien hablaba era MRG.

EP señaló que el día del requerimiento del dinero, observó a ELJ girar un cheque por cinco millones de pesos y ordenar a uno de sus empleados que lo cambiara en el banco para luego entregarle el efectivo. Añadió que una vez LJ contó con el efectivo salió de la oficina a encontrarse con MRG a entregarle el dinero.

Si bien es cierto, el **testigo** no observó a MRG haciendo la exigencia dineraria, puesto que

solamente escuchó una conversación en la que se trataba este tema, ni tampoco presenció la entrega del dinero que ELJ le hizo al funcionario, sí corrobora varios de los señalamientos de aquel, por ejemplo, la relación con MRG, su facultad de incidir en la suscripción y prórroga del contrato, las condiciones en que se debía dar la continuidad de la obra, momento este en el que precisamente LJ estaba siendo presionado para entregar la dádiva. Del mismo modo, el testigo pudo dar cuenta de una reunión entre ES, ELJ y él, en la que el funcionario, ES le decía que MRG necesitaba hablar con LJ sobre la prórroga, pero que necesitaba que le dieran algún «cariño».

También corroboró que ELJ presentó unas observaciones por la adjudicación del contrato inicialmente a la empresa [...], pues, junto con él, estuvo al tanto de todo el proceso de contratación y pudieron advertir el incumplimiento de la empresa favorecida del pago de los aportes parafiscales, al igual que fue esta la razón por la que fueron excluidos del proceso y la empresa debió asignar el contrato a la compañía [...].

Contrario a lo que plantea la defensa, la versión de ELJ **ofrece credibilidad**, no solo a partir de los señalamientos de EP, sino del testimonio de los ingenieros encargados de velar por la correcta ejecución del contrato, OD y AG, en la medida en que ambos señalaron que no hubo incumplimiento en la ejecución de la obra, razón por la que recomendaron al funcionario encargado, MRG, darle continuidad.

[...] No surge la duda que postula el censor fundada en la ausencia de prueba que corrobore el dicho de EJ, pues para sustentar su versión no era necesario un testigo presencial o una prueba documental que diera cuenta de la entrega del dinero al acusado o de que la voz del funcionario que hacía el pedido de dinero pertenecía al acusado. Para arribar a esas conclusiones **se cuenta con el señalamiento directo del contratista y con la narración de otras circunstancias percibidas por otros declarantes de las que se logra deducir que el procesado sí incurrió en la conducta por la que fue llamado a juicio.**

Como se indicó, **el testimonio** de los ingenieros OD y AG **corrobora** que estaban dadas todas las condiciones para la prórroga del contrato, que solo bastaba el visto bueno de funcionario MRG. La primera da cuenta de la queja del contratista sobre las **exigencias dinerarias** como

condicionante de la prórroga y EP, **percibió las mismas directamente.**

Contrario a lo que expresa la defensa, **el proceso ofrece la prueba necesaria para demostrar la acusación y dar por desvirtuada la presunción de inocencia** de MRG.

Ningún error se percibe en la sentencia del Tribunal [...] como para afirmar, como sí lo hace el demandante, que los medios de convicción son insuficientes para sustentar una decisión de condena. La Fiscalía aportó la prueba necesaria con ese propósito, sin que sea acorde con la realidad procesal que renunció a gran parte de los medios de convicción que ofreció. Únicamente desistió de la declaración de ES y del investigador [...], este último con quien se acreditaría la identidad del procesado, hecho que se estipuló, mientras que los testimonios de ELJ, OD, AG, EP e IV, fueron practicados.

El procesado, **aprovechando su posición como funcionario de Ecopetrol y como parte fundamental del comité del que dependía la suerte del contrato, exigió una suma de dinero a uno de los participantes del proceso para beneficiarlo del contrato y luego para garantizar su continuidad, es decir, para realizar un acto propio de sus funciones.**

La incursión de MRG en el delito de concusión es indiscutible, puesto que, **abusando de su función, solicitó una suma de dinero a cambio, primero de influenciar positivamente en la asignación, y luego en la prórroga de un contrato**, en el que debía intervenir a nombre de la entidad pública contratante, participando en el proceso desde la selección del contratista.

Como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala, **el delito de concusión puede suceder, abusando de la función o, del cargo; en el primer caso, «al desbordar, restringir o emplear arbitrariamente con propósitos ilícitos las atribuciones conferidas, legal o reglamentariamente al funcionario (...)** Además de ello, a efectos de tener por configurado

el delito es indispensable la concurrencia del elemento subjetivo predicable de la víctima “el metus publicae potestatis”, de modo que si el medio utilizado no es idóneo por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa el delito no alcanza su configuración».

Para la Sala es claro que **el procesado abusó de su posición** como uno de los funcionarios de quien dependía la asignación del contrato y su posterior continuidad, ya que, poniendo de presente esa potestad, contactó directamente al contratista para obligarlo a que pagara un dinero a cambio de la prórroga del contrato en la que él estaba seriamente interesado, pues no de otra manera podría saldar las deudas en las que había incurrido para dar cumplimiento a la obra.

Los elementos de la conducta de concusión se configuran. Así mismo, **la prueba es demostrativa de la responsabilidad del acusado en su comisión**, motivo por el que la decisión del Tribunal de condenarlo por esta conducta es acertada y corresponde a una adecuada valoración de los medios de convicción, sin que se advierta la infracción a la sana crítica denunciada por el demandante.

De otra parte, no se emite pronunciamiento en torno al segundo cargo promovido, por violación del debido proceso por la vulneración de **la garantía de la doble conformidad, toda vez que precisamente es la efectividad de este derecho lo que motiva la presente decisión.**

Por último, frente a la solicitud de la Fiscalía para que se ordene iniciar la acción penal contra funcionarios de la empresa [...] por haber ofrecido dinero para lograr la adjudicación del contrato, **la Sala no lo considera procedente por tratarse de hechos cometidos hace diez años lo que hace probable la configuración del término de prescripción de la acción penal** antes de que se logre imputar esa conducta a una persona determinada».

(Textos resaltados por la Relatoría)

16. EXTRADICIÓN

Competencia de la Corte Suprema de Justicia, respecto de un requerido que no acredita el factor personal para el conocimiento del asunto por la Jurisdicción Especial para la Paz

Al emitir *concepto favorable* a la solicitud de extradición, la Sala desestimó los argumentos del requerido a través de su apoderado, en el sentido que la **competencia** para el conocimiento del asunto radicaría en la *Jurisdicción Especial para la Paz*, teniendo de presente que tanto la Corte como la Sección de Revisión de esa especialidad, descartaron su pertenencia como miembro o colaborador del grupo armado que signó el acuerdo final. Consecuentemente, siendo de su atribución por el *factor personal*, la corporación adoptó la determinación en mención, dado el cumplimiento de los parámetros de rigor.

CP070-2019 (52930) del 10/07/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Acto legislativo 01 de 2017: garantía de no extradición, demostración del factor personal || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Competencia:** factor personal, corresponde definirlo a la Sección de Revisión de la Jurisdicción Especial para la Paz || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Solicitante:** no acredita ser sujeto destinatario || **EXTRADICIÓN - Competencia de la Corte Suprema de Justicia:** respecto de un requerido que no acredita el factor personal para el conocimiento del asunto por la Jurisdicción Especial para la Paz || **EXTRADICIÓN - Concepto favorable**

«[...] conforme con los diversos escritos aportados en desarrollo de este trámite y que ameritaron pronunciamiento adverso al momento de resolverse sobre las pruebas reclamadas, la Corte no sería competente para conocer esta actuación, que en criterio del apoderado correspondería a la JEP, en aplicación de la **garantía de no extradición**, dado que la solicitud respectiva alude a la **pertenencia** de AGE **a las FARC -EP**.

[...] respecto del alegato que reclama la remisión de este asunto a la JEP, bajo el entendido que sería dicha **Jurisdicción Especial** la **competente** para conocer del mismo en aplicación de la garantía de no extradición, **se trata de un tema ya dilucidado** tanto **por la Corte** al responder a idéntica petición dentro de este mismo trámite, como por la propia Sala de Revisión del Tribunal para la Paz.

En efecto, en el auto por medio del cual negó la solicitud de remisión de este asunto a la JEP (11 de diciembre de 2018) y aquél que a su turno negó su reposición (10 de abril de 2019), advirtió la Corte que así como entendía **no estar dado el factor personal de competencia de ser GE miembro o colaborador de las FARC-EP**, este era un tema que **debía ser dilucidado privativamente** por la propia **Sección de Revisión de la Jurisdicción Especial**.

También se precisó que si bien a partir del auto fechado el 20 de junio de 2018 (SRT-AE-028/2018), la JEP resolvió no solicitar esta actuación de extradición, ya existía para dicho momento un pronunciamiento definitivo sobre el particular, de acuerdo con el cual **se abstenia esa jurisdicción de asumir el asunto** en relación con el ciudadano AGE.

[...] Por tanto, **no proceden** las alegaciones presentadas por el apoderado de AGE y tampoco hay lugar a considerar el manuscrito con similares pretensiones allegado extemporáneamente vía correo electrónico por el ciudadano requerido y su defensor.

[...] Habiéndose verificado el cumplimiento de todos los requisitos señalados en el Código de Procedimiento Penal de 2004, **la Corte CONCEPTÚA FAVORABLEMENTE a la extradición** del ciudadano AGE».

(Textos resaltados por la Relatoría)

17. FACULTAD DE PRESCINDIR DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA
Examen que debe efectuar el juzgador

Al superar los defectos de la demanda casacional, en aras de garantizar el principio de *doble conformidad*, la Sala encontró fundamental referirse a la facultad legal que asiste al juzgador de *prescindir de la imposición de la pena*, en casos concretos de delitos culposos o con sanciones no privativas de la libertad. Con tal propósito, analizó los requisitos de procedibilidad de esta potestad reglada, así como los parámetros doctrinales y legales que la fundamentan, refiriéndose de manera puntual al *examen* que corresponde efectuar al juez cuando deba dilucidar la posibilidad de acudir a la denominada *pena natural*. Por modo que, en el caso concreto y de cara al *principio de necesidad*, encontró razonable *prescindir de la imposición de la pena* privativa de la libertad impuesta por el Tribunal frente al delito de *Homicidio Culposo*, atribuido al conductor de una motocicleta respecto de su compañera permanente, por lo que casó parcialmente el fallo recurrido.

SP3070-2019 (52750) del 06/08/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de casación: frente a la condena emitida por primera vez en segunda instancia la Sala examinará los cargos y, oficiosamente, si es del caso, verificará si es conforme a derecho || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** aplicación, solo frente a los delitos culposos o con pena no privativa de la libertad || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** grado de parentesco o afinidad requerido || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** aplica luego de superarse el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** requisitos || **PENA - Facultad de Prescindir de su imposición:** evolución legislativa || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** debe atender el principio de necesidad || **PENA -**

Facultad de prescindir de su imposición: examen que debe efectuar el juzgador

«La posibilidad de prescindir de la pena en el caso concreto

Aunque el tema no fue propuesto por el defensor en la demanda ni a lo largo de la actuación penal, **la Sala**, por estarse ante un delito culposo, considera necesario examinar si hay lugar a aplicar el segundo inciso del artículo 34 de la Ley 599 de 2000, según el cual:

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, **se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.**

Revisados los **antecedentes legislativos** de la Ley 599, se verifica que esa disposición no hizo parte del proyecto inicial presentado por el entonces Fiscal General de la Nación, sino que se introdujo en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República, dentro del pliego de modificaciones a lo aprobado en la Comisión Primera Constitucional de esa célula legislativa - en esa ocasión se hizo referencia genérica a “familiares cercanos”-. La justificación para incluirlo fue:

La vida práctica enseña casos donde el autor del delito, por consecuencia de su ejecución, sufre él o sus familiares cercanos las consecuencias del mismo, en tal forma que proceder a la imposición de una pena implicaría el desconocimiento del principio de necesidad. Podría decirse que en el auto-daño causado se encuentra la retribución y sus consecuencias no justifican la prevención especial o general. (Subraya la Sala).

El inciso se conservó en el proyecto discutido en la Cámara de Representantes, aunque en la ponencia para primer debate, además de unos correctivos de forma, se precisó el **grado de parentesco o afinidad requerido**. En los fundamentos expuestos por los ponentes, se acotó:

En esencia se mantiene el texto propuesto; sin embargo, se le hacen unos correctivos de forma y se indica que el grado de parentesco o afinidad requerido en el inciso 2°, es el mismo que se

observa para agravar las figuras de homicidio y lesiones personales, a efectos de zanjar disputas estériles sobre esta materia e introducir la inseguridad jurídica con tal saludable institución. Naturalmente, la posibilidad de prescindir de pena en estos casos es una importante consagración que debe ser mantenida, máxime que responde a los principios de necesidad de intervención y de proporcionalidad consagrados expresamente en el art. 3 del Proyecto".

De lo expuesto se extrae lo siguiente:

El artículo 34 aplica luego de superarse el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y refiere, sin distingo, a todas las sanciones penales dispuestas en el Código sustantivo.

La facultad que el legislador decidió otorgarle al juez para prescindir de la imposición de la pena es reglada. Solo tiene lugar cuando el delito por el que se proceda sea culposos o esté sancionado con pena no privativa de libertad; y, siempre que las consecuencias de la conducta punible hayan recaído únicamente en: (i) el autor; (ii) sus descendientes, (iii) su cónyuge, (iv) su compañero o compañera permanente, (v) sus hermanos, adoptante o adoptivo, o (vi) sus parientes hasta el segundo grado de afinidad.

Esa dispensa debe atender, primordialmente, **el principio de necesidad**, en la medida que solamente habrá lugar a exonerar al procesado de la imposición de la pena cuando ésta no resulte necesaria, dependiendo las particularidades del caso en estudio.

Por consiguiente, **corresponde al juzgador, inicialmente, examinar la modalidad de la conducta punible** -para verificar si es culposa-, **o la clase de pena dispuesta para ella** -para constatar que no sea aflictiva de la libertad-.

En seguida, habrá de analizar detenidamente el caso, en orden a determinar el alcance de las consecuencias -que pueden ser corporales o económicas en tanto el legislador no hizo diferenciación alguna-, generadas con el delito -si impactó al autor o a alguna de las personas enlistadas en la norma-.

Agotado satisfactoriamente el ejercicio precedente, **es indefectible que reflexione sobre la necesidad de la imposición de la sanción penal, para lo cual tiene la carga de considerar si con ella se cumplirían o no sus fines».**

PENA - Ius puniendi: limitantes || **PENA - Principios** || **PENA - Principio de necesidad** || **PENA - Pena natural:** concepto || **PENA - Pena natural:** diferente de la pena forense || **PENA - Pena natural:** implica aflicción corporal o económica del autor || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** procedencia || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **PENA - Funciones:** prevención general y especial || **CASACIÓN OFICIOSA - Procedencia** || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca parcialmente

«[...] en un Estado social y democrático de derecho, **el ejercicio del ius puniendi tiene limitantes**. Con ese norte, el Código Penal (Ley 599 de 2000) establece, en el artículo 3°, que **la imposición de la pena** -también la medida de seguridad- **responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad**, lo que deberá aplicarse **en armonía con** el 4° ibidem, precepto éste que, dentro de **las funciones de la pena**, enuncia la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado.

No obstante, **el principio de necesidad**, determinante en el asunto que ahora es objeto de estudio por la Sala, debe entenderse, como así lo dispone el segundo inciso del citado artículo 3°, «en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan».

De ese precepto se derivan dos presupuestos en torno a la necesidad de la pena. Por un lado, que **su análisis judicial debe responder al cumplimiento de su fines de prevención, general y especial**; y, por otro, que no podrá acudir a ella sino en los eventos en los que el mismo legislador la haya previsto, como sería en los cánones: 61 -inciso tercero-, del Código Penal (como fundamento para su individualización; 63 -numeral 2°- ibidem (tratándose de la suspensión de la ejecución de la pena), y el 34 idem (el que ocupa la atención de este fallo).

Ahora bien, de los antecedentes legislativos relacionados anteriormente, se colige que, para los congresistas, en el auto-daño causado por el propio delito al autor, se verifica la finalidad retributiva de la pena, y **las consecuencias del mismo en el caso concreto hacen que la prevención, especial y general, se torne superflua o inútil.**

Podría afirmarse, entonces, que el legislador tuvo en cuenta lo que en la doctrina se ha llamado **poena naturalis, en contraposición a la poena forensis**. Mientras la última se concreta en la sanción legal impuesta por el Estado a través de la autoridad judicial, aquélla representa un mal físico o moral que por la imprudencia o caso fortuito padece el autor del delito como consecuencia directa de éste. Así, esa afección o dolor, hace que la sanción legal resulte innecesaria. La **pena natural** encuentra fundamento tanto en la compensación de la culpabilidad, como en razones de dignidad humana.

En los términos de JACOBKS, «*un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la poena forensis que le corresponda*».

Así, la **aflicción -corporal o económica-**, padecida por el autor, en razón del delito, **resulta de especial relevancia al momento de considerar la imposición de la sanción legal**, por cuanto sería desmesurado que, además de ese dolor, se asignara el cumplimiento de una pena adicional. La pena, entonces, sería innecesaria, no solo desde el punto de vista de la prevención especial, sino de la prevención general, y, dadas las particularidades del caso, no supondría la derogación del orden jurídico vigente.

Cabe traer a colación que el Código Penal alemán prevé una potestad judicial semejante a la del artículo 34 en comento:

Exclusión de pena. El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año.

Al explicar esa exención, JESCHECK, sostiene que las consecuencias del hecho pueden ser de naturaleza corporal o económica y basta con que «*alcancen al reo de un modo indirecto, siempre que sean graves, incluso aunque las consecuencias directas alcancen a un pariente o alguna persona próxima a él, siempre que en este caso suponga un grave daño también para el reo*». Para el autor, esa dispensa no se justifica «*por la falta de merecimiento de la pena, sino por falta de necesidad de pena*», en tanto el sujeto agente de la conducta punible «*se ha castigado a sí mismo*

con las graves consecuencias de su delito que le han alcanzado ("poena naturalis")» y, por ende, ninguna de las razones reconocidas para la imposición de la pena -compensación del injusto y de la culpabilidad, prevención general y especial- «*hacen necesaria en este caso una sanción penal que vaya más allá de las consecuencias producidas*».

Descendiendo al caso concreto, la **Sala encuentra cumplidas las exigencias del canon 34 de la Ley 599 de 2000 para prescindir**, por lo menos, **de una de las sanciones penales impuestas** a PB. Estas son las razones.

En primer término, **el delito por el cual se le procesó y condenó es culposo**.

En segundo lugar, si bien el juicio oral no giró en torno a demostrar el grado de parentesco o afinidad que pudiera existir entre el acusado y SCMM, lo cierto es que la Fiscalía se refirió a SC como su pareja sentimental; y, aunque en el escrito de acusación y en su formulación relacionó, como una de las víctimas, a WJBV, quien indicó era el esposo de aquélla, se tiene que, cuando WJ hizo su presentación en la audiencia del juicio, adujo estar divorciado: «*yo era el esposo de Sandra [...] estábamos divorciados ya*».

Aunque ninguno de los testigos llevados por la Fiscalía hizo mención a la existencia o no de una unión marital de hecho entre SCMM y el inculcado, éste, que renunció a su derecho de guardar silencio, declaró -con ocasión de las preguntas complementarias que sobre ese puntual aspecto formuló el Juez de conocimiento-, que: eran pareja, sin hijos en común y llevaban viviendo juntos como siete años; así mismo, ante la interrogación del juzgador de si SC «*¿era divorciada, separada de esa otra persona, del papá de los hijos?*», PB respondió que era una relación intermitente, pues se separaban, volvían, pero no compartían matrimonialmente; y, luego, indicó que esa situación de intermitencia «*se dio mientras [él] vivía con ella*».

[...] Lo anterior deja entrever que tenían una relación, aunque no es posible afirmar, en grado de certeza, que fuesen **compañeros permanentes**, sin embargo, **en aplicación del principio in dubio pro reo**, para los efectos de esta sentencia, que abarca el campo meramente penal, **se entenderá la existencia de esa relación**, máxime cuando ella no fue desvirtuada

por la Fiscalía General de la Nación ni por las víctimas -citadas por esa parte- que acudieron al proceso.

En tercer lugar, **en lo que atañe a la necesidad de la pena, atendiendo los fines de prevención general y especial, basta decir**, de cara a la relación reconocida por la Sala en párrafo anterior, **que es posible presumir que la pérdida de ese ser querido, como consecuencia del actuar imprudente del acusado, causó en él una afectación personal,**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

18. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO

Para su configuración es necesario que el documento constituya, en sí mismo, la prueba de una determinada relación jurídica

La Sala decidió *no casar* la sentencia recurrida, en la que se absolvió al procesado de la acusación que se le formuló por los delitos de *falsedad en documento privado y fraude procesal*, al determinar que, en el caso examinado, no confluyeron tales comportamientos delictivos. Enfatizó en que la *falsedad ideológica en documento privado*, a la que se refiere la reiterada jurisprudencia de la Corte, sólo se configura cuando éste constituye, en sí mismo, la *prueba de una relación jurídica* y es introducido en el *tráfico jurídico*, lo que no ocurre con el *dictamen* en el que se consigna un contenido apócrifo, toda vez que la *pericia* pertenece a una categoría distinta, denominada *declaración documentada*, cuya protección se ofrece a través de un bien diverso de la *fe pública*, como es la *recta y eficaz impartición de justicia*.

SP1704-2019 (52700) del 14/05/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

que no se desvirtuó en el juicio, y **que ella misma hace innecesaria la pena privativa de la libertad.**

Como corolario de lo anterior, **se casará oficiosa y parcialmente la sentencia recurrida**, en el sentido de revocar parcialmente el numeral segundo de su parte resolutive, pero solo **en cuanto impuso al acusado la pena de prisión, para, en su lugar, prescindir de la imposición de ella**, por las razones expuestas en este proveído».

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO - Bien jurídico tutelado: fe pública || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO - Condiciones:** capacidad probatoria || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO - Condiciones:** deber del particular de decir la verdad en los documentos || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO - Configuración:** es necesario que el documento constituya, en sí mismo, la prueba de una determinada relación jurídica || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO - Configuración:** es necesario que el documento sea introducido en el tráfico jurídico || **DOCUMENTO PRIVADO - Diferencias con las declaraciones documentadas** || **DECLARACIONES DOCUMENTADAS - Falsedad ideológica:** puede dar lugar a la configuración de delitos contra la recta y eficaz impartición de justicia || **DICTAMEN PERICIAL - Información falsa:** puede dar lugar a responsabilidad penal desde diversas perspectivas || **DOCUMENTO - Apreciación probatoria** || **DICTAMEN PERICIAL - Apreciación probatoria** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** obligaciones, frente a la delimitación y verificación de hipótesis factuales || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PRIVADO - No se configura:** respecto de dictamen pericial que contiene datos contrarios a la verdad

«[...] la tipificación del delito de **falsedad ideológica en documentos privados** fue objeto de profundos debates al interior de esta Corporación. Aunque finalmente se aceptó que el

artículo 289 del Código Penal incluye esa forma de alteración de la verdad, lo que es pacífico y, por tanto, no amerita análisis puntuales, debe resaltarse que a lo largo del desarrollo jurisprudencial se han delimitado las circunstancias bajo las cuales la consignación de datos falsos en un documento privado **constituye un atentado contra la fe pública**, en los términos de la norma en mención.

Por su importancia para la solución de este caso, debe resaltarse que **la obligación de plasmar la verdad en algunos documentos privados es solo uno de los criterios para establecer la existencia de una falsedad ideológica en documento privado**, que pueda subsumirse en el artículo 289 del Código Penal. **Es necesario, además, que el documento privado constituya, en sí mismo, la prueba de una determinada relación jurídica y que sea usado, esto es, introducido en el tráfico jurídico donde está llamado a cumplir esa función.**

En efecto, **es posible que los particulares consignen información falsa en documentos privados sustancialmente diferentes a los enunciados en el numeral anterior, como puede suceder**, por ejemplo, si se consagran datos mendaces en el escrito a través del cual se formula una denuncia penal, o, como en este caso, **en un dictamen pericial emitido por un particular a solicitud de un abogado litigante**. Aunque no se discute el deber de decir la verdad en estos casos, **ello no es suficiente para concluir que se trata de un documento privado**, en los términos del artículo 289, pues, se insiste, también **debe verificarse si ese documento tiene la virtualidad de constituir, en sí mismo, la prueba de una determinada relación jurídica.**

Dictámenes como el emitido por OESB no tienen la virtualidad atribuible a un título valor, un contrato o la certificación emitida por un contador o un médico -en los ámbitos en los que la ley les otorga esa función-, simple y llanamente porque, **en sí mismos, no constituyen la prueba de situaciones jurídicas en particular**. No se trata, como en los otros ejemplos, de documentos en los que la comunidad deposite su confianza en el tráfico cotidiano.

En estricto sentido, **constituyen declaraciones documentadas** (CSJAP, 30 sep. 2015, Rad. 46152, entre muchas otras), que tendrían que ser incorporadas a un trámite judicial o administrativo para que, a partir de su

evaluación, en armonía con otras pruebas y tras el ejercicio de la contradicción por parte de los interesados, el funcionario competente emita una decisión que genere, transforme o extinga una determinada situación jurídica. [...]

[...] En términos simples, un contrato, un título valor o un certificado emitido por un médico o un contador -en los términos expuestos en precedencia- pueden ser utilizados entre los ciudadanos para demostrar determinadas situaciones jurídicas en el tráfico cotidiano, pero **esa misma función no la tienen** un testimonio acerca de que una persona le adeuda una determinada cantidad de dinero a otra, o **el concepto de un experto sobre la supuesta falsedad de un documento en particular, pues estos, en sí mismos, no constituyen la prueba de ese tipo de situaciones jurídicas**, al punto que tendrían que ser presentados en un trámite judicial o administrativo para que, a partir de su valoración -individual y en conjunto con las otras pruebas practicadas-, el servidor público competente resuelva lo pertinente.

Así, es claro que se trata de ámbitos de protección sustancialmente diferentes, pues **frente a los documentos privados que, en sí mismos, constituyen la prueba de la generación, transformación o extinción de determinadas situaciones jurídicas, se pretende la salvaguarda de la fe pública**, esto es, la confianza que la ciudadanía deposita en esos medios de prueba, en el tráfico jurídico cotidiano; **mientras que la consagración de los delitos atinentes a la falsificación de testimonios y dictámenes periciales**, que tienen la vocación de ser presentados como medios de prueba ante el funcionario público competente para decidir sobre la transformación de situaciones jurídicas en los ámbitos judicial o administrativo, **se protege la “eficaz y recta impartición de justicia”**.

Lo anterior no implica, bajo ninguna circunstancia, restarle relevancia a la **falsedad ideológica de las declaraciones documentadas**. Por el contrario, debe resaltarse que el ordenamiento jurídico dispuso mecanismos para controlar estos fenómenos, bien, por ejemplo, cuando las mismas se emiten bajo juramento ante una autoridad judicial o administrativa, evento en el que puede configurarse un falso testimonio, ora cuando, también a manera de ilustración, las mismas son utilizadas para inducir en error a un servidor

público para “*obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley*”, lo que puede materializar el punible de fraude procesal, sin perjuicio de la configuración de un concurso de conductas punibles.

En el caso concreto de **los dictámenes periciales que consagran información falsa, puede haber lugar a la responsabilidad penal desde diversas perspectivas**, por ejemplo: **(i)** el delito de prevaricato, cuando es emitido por un servidor público y se reúnen los elementos previstos en el artículo 413 del Código Penal; **(ii)** falso testimonio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 442 idem; **(iii)** fraude procesal -como autor, coautor, cómplice, etcétera- si se verifican los presupuestos del artículo 453; entre otros.

En todo caso, como lo ha reiterado esta Corporación en incontables ocasiones, **la Fiscalía debe estructurar, verificar y demostrar la hipótesis factual** que pueda subsumirse en una de estas normas penales (CSJSP, 23 nov. 2017, Rad. 45899, entre muchas otras).

En el caso concreto, se tiene que OESB, a solicitud del abogado VV, por fuera de un trámite judicial (no se trata de una prueba decretada por un juez) emitió un concepto ajeno a la realidad en lo que respecta a la autenticidad del poder

utilizado por los demandantes en el ya referido proceso civil.

A la luz de las reglas referidas en este apartado, **los datos contrarios a la verdad que OESB plasmó en el dictamen grafológico que emitió a solicitud del abogado VV no encajan en el artículo 289 del Código Penal, porque no se trata de un documento llamado a constituir, en sí mismo, la prueba de una determinada relación jurídica**. Su trascendencia se orienta a la utilización como medio de prueba dentro de un proceso judicial o administrativo, en el que el juez o el respectivo servidor público deben resolver sobre la creación, modificación o extinción de una determinada situación jurídica, ámbito en el que el ordenamiento dispone diversas formas de protección de los bienes jurídicos en juego, bien a través del ejercicio del derecho de contradicción por las partes involucradas en el litigio, por la obligación de los jueces y funcionarios de valorar con cuidado esos medios de prueba, por medio de la consagración de tipos penales como los previstos en los artículos 442 y 453, etcétera.

Así, aunque por razones diferentes a las expuestas por el Tribunal, **no hay lugar a casar el fallo impugnado en lo que concierne a la absolución por el delito de falsedad ideológica en documento privado**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

19. FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN

Se configura, cuando la sentencia condenatoria se fundamenta exclusivamente en un informe de policía judicial, limitado por la tarifa legal negativa

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

Se configura, al valorar un documento otorgado en el extranjero, sin cumplir con el protocolo de asistencia judicial para su producción

Al casar parcialmente la sentencia impugnada, para, entre otras decisiones, absolver a los

procesados de los delitos de *concierto para delinquir y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, ambos en la **modalidad** agravada, la Corte encontró imprescindible señalar que el *informe de Policía Judicial*, en el que se resumen las grabaciones magnetofónicas e interceptaciones, únicamente sirve de criterio orientador de la investigación, por lo que *carece de valor probatorio*, de modo que cuando el fallo de condena se soporta exclusivamente en tal elemento, se incurre en *falso juicio de convicción*. Igualmente precisó que la valoración de un documento otorgado en el extranjero, sin agotar el *protocolo de asistencia judicial para su producción*, se traduce en un *falso juicio de legalidad*.

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - Concepto || PRUEBA - Apreciación probatoria: no hay tarifa legal || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Sirve como criterio orientador de la investigación || INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Respecto de grabaciones magnetofónicas e interceptaciones:** carece de valor probatorio y solo constituye criterio orientador de la investigación || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Respecto de grabaciones magnetofónicas e interceptaciones:** no constituye dictamen pericial, que requiera conocimientos científicos, técnicos o artísticos || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Valor probatorio:** tarifa legal negativa || **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - Se configura:** cuando la sentencia condenatoria se fundamenta exclusivamente en informe de policía judicial, limitado por la tarifa legal negativa || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:** no se configura || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** no se configura

«**El falso juicio de convicción** es un error de derecho que consiste en dejar de otorgar a la prueba el mérito preestablecido en la ley o en asignar uno diverso al que aquella le atribuye.

Incluso, es bueno resaltar que este tipo de yerro actualmente goza de un alcance limitado por cuanto nuestro sistema procesal penal no es tarifado sino que se funda en la persuasión racional como método de apreciación y, en esa medida, son escasas las normas que le confieren algún grado específico de convicción a las pruebas, como ocurre, verbi gratia, con **los informes de policía judicial, cuyo valor se limita**, al tenor del artículo 314 de la Ley 600 de 2000, **a servir de criterio orientador de la investigación.**

Según el censor, **la condena se fundó en un informe de policía judicial** del DAS -052 de 2008- **que**, distinto a lo expresado por los juzgadores, **no tiene la condición de documento, sino, escasamente, de criterio**

orientador, por cuanto corresponde a una síntesis de las grabaciones de las conversaciones telefónicas atribuidas a su asistido, cuya veracidad está en discusión, en la medida que se desconoce si lo ahí consignado equivale a lo expresado por los interlocutores o a lo que subjetivamente pudieren haber plasmado los policiales encargados de las interceptaciones. **Y tiene razón.**

En efecto, los jueces de primer y segundo nivel, al unísono, estimaron que, el citado informe podía ser objeto de valoración probatoria porque se trataba de un documento -para el a quo- y de una “prueba” en general -según el ad quem-, en la medida que narra lo que los funcionarios de policía judicial que los suscribieron percibieron de manera directa y fue expedido por servidores públicos, como producto de órdenes de interceptación telefónica impartidas por la fiscal del caso, durante la fase instructiva.

[...] no cabe duda que, **el resumen o síntesis de los registros auditivos de las interceptaciones telefónicas, consignado en el informe N°. 052 de 2008 no podía ser válidamente justipreciado por los juzgadores**, pese a que se recaudó el testimonio de los funcionarios que lo suscribieron, pues, en este caso, no se trata de información de la que fueron testigos directos los funcionarios de policía judicial, sino de operaciones mecánicas de escucha y transcripción de las conversaciones -e incluso de análisis de información-que **tampoco se asocian a experticias que requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos** (artículo 249 de la Ley 600 de 2000).

En este punto, está bien señalar que, distinto a la opinión de la Procuraduría, lo narrado en sus testimonios por los funcionarios que suscribieron el informe 052 se reduce a la confirmación genérica de lo que los sujetos objeto del monitoreo telefónico manifestaron en sus comunicaciones, de la opinión que a aquellos les merecían las expresiones de los interlocutores (presunto lenguaje cifrado) y de la supuesta identificación de los hablantes, lo cual, dicho sea en este momento, no quedó acreditado porque no se especificaron los actos concretos a través de los cuales se pudo establecer que alguno de los interlocutores era AJGG.

Aun cuando el Ministerio Público afirma que, dichos investigadores no cumplieron la simple tarea de transmisores de información sino de verificación, lo cierto es que, no hay evidencia en

el expediente que indique que ellos mismos estuvieron a cargo de las incautaciones de estupefacientes o de específicas labores de seguimiento o vigilancia, máxime cuando, en tratándose del cargamento de cocaína, a bordo del barco “[...]”, imputado a GG, se señaló que su interceptación estuvo a cargo de los guardacostas estadounidenses.

En estas condiciones, **ante la comprobación cierta del falso juicio de convicción en que incurrieron las instancias, se impone excluir del acervo probatorio objeto de valoración el tantas veces nombrado informe 052**, a través del cual los falladores dieron por probada la participación de AJGG y DGI -a quien le son extensivos los efectos de esta decisión por estar en idéntica situación que GG- en el tráfico de estupefacientes relacionado con la incautación de 2.430 kilos de cocaína, a bordo de la embarcación “[...]”.

Ciertamente, **para la Corte emerge claro que existía una tarifa legal negativa que impedía analizar el anotado informe, por manera que se configura el vicio alegado por la vía de la violación indirecta de la norma sustancial, con el efecto de que no debió ser tenido en cuenta por los juzgadores** como parte de la sustentación probatoria del juicio de reproche, defecto del todo trascendente, **en la medida que, constituyó la única prueba de la responsabilidad de GG y GI en los delitos de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, ambos agravados, de lo cual se sigue la necesaria casación parcial del fallo impugnado con la consecuente declaración de absolución de esos procesados** en los punibles endilgados.

Repárese, en este punto, que, en verdad, aquel informe es el único referente probatorio en el que se fundamentó el juicio de responsabilidad en contra de los citados procesados, pues, si bien los funcionarios que lo suscribieron lo ratificaron, se insiste, solo lo hicieron para corroborar genéricamente lo consignado en el mismo y para asegurar que habían logrado su identificación a partir de actos de seguimiento -no precisados- y por los datos que suministraban en las llamadas -sin aclarar cuáles-.

Del mismo modo, aunque a estas alturas resulta insustancial, cualquier otra reflexión de la Corte a efecto de visibilizar el yerro pregonado, no sobra destacar que, razón le asiste al libelista cuando indica que el plurimentado informe corresponde

a un mero extracto de las grabaciones, cuya veracidad se encuentra por completo en entredicho, habida cuenta que los registros auditivos y sus transliteraciones, como se indicó en el cargo anterior, no obran en el expediente, por lo cual sería imposible tener certeza acerca de si lo registrado por los funcionarios de policía judicial es fiel a lo expresado en las comunicaciones, máxime cuando a la par de la síntesis que se hace de las grabaciones se incorporan manifestaciones que corresponden a la interpretación por parte de los investigadores de las expresiones de los interlocutores, bajo la premisa de que, justamente, ciertas palabras, son las que integran un lenguaje cifrado.

Y aunque deviene especulativo señalar, como lo hace el defensor, que los policiales quisieron incriminar falsamente a los procesados cuando señalaron un específico significado para ciertas palabras mencionadas durante las conversaciones telefónicas -alcance acogido por las instancias para dar por probado que GG fue el encargado de conseguir las coordenadas para trazar la ruta de navegación y evadir el control náutico de las autoridades de policía-, y del mismo modo, descansa en el campo de las conjeturas que se diga en la demanda que resulta curioso que el informe 052 solo se rindió después de que, a finales de abril de 2008, la DEA informó a la Fiscalía sobre la incautación de la sustancia estupefaciente a bordo de la embarcación “[...]”, es lo cierto que, este informe no refleja sino opiniones subjetivas que solo podían servir de orientación al valorar las grabaciones y/o transliteraciones, que, se recaba, no reposan en esta actuación.

Recuérdese, finalmente, **frente a los análisis de información obtenidos de terceros, realizados por los funcionarios de policía judicial, que, por igual, su poder demostrativo está limitado por la tarifa legal negativa en cuestión**, habida cuenta que la percepción del investigador no proviene de hechos conocidos directamente por quien suscribió el informe (CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 36883; CSJ SP18532-2017, rad. 43263), luego, tampoco, por esta vía, era posible la valoración del mencionado informe 052».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: no se configura || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** no se configura || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Respecto de grabaciones magnetofónicas e interceptaciones:** carece de valor probatorio y

solo constituye criterio orientador de la investigación || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** concepto || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** sus efectos se producen tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria || **NECESIDAD DE LA PRUEBA - Principio de legalidad:** el ejercicio de valoración debe estar precedido de un examen de licitud y legalidad de cada medio de conocimiento || **SOLICITUDES DE ASISTENCIA JUDICIAL - Originadas en Colombia:** a través de los mecanismos de cooperación, exhortos, despachos comisorios, cartas rogatorias y notas suplicatorias || **SOLICITUDES DE ASISTENCIA JUDICIAL - Originadas en Colombia:** con el propósito de recaudar pruebas en el extranjero || **PRUEBAS - Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero:** validez, presupuestos || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** al valorar un documento otorgado en el extranjero, sin cumplir con el protocolo de asistencia judicial para su producción

«[...] la representante de la sociedad en sede de casación afirma que la materialidad del delito de concierto para delinquir agravado se encuentra acreditado con las inspecciones judiciales practicadas *«a los diversos informativos que dan cuenta de los hallazgos del[os] semisumergibles y del astillero donde se fabricaban los mismos»* y **con el oficio mediante el cual la DEA informa de la aprehensión de la nave** [...] y que el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por su parte, está probado con la **mentada comunicación del agente especial de la DEA** y los informes que dan cuenta de ese hecho.

No obstante, la Sala advierte que el juez de primera instancia, expresamente, excluyó del juicio de responsabilidad los eventos relacionados con la construcción de los semisumergibles, así como se impone anticipar que **el aludido oficio de la DEA exhibe defectos en su producción que tornan inviable su análisis probatorio**, tal como adelante se analizará.

Del mismo modo, aunque la Procuradora afirma que las interceptaciones revelan que la incautación de dicha embarcación fue un suceso de público conocimiento para los procesados, porque a ello se refirieron en los diálogos transliterados en los informes, particularmente en el 052, no se puede perder de vista que, justamente, porque en el expediente no obran las

transliteraciones ni las grabaciones correspondientes, sino un resumen, su valoración es imposible por las razones atrás mencionadas.

[...]

Es palmario que lo dicho hasta aquí **es suficiente para declarar la absolución** en favor de AJGG -y de paso del sujeto no recurrente en idénticas situaciones de hecho y de derecho (DGI)-. No obstante, la Corte encuentra relevante hacer las siguientes reflexiones, en orden a evidenciar que tampoco se encuentra acreditada la materialidad de los delitos de concierto para delinquir y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, los dos agravados, circunstancia que, por igual, conlleva la absolución de dichos procesados.

Suficiente se ha ilustrado por la doctrina y la jurisprudencia que **la cláusula general de exclusión**, de raigambre superior (inciso final del artículo 29 de la Constitución Política), según la cual *«[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»*, comporta un límite cardinal al poder punitivo que se vincula con las ideas de Estado de derecho y juridicidad de sus actos y de intangibilidad de las garantías esenciales del ciudadano, así como **implica la sanción de inexistencia jurídica para aquél medio de convicción** aprehendido y/o practicado **con** total desconocimiento de las reglas legales de producción, práctica y aducción **-ilegalidad-** o con violación de las garantías fundamentales **-ilicitud-**.

Tal postulado, asienta sus raíces en la vigencia del Estado liberal, la protección de la dignidad humana, el debido proceso y la legalidad, de tal modo que están proscritos todos aquellos métodos encaminados a obtener el conocimiento judicial a través del menoscabo de la voluntad e integridad del individuo.

Esto, debido a que la ruptura del sistema normativo penal por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad.

Así, **el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 constituye un desarrollo de la regla de exclusión**, en la medida que impone la obligación al funcionario judicial de fundar sus providencias en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

Lo deseable, de este modo, es que, el ejercicio de valoración probatoria esté precedido de un examen de licitud y legalidad en términos de producción y aducción respecto de cada elemento de conocimiento -primario o subsidiario-, de tal suerte que, **solamente, aquellos que superen ese escrutinio puedan ser objeto de análisis judicial.**

En ese contexto, se debe partir por señalar que no le asiste razón al casacionista al indicar que los falladores incurrieron en falso juicio de convicción, al valorar el oficio DAS. [...], dirigido a la Fiscalía 3 UNAIM, por cuanto no es cierto que fuera considerado la “prueba” de la incautación de la sustancia estupefaciente en el barco “[...]”, pues, únicamente sirvió de vehículo para allegar la comunicación del 25 de marzo de 2008, por cuyo medio, el agente NVJ., al servicio de la DEA, dio cuenta de ese evento.

No obstante, **acierta al señalar que se recayó en falso juicio de legalidad, toda vez que se pretermitieron los presupuestos normativos para la producción de la comunicación suscrita por el anotado agente de la DEA.**

En verdad, pese a que se equivoca el censor al sostener que, para la obtención de ese documento de la DEA y demás pruebas que acreditaran el peso y la clase de la sustancia incautada, debía aplicarse el procedimiento señalado en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y el artículo 506 de la **Ley 600 de 2000**, pues no se ajustan al asunto en cuestión, habida cuenta que los aludidos instrumentos internacionales regulan exclusivamente los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial y la última disposición anotada consagra la asistencia judicial de las autoridades colombianas a las extranjeras y no al contrario, y son los preceptos 503 y 504 ejusdem, los que consagran la cooperación de la mentada agencia de investigación estadounidense a los organismos de investigación de nuestro país, es lo cierto que, **el expediente revela que, dicho oficio no fue producto de alguna solicitud de las autoridades colombianas** y que obra insular frente al tema de prueba.

En efecto, advierte la Corporación que, **la Fiscalía no desplegó ninguno de los mecanismos de cooperación judicial,**

encaminados a obtener la información o a refrendar lo que el agente de la DEA mencionó en su comunicación, esto es, que, *«[e]l día 24 de octubre del año 2006, el servicio de Guarda Costas de los Estados Unidos, [...], trabajando conjuntamente con el barco naval de Bélgica, incautaron la motonave de pesca [...] aproximadamente 25 millas náuticas al norte de Chimare, Colombia, en aguas internacionales»*, en la que se habrían encontrado 2430 kilogramos de cocaína.

Ello genera absoluta incertidumbre no solo respecto a la identidad y vinculación del supuesto agente con la referida agencia de investigación estadounidense, sino, sobre todo, acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la incautación relacionada con el barco [...], particularmente, en lo concerniente a los protocolos para identificar la cantidad y tipo de sustancia incautada.

De acuerdo con el señalado artículo 503, en el propósito de recaudar pruebas en el extranjero y determinar la procedencia de la acción penal, entre otros asuntos, los jueces, fiscales y magistrados o los jefes de unidades de policía judicial pueden concurrir o comunicarse directamente con autoridades extranjeras o por los conductos legalmente previstos, que, para el caso, no son otros que los establecidos en los cánones 41, 171, 251 del Código General del Proceso y 7° de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Es así que el artículo 171 del primero de los compendios normativos señalados indica que *«[l]as pruebas practicadas en el exterior deberán ceñirse a los principios generales contemplados en el presente código, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes»*.

[...] Se requiere, entonces, que, para el recaudo probatorio en el exterior, las autoridades judiciales acudan a exhortos, despachos comisorios, cartas rogatorias o comisiones rogatorias y notas suplicatorias ante los gobiernos extranjeros, por intermedio de la cancillería colombiana o del cónsul o embajador de Colombia en el país correspondiente.

[...] en el caso de la especie, se tiene que, en efecto, **no solo no obra en el expediente ninguna solicitud de las autoridades colombianas a través de la cual se hubiere solicitado el documento suscrito por el**

presunto agente de la DEA, sino que se trata de una reproducción en copia simple que, si bien está en el idioma castellano, no reúne las condiciones exigidas por el artículo 251 del Código General del Proceso para ser tenida como prueba dentro del presente trámite, pues no cuenta con apostilla.

Además, tal cual lo destaca el libelista, es evidente que, para corroborar la información ahí plasmada, el ente investigador no hizo la menor diligencia para establecer la veracidad de los datos allí consignados, relativos a la fecha y lugar de la incautación, el peso y el tipo de sustancia - estupefaciente o no- y demás pormenores de dicho presunto decomiso.

Ahora, aunque, no son más que conjeturas o suspicacias las que llevan al letrado a concebir la concurrencia de una actividad criminal de los funcionarios del DAS y de la Fiscalía, en connivencia con la DEA, para incriminar al procesado, tales como que: i) resulta extraño que el oficio -sin sellos y firmado por un agente y no por el jefe de sección- estuviera dirigido expresamente a la fiscal que llevaba el caso y sin embargo arribara al DAS o ii) los hechos

consignados en ese informe no tenían relevancia para la Fiscalía, por cuanto alcanzan «una antigüedad de 17 meses y un día» , pero fueron comunicados a la Fiscal Tercera, donde precisamente se investigaban hechos relacionados con el asunto, reporte aquél que terminó coincidiendo, prácticamente, con la emisión del cuestionado informe No. 052 de 2008, **es una verdad irrefutable que ese documento, en las condiciones reseñadas, carece de la virtualidad indispensable para acreditar la existencia del hecho investigado, porque, se recaba, no existe ningún otro medio de prueba que lo confirme, incluso, porque el presunto funcionario extranjero que lo rindió tampoco lo ratificó.**

Por ende, por esta vía, también se confirma la necesidad de casar parcialmente el fallo, en aras de absolver a GG -y de paso a GI- del cargo elevado por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que se hace extensivo al delito de concierto para delinquir, porque el único suceso que, de acuerdo con la acusación y las sentencias, vinculaba a dichos procesados con la organización criminal es el relativo al del barco “[...]”.

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

20. FALSO JUICIO DE IDENTIDAD POR CERCENAMIENTO

No se configura cuando los apartes del medio de prueba omitidos son intrascendentes para la solución del caso

Al decidir no casar el fallo condenatorio impugnado, por los delitos de *Acceso Carnal Violento y Aborto sin consentimiento*, la Sala consideró fundamental recordar que el *falso juicio de identidad por cercenamiento* no tiene lugar, cuando los apartes del medio de prueba omitidos no tienen trascendencia alguna para la solución del asunto objeto de juzgamiento. De esta manera, estimó improprios los cargos formulados por el casacionista, tendientes a desestimar la apreciación probatoria que hizo el Tribunal, de las declaraciones rendidas antes del juicio por parte de la víctima del delito sexual, válidamente incorporadas para impugnar credibilidad, pues a partir de tal

análisis en conjunto con el del testimonio que rindió en la audiencia y los demás elementos relevantes, fue posible identificar que la retractación que realizó durante el acto procesal, fue producto de ofrecimientos de dinero y otros beneficios.

SP2131-2019 (50963) del 12/06/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Criterios de valoración: el análisis conjunto es una regla estructural de apreciación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como

medio para impugnar credibilidad || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** no se configura, cuando los apartes del medio de prueba omitidos son intrascendentes para la solución del caso || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Principio de trascendencia || TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, retractación

«[...] Conforme al segundo cargo, se habría incurrido en error de raciocinio al apreciar el testimonio de la menor, y según la primera censura, la decisión es el producto de una valoración indebida por mutilación de varios testimonios y por no haber apreciado otros.

En síntesis, según el censor, el Tribunal sostuvo, como consecuencia de esos errores, que YABR accedió sexualmente a JMM contra su voluntad y propició la interrupción del embarazo. Sin embargo, esas imputaciones, en su parecer, son el producto de un plan fraguado por EM, enemigo del acusado, como debió concluir el Tribunal, de no ser por la indebida apreciación probatoria denunciada.

Según el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, **el análisis conjunto es una regla estructural de apreciación probatoria**; también lo es el análisis de cada medio según los concretos criterios de valoración de cada prueba.

Conforme a dichas pautas, el medio se debe analizar en su integridad, y en conjunto, con el fin de establecer su significado exacto y su peso en la decisión. Demostrar, entonces, la trascendencia del error y sus implicaciones en la incorrecta aplicación del derecho, es esencial cuando se demanda este tipo de desaciertos.

[...] El demandante censuró que se dijera que la regla de experiencia indica que una persona siempre dice la verdad en la primera ocasión que declara, y en la audiencia de sustentación adujo que el Tribunal estimó declaraciones de JMM por fuera del juicio, a la manera como lo autoriza el principio de permanencia de la prueba, propio de sistemas procesales que se sustentan en una axiología diferente a la del actual proceso penal.

Esta afirmación es equivocada. **Las declaraciones por fuera del juicio las empleó la fiscalía para impugnar la credibilidad de la**

testigo (artículo 403 de la Ley 906 de 2004), **y a partir de su incorporación, con el pleno de garantías para la defensa, el Tribunal apreció su contenido** y lo comparó con la declaración que rindió JMM en audiencia.

[...] con el pleno respeto por el debido proceso probatorio y el derecho a confrontar a la testigo, el Tribunal concluyó que la menor no dijo la verdad en la declaración que rindió en el juicio, en la cual aseguró, desdiciéndose de lo que había dicho por fuera de él, que acusó a YABR siguiendo los consejos de EM.

En ese orden, la regla de que un testigo por lo general siempre dice la verdad en la primera declaración, empleada por el Tribunal, corresponde a una reflexión que surge de la inexplicable disparidad entre las declaraciones por fuera del juicio y la versión que ofreció JMM en la audiencia, puesta en evidencia a partir del análisis conjunto con los demás medios de prueba, cuya apreciación, sin razón, también cuestiona el demandante.

En efecto, al apreciar la declaración de la menor JMM en contexto, el juzgador concluyó que **la retractación fue consecuencia de presiones que se corroboran con otros medios.**

[...] Como lo afirmó el Tribunal, AMR, quien alojó a su pariente JMM en su casa por problemas familiares, se refirió así acerca de los ofrecimientos del acusado para que convenciera a la menor de cambiar su versión:

[...] Esta prueba, emblemática para demostrar como el acusado pretendió influir en la declaración de JMM para obtener su retractación, no puede ponerse en tela de juicio por asuntos laborales que el testigo puso en evidencia. En detalle, esa circunstancia, que el testigo bien pudo ocultar, en lugar de minar su credibilidad, destacan la sinceridad de la declaración.

Por eso este segmento no es relevante. El hecho de que YABR le haya ofrecido dádivas a quien tenía la posibilidad concreta de influir en la testigo, permite inferir que la retractación de JMM obedeció a ese tipo de insinuaciones, como lo reafirma el hecho de que el padre de JMM fue favorecido con una orden de prestación de servicios por parte de la administración municipal que presidía el acusado, luego de que la menor JMM presentara la denuncia, sin que exista una razón distinta que justifique esa contratación.

Lo anterior permite demostrar que **el error de hecho por falso juicio de identidad por mutilación no se estructura por no mencionar ciertos apartes de un medio de prueba**, porque si así fuera las providencias serían interminables y plagadas de detalles que no ayudan a conferirle claridad a la sentencia. Lo que se exige es motivar fáctica, probatoria y jurídicamente la providencia, deber que significa que el juez debe precisar cuál es el peso específico de la prueba en la decisión, sin necesidad de referirse a todos y cada uno de los detalles de la misma, si estos no inciden en lo sustancial de la conclusión judicial.

Estimar la prueba, por lo tanto, **implica apreciar su contenido esencial** y su sentido según los principios que informan la valoración de cada medio, y su influencia en la argumentación **a partir de su asociación con el conjunto de elementos probatorios** válidamente incorporados al juicio. De modo que **no todo detalle**, por significativo que parezca, **es importante, si no tiene la trascendencia para afectar la evaluación que ha hecho el juzgador de la prueba en concreto y de sus implicaciones en el conjunto probatorio y en el sentido de la decisión**.

En esa línea, se debe destacar que **los errores de hecho por falso juicio de identidad denunciados tienen en común que se refieren a apartes intrascendentes de los medios de prueba**. Primero, porque no influyen de manera determinante en la apreciación individual de cada medio, y segundo, porque el examen sistémico de la prueba permite señalar que **los apartes que se dice omitidos son insignificantes en el conjunto de la motivación y en la solución del caso**.

Así, es cierto que YMM, familiar de JMM, dijo que supo que la menor sostuvo relaciones sexuales con S, C y C. Pero **ese dato no es relevante**, porque esas relaciones sexuales no descartan que fuera agredida sexualmente por el alcalde. Aquí lo importante son las maniobras empleadas para lograr que JMM exonerara al alcalde de las imputaciones, **mediante una retractación evidentemente manipulada e injustificada**, y no que la menor libremente haya ejercido su sexualidad en el marco de su dignidad y autonomía ética.

En efecto, en la denuncia que presentó el 1 de junio de 2004, con la cual la fiscalía impugnó su credibilidad, JMM explicó que por instrucciones

de YABR intentó interrumpir su embarazo, introduciéndose dos pastillas por la vagina y dos oralmente. Que haya afirmado en el juicio que una amiga, de quien se reservó el nombre con el argumento de que eso pertenece a su fuero íntimo, le regaló las pastillas que se *“introdujo en clase”*, es una muestra burda de cómo intentó desdibujar sus imputaciones iniciales, pues a nadie se le ocurre creer que un procedimiento de esa naturaleza se inicie en plena clase, siendo que ese tipo de actos, por la gravedad de la conducta y sus consecuencias, implica cierta y necesaria intimidad.

En ese contexto, las amenazas del acusado hacia JMM, que presenciaron sus compañeras de colegio MZ y GARC, no son un tema menor y su credibilidad no desmerece porque la una haya dicho que el acusado es *“mulato”* y no *“negro”*, o por alguna imprecisión en relación con la ubicación de la alcaldía, como lo pretende el recurrente en un ejercicio de una lógica insustancial».

PRUEBA PERICIAL - Apreciación probatoria: corresponde al juez || **PRUEBA PERICIAL - Apreciación probatoria:** debe analizarse en forma individual y en conjunto || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** no se configura, cuando los apartes del medio de prueba omitidos son intrascendentes para la solución del caso || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, retractación, evento en que se obtuvo mediante ofrecimientos de dinero y otros beneficios || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura || ABORTO SIN CONSENTIMIENTO - Se configura || COMPULSACIÓN DE COPIAS - Fiscalía:** para que investigue por presuntas conductas punibles cometidas

«Mención aparte merece el error de hecho por falso juicio de identidad que recaería en el concepto pericial de la sicóloga [...].

Lo primero que hay que advertir es que **se trata de una prueba pericial**, no de un testimonio. Por lo mismo, su apreciación implica partir de la base de que su procedencia está sujeta a la necesidad de efectuar valoraciones que requieren conocimientos especializados, y no para sustituir al juez en decisiones que pertenecen a su fuero,

como lo es el determinar la credibilidad de los testigos.

Así lo indicó la Sala en la SP del 23 de mayo de 2018, Rad. 46692: en la cual señaló lo siguiente:

“...no obstante la acreditación del perito y la comprobación de sus conocimientos especializados en psicología, ha de tenerse en cuenta que su juicio no reemplaza la valoración que le corresponde hacer al juez sobre la credibilidad del dicho de la víctima, pues quien le asigna o niega credibilidad es el funcionario judicial que evalúa la totalidad de las pruebas.”

De manera que no se equivocó el juzgador al no considerar la conclusión de la experta según la cual la versión de JMM no sería creíble. Por el contrario, conglobó la declaración que la menor ofreció en el juicio con las que rindió antes, y con el conjunto de pruebas que indican que el acusado pretendió incidir en su declaración, y a partir de esa evidencia concluyó que la testigo se retractó de su versión inicial.

Tampoco al no examinar las manifestaciones de la menor que respecto de los hechos le entregó a la experta, porque como lo ha expresado la Sala, 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:

“Cuando el peritaje está 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.”

En conclusión, **el Tribunal no incurrió en el error que se denuncia, y menos por no mencionar detalles de las declaraciones de FEC, LDMP, MZR, LARM, AYR y VRR, que son insignificantes en el entramado de pruebas**

que demuestran que el acusado intentó demostrar una verdad distinta mediante la retractación amañada del testimonio de la víctima.

Por el contrario, son muy curiosas las declaraciones de los padres de JMM, quienes aseguraron no saber nada de agresiones sexuales contra su hija, ni que estuviera embarazada. Sin embargo, el padre de la niña fue vinculado a la administración mediante contrato, justamente después de presentar la denuncia, y la madre resultó retractándose de lo que le había explicado a la fiscalía acerca de los problemas de JMM.

Las declaraciones que según el demandante no fueron apreciadas, son igualmente **intrascendentes** para los fines que el demandante persigue.

Al haber establecido que **la retractación de la menor no es creíble y que fue manipulada por ofrecimientos de dinero y de otros beneficios** para sus familiares, las declaraciones del escolta del acusado, con la cual se pretende ubicar al procesado en otra ciudad para el 6 de abril, fecha de la primera agresión sexual, carece de la importancia que el censor le atribuye. Uno, porque las conductas que denunció la menor no se reducen a una sola, sino a una secuencia de actos, y dos, porque en el contexto analizado, la declaración de M, como las demás, se inscriben dentro del elaborado plan para demostrar que EDJM, el contradictor político del acusado, utilizó a la menor para fraguar una acusación infundada, lo cual carece de sentido.

Por todo ello, **los cargos no prosperan.**

La Corte no puede ignorar la manera como se incidió en la retractación de la menor. Se compulsarán, por lo tanto, copias de esta actuación a la fiscalía para que se inicien las actuaciones que correspondan, en orden a establecer las responsabilidades que estos comportamientos demandan».

(Textos resaltados por la Relatoría)

21. FRAUDE DE SUBVENCIONES

Su momento consumativo se verifica cuando se concreta el acto de transferencia de recursos públicos

En la providencia definitoria de la *competencia* de un *Juzgado Penal del Circuito*, la Sala tuvo oportunidad de referirse de manera precisa al delito de *fraude de subvenciones*, para especificar que, por tratarse de un *tipo penal de resultado*, exige para su configuración que el *sujeto activo* obtenga la *subvención, ayuda o subsidio*, por lo que su *momento consumativo* tiene constatación material cuando se ejecuta el acto de *transferencia* de los recursos públicos.

AP1516-2019 (55118) del 30/04/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

COMPETENCIA - Factor territorial || FRAUDE DE SUBVENCIONES - Delito de resultado || FRAUDE DE SUBVENCIONES - Momento consumativo: se verifica cuando se concreta el acto de transferencia de recursos públicos || **FRAUDE DE SUBVENCIONES - Configuración:** exige que el sujeto activo obtenga la subvención, ayuda o subsidio || **JUEZ PENAL DEL CIRCUITO - Competencia**

«[...] corresponde entonces dilucidar cuál es la autoridad encargada de conocer del proceso adelantado en contra de L.M., L.G., L.D., C.H. y L.F.Z.C., y A.G.B.C., a quienes se les atribuye, en calidad de coautores, del delito de **fraude de subvenciones**.

Para ello, basta remitirse al artículo 43 del estatuto procesal [...]

[...] Y, a su vez al artículo 42 de la Ley 906 de 2004 que distribuye, para efectos de juzgamiento el territorio nacional en distritos, circuitos y municipios, para lo cual los Jueces Penales del Circuito Especializados conocen de los delitos cometidos en el correspondiente Distrito Judicial, los Jueces Penales del Circuito de aquellos punibles perpetrados en el territorio que comprende el respectivo circuito, mientras que los Jueces Municipales se ocupan de aquellos asuntos acaecidos en su municipio.

De acuerdo con la redacción del artículo 403 A del Código Penal, incurre en la conducta punible de fraude de subvenciones, “*El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad*” luego **se trata de un delito de resultado**, en tanto **exige que el sujeto activo obtenga la subvención, ayuda o subsidio**, de modo que **su momento consumativo se verificara cuando se concrete el acto de transferencia de los recursos públicos**.

En ese entendido, de la sinopsis fáctica reseñada en el escrito de acusación y aclarada en audiencia del 20 de marzo de 2019, se advierte que el atentado contra la administración pública que se reprocha se ejecutó en la ciudad de Medellín, **localidad a la cual se realizaron los giros** aprobados por la Unidad de Víctimas **y fueron cobrados por los implicados** según el informe del investigador de campo que entregó la Fiscalía en respaldo de sus aseveraciones.

Así las cosas, le asiste razón al funcionario judicial remitente en rehusar conocer del asunto, pues **el competente es el Juzgado Penal del reseñado circuito**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

22. FRAUDE PROCESAL

La posible ilegalidad de la decisión debe determinarse en el ámbito propio de la especialidad jurídica en que ha de producirse

La Sala, por decisión mayoritaria, *casó* la sentencia condenatoria impugnada, para, en su

lugar, absolver a la acusada de los cargos formulados por el delito de *Fraude Procesal* en *concurso homogéneo*, al encontrar objetivamente *atípica* la conducta que se le atribuyó, consistente en aportar al proceso de *sucesión* un *registro civil de nacimiento*, contentivo del *reconocimiento voluntario de la paternidad* de un menor de edad, la cual no fue impugnada oportunamente a través de la jurisdicción de

familia, pese a existir documento previo que aludía a otro progenitor. En este sentido, explicó que el análisis de este tipo penal, impone determinar si existe la posibilidad de que, a través de la inducción en error, el juez emita una determinación contraria a la ley, aspecto cuya definición debe establecerse en el ámbito propio de la especialidad jurídica en que ésta ha de producirse, y que no fue abordado desde esa perspectiva por el Tribunal ni el juzgador de primer grado. Enfatizó que el medio empleado resultó inidóneo para producir una decisión ilegal, por referirse a una situación jurídica consolidada. Igualmente, aludió a la importancia de la prueba *antropo heredo biológica*, cuya práctica consideró extensiva a la especialidad penal. Por último, revocó la orden de cancelación del *registro civil*, al advertir que el vínculo de filiación de la paternidad voluntariamente reconocida, no puede ser extinguido por vía penal.

SP2299-2019 (48339) del 14/05/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FRAUDE PROCESAL - Configuración: la lesividad estriba en la posibilidad de que se adopte una determinación contraria a la ley || **FRAUDE PROCESAL - Configuración:** su fundamento es la vulneración del principio de legalidad || **FRAUDE PROCESAL -** Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público || **FRAUDE PROCESAL - Elementos:** elemento normativo (sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley) || **FRAUDE PROCESAL - Delito de mera conducta** || **FRAUDE PROCESAL - Delito de peligro** || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** por filiación extramatrimonial, reconocimiento voluntario de la paternidad, características || **DERECHO A LA FILIACIÓN - Extinción del vínculo:** la vía procesal es la impugnación de la maternidad o paternidad y no la solicitud de nulidad de la inscripción del registro civil || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** por filiación extramatrimonial, impugnación de la paternidad, caducidad || **FRAUDE PROCESAL - Configuración:** la posible

ilegalidad de la decisión debe determinarse en el ámbito propio de la especialidad jurídica en que ha de producirse || **FRAUDE PROCESAL - No se configura:** si el medio es inidóneo para producir una decisión ilegal, por referirse a una situación jurídica consolidada || **FRAUDE PROCESAL - No se configura:** atipicidad objetiva || **FRAUDE PROCESAL - No se configura:** evento en que se aportó al proceso sucesorio, registro civil de nacimiento de reconocimiento voluntario de paternidad no impugnada || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** por filiación extramatrimonial, impugnación por terceros || **FRAUDE PROCESAL - Delito autónomo:** no está sometido a prejudicialidad sobre la situación constitutiva del medio fraudulento

«La concreta dirección de ataque al bien jurídico protegido por el delito de fraude procesal, como se acotó en el num.4.1.2. supra, es el principio de legalidad. De la indemnidad de éste depende que la actividad jurisdiccional o administrativa, en la toma de decisiones, se mantenga sometida al imperio de la Constitución y la ley. Esa es la razón por la cual la lesividad del fraude procesal estriba en la posibilidad de que, por la utilización de medios fraudulentos para inducir en error al funcionario, se adopte una determinación contraria a la ley.

Tanto los medios fraudulentos como la inducción en error, en sí mismos considerados, son insuficientes para justificar la punibilidad del fraude procesal. Tales componentes operan funcionalmente, en relación con el ingrediente normativo contrario a la ley. La lesividad del fraude procesal reside, en últimas, en la plausibilidad de que el comportamiento típico conduzca a la emisión de una resolución, sentencia o acto administrativo contra legem. Si, al margen de los ardis utilizados, de entrada está cerrada la posibilidad de que la decisión a adoptar por el funcionario contrarie la ley, no es dable afirmar la tipicidad de la conducta.

Con ello no se quiere significar que si el funcionario, pese a la aptitud de los medios fraudulentos no se deja engañar y decide conforme a derecho, decae la tipicidad de la conducta. No. Es claro que **el fraude procesal es un delito de mera conducta y de peligro, por lo que un juicio positivo de tipicidad para nada exige que efectivamente se profiera una decisión ilegal.** La constelación a la que se refiere la Sala con ocasión del asunto bajo examen es otra, a saber, la eventualidad en la

que, al margen del medio utilizado para influir en el decisor, éste en todo caso va a adoptar una determinación que se ajusta al ordenamiento jurídico.

Y el presente caso es un ejemplo de ello. **Los falladores de instancia erraron en la fijación del contenido extra penal a partir del cual había que analizar, desde la óptica del derecho constitucional, civil y de familia, la posibilidad de emisión de decisiones contrarias a la ley.** Con la presentación del cuestionado certificado de **registro civil de nacimiento** de ERÁ, dadas las particularidades del asunto bajo análisis, no sólo estaba vedada la posibilidad de que el juez de familia adoptara determinaciones contrarias a la ley en curso de los procesos de declaración y disolución de unión marital de hecho y sucesión intestada, sino que, dada la base sustancial del reclamo de las respectivas pretensiones, la presentación del aludido documento para nada puede reputarse como un medio fraudulento apto para inducir en error al funcionario judicial.

Aun aceptando hipotéticamente que con la inscripción de ERÁ como hijo de SRM éste incurrió en el delito de **alteración del estado civil** -porque, como más adelante se verá, existen errores de convicción en las sentencias impugnadas que impiden afirmarlo en un grado de conocimiento más allá de toda duda-, tal referente, que fue comprendido por los juzgadores como una modalidad de falsedad documental, era insuficiente para calificar la aducción del certificado de registro civil en los dos procesos -de familia- como un medio fraudulento apto para producir decisiones contrarias a la ley.

La posible ilegalidad de la decisión, en cada caso, ha de determinarse en el ámbito propio -tanto sustancial como procesal- de la especialidad jurídica en que aquélla ha de producirse. En el sub examine, por la especial naturaleza de la controversia subyacente, **era deber de los juzgadores abordar los efectos jurídicos de la cuestionada inscripción en el registro civil desde la óptica del derecho de familia y del derecho procesal civil**, así como aplicando una interpretación constitucional consciente de que al conflicto penal subyace uno de orden ius fundamental, por injerir el ámbito de protección de los derechos a la filiación, al nombre y a la personalidad jurídica de alguien que no participó en este proceso.

Entonces, si bien es relevante la problemática que, para efectos registrales, puede derivar de una hipótesis de **doble inscripción**, también es verdad que, a fin de examinar la legalidad o ilegalidad de las decisiones a producirse en respuesta a las reclamaciones judiciales promovidas por la acusada, lo determinante era la verificación de los efectos jurídicos sustanciales derivados de la filiación existente entre SR y ER, que los falladores reputaron fraudulenta sin verificar si tal calificación es o no sostenible desde la normatividad civil y de familia.

Como se clarificó en precedencia, de la mano de la jurisprudencia especializada civil y constitucional, la filiación y el estado civil de ésta derivado tienen vocación de perpetuidad e inmutabilidad, características que únicamente pueden trastocarse mediante el proceso de impugnación de paternidad. En casos de **reconocimiento de hijo extramatrimonial**, únicamente el padre y el hijo pueden **impugnar** en cualquier tiempo. Si bien terceros interesados también pueden accionar, a ellos les aplica un reducido término de **caducidad** que si es superado no sólo los deja desprovistos de legitimidad procesal para cuestionar tal filiación, sino que, en términos sustanciales, consolida la filiación paterna, la cual sigue produciendo plenos efectos jurídicos.

Ni siquiera ante la posibilidad de que la inscripción del nacimiento haya sido producto de una falsa declaración, es dable deshacer el vínculo filial entre padre e hijo mediante otros medios judiciales. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema tiene establecido que, al margen de que pueda haber un objeto ilícito en un reconocimiento así logrado, está vedada una acción -genérica- de nulidad, como tampoco es procedente anular el registro, por limitarse esta acción a infracciones formales establecidas en el ERC. De ahí que si operó la caducidad para impugnar la paternidad, ésta se torna inamovible e incuestionable, salvo por el hijo en el presente caso, dado que quien se atribuyó la paternidad de éste falleció -sin haberla impugnado-.

En el sub examine está claro que las denunciantes dejaron vencer el término de caducidad para impugnar la paternidad, lograda mediante reconocimiento de hijo extramatrimonial, lo cual significa que **la filiación** entre SR y ERÁ **se consolidó**. Por consiguiente, si de tal vínculo derivan plenos

efectos jurídicos, mal podría sostenerse que E no es hijo del señor R y que carece de vocación hereditaria para participar de la sucesión intestada del difunto SR.

Bajo ese panorama, si el objeto del proceso de sucesión es la asignación del patrimonio del causante a sus herederos, al tiempo que ERÁ ha de reputarse hijo extramatrimonial de SR, por la libre manifestación de voluntad de este último, es incuestionable que aquél pertenece al primer orden sucesoral (art. 1045 del C.C.). De ahí que, si el hijo de la procesada está llamado legalmente a ser reconocido como heredero, **ninguna decisión contraria a la ley habría de producirse con una solicitud elevada por la acusada en ese sentido como representante legal de su hijo**. En la misma dirección, la aducción del certificado de registro civil de nacimiento lejos está de poder considerarse como un medio fraudulento para inducir en error al juez de familia, dado que, por una parte, el vínculo de filiación legalmente existe y está afianzado; por otra, **no habría posibilidad de decidir con incursión en error cuando el documento acredita una situación consolidada en el ordenamiento jurídico**, que es la fuente de reclamación de la pretensión sucesoral.

Tales razones de orden normativo son suficientes para arribar a un **juicio negativo de tipicidad por ausencia de los ingredientes normativos** previstos en el art. 453 del C.P. Pero sin perjuicio de ello, hay también motivos de orden material que hacen injustificable la punición en el presente caso.

[...] Al haberse acreditado que entre SR y ER existieron verdaderos lazos paternos filiales, así como que el difunto realmente fungió como padre, **sin nunca impugnar ese reconocimiento que efectuó voluntariamente**, aun admitiendo hipotéticamente que E no es biológicamente hijo del señor RM, éste, en todo caso, fue el padre de crianza de aquél. Además, ha de resaltarse que, de acuerdo con las pruebas practicadas en la actuación, no se acreditó que CEC -de quien nada se sabe, pero quien para los juzgadores de instancia sí es el padre biológico de E- hubiera ejercido como padre del menor ni, mucho menos, que como tercero interesado hubiera impugnado la paternidad reconocida por SR

[...] este último aspecto muestra también cómo hay carencia de fundamento para adecuar

tipicamente la conducta de aportar el cuestionado certificado de registro civil de nacimiento como prueba en el proceso de declaración y disolución de unión marital de hecho promovido por la señora ÁB, en el tipo penal de fraude procesal.

En primer término, debido a que, como viene diciéndose, **por haberse consolidado el aquí cuestionado nexo filial, ninguna declaración contraria a la ley podría emitir el juez de familia**. Ciertamente, hasta tanto no se impugne la paternidad por las vías legalmente establecidas, ha de tenerse a SRB como padre extramatrimonial de ERÁ.

En segundo término por cuanto, en todo caso, de cara al objeto del proceso de declaración, disolución y liquidación de unión marital de hecho, el reconocimiento de paternidad efectuado por el señor RB carece de relevancia o incidencia para acreditar el supuesto fáctico exigido por los arts. 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, a saber, que entre la pareja haya existido convivencia permanente y singular por un lapso no inferior a dos años. Frente a la acreditación de tal aspecto, ciertamente, el cuestionado reconocimiento es inatinerante.

A ese respecto, la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SP17352-2016, rad. 45.589) tiene dicho que **si el medio es inidóneo para producir una decisión ilegal, en determinado aspecto jurídico, no se configura el fraude procesal**

[...] **Así la señora ÁB hubiera omitido la mención de un hecho como lo es el reconocimiento anterior por parte de Campo EC, ello es insuficiente para declararla responsable en el presente caso por fraude procesal, pues tal aspecto en nada influía en los procesos respectivos**, dado que las pretensiones se basaban en el fallecimiento de SRB, no del señor C. Es más, aun suponiendo que la acusada o su contraparte hubieran aportado al proceso de sucesión el certificado de registro civil a nombre de ECÁ, tal prueba se ofrecía manifiestamente impertinente de cara al objeto del trámite sucesorio, sin que el juez de familia, en curso de ese proceso, pudiera adelantar una especie de incidente para establecer, como si fuera una acción de impugnación de paternidad, quién era el padre biológico de E.

Entonces, **produciendo en ese momento plenos efectos jurídicos el reconocimiento de**

paternidad por parte de SR, por no haber sido impugnado, la reclamación sucesoral y la mención de aquél como padre extramatrimonial de E de ninguna manera conduciría a la adopción de decisiones ilegales.

De suerte que, ante la imposibilidad ab initio de que el aporte del certificado de registro civil de nacimiento de ERÁ posibilitara el proferimiento de determinaciones judiciales contrarias a la ley, no sólo **decae la tipicidad de la conducta por ausencia de este ingrediente normativo del tipo de fraude procesal**, sino que, consecuencialmente, mal podría ser tal comportamiento considerado un medio engañoso que se hubiese utilizado para obtener un provecho ilícito (cfr. CSJ SP17352-2016, rad. 45.589).

Por supuesto, **el fraude procesal es un delito autónomo que no está condicionado a la preexistencia de una declaración judicial sobre la ilicitud de situaciones que pueden corresponder a medios fraudulentos aptos para inducir en error**, como lo sería, por apenas ejemplificar, la falsedad documental. La cuestión jurídica que conlleva a la antedicha conclusión es de naturaleza diversa: no se trata de exigir una condena por el delito de **supresión, alteración o suposición del estado civil** para habilitar el juicio de adecuación típica por fraude procesal, sino de un marco en el cual, por existir el vínculo filial cuando se aportó el certificado de registro civil de nacimiento, el cual en todo caso **se consolidó** por no haberse impugnado la paternidad adecuada y oportunamente, la filiación que se reputa fraudulenta, para el ordenamiento jurídico no lo es. Antes bien, ha de entenderse inmodificable y, por ello, produce plenos efectos jurídicos. De suerte que, por basarse las decisiones solicitadas por la procesada en un medio de prueba que acredita un vínculo filial existente en el mundo del derecho, el juez no habría de adoptar ninguna determinación contra legem.

Tampoco, importa precisar, se está aplicando causal de “*prejudicialidad*” civil en lo penal, como erradamente lo entiende el libelista. El análisis sobre la vigencia de la filiación paterna entre SR y ER en nada corresponde a una eventualidad de inhibición procesal por preexistencia de procesos, sino a un presupuesto sustancial para determinar si se dan o no los ingredientes

normativos contenidos en el tipo penal en cuestión.

Por ende, descartada la tipicidad objetiva de la conducta, hay razón suficiente para concluir que la procesada no puede ser declarada responsable del delito de fraude procesal (art. 9º inc. 1º del C.P.). En consecuencia, **es clara la aplicación indebida del art. 453 del C.P., por lo que la acusada habrá de ser absuelta**, no por error de tipo, como lo pretendía el censor, pues ningún yerro existe cuando la acusada, convencida de la legalidad de su actuar, aporta un documento que, en todo caso, conducirá a una decisión legal, sino **debido a que el comportamiento no encuentra adecuación objetiva en el tipo penal de fraude procesal**».

PRUEBA PERICIAL - Examen antropo heredo biológico de ADN: su práctica no se limita a procesos civiles o de familia (Ley 721 de 2001) || **PRUEBA PERICIAL - Examen antropo heredo biológico de ADN:** su práctica es procedente en el proceso penal, cuando entraña la necesidad de acreditar la paternidad como hecho biológico (ley 721 de 2001) || **LIBERTAD PROBATORIA - Alcance:** no es admisible utilizarla para dar por probados nexos de paternidad, sin contar con la prueba científica || **FAMILIA - De crianza** || **FAMILIA - Formas** || **FAMILIA - Hijos de crianza** || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** cancelación || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** impugnación de la paternidad || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** funciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente:** evento en que se consideró improcedente, respecto de registro civil de nacimiento con reconocimiento voluntario de la paternidad || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** cancelación, efectos || **DERECHO A LA FILIACIÓN - Extinción del vínculo:** no puede ser dispuesta por la vía penal, tratándose de reconocimiento voluntario de la maternidad o paternidad || **FRAUDE PROCESAL - No se configura:** si el medio es inidóneo para producir una decisión ilegal, por referirse a una situación jurídica consolidada || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura || **REGISTRO CIVIL - De nacimiento:** múltiple inscripción || **SUPRESIÓN, ALTERACIÓN O SUPOSICIÓN DEL ESTADO CIVIL - Configuración:** a través de la múltiple

inscripción del registro civil de nacimiento, con alteración de la filiación

«[...] pese a que la referida conclusión es suficiente para casar la sentencia, la Sala no puede dejar pasar la oportunidad para pronunciarse sobre otro relevante error detectado en ella.

Por más que los falladores de instancia hubieran advertido en múltiples ocasiones que el objeto del proceso por fraude procesal no era el de establecer o descartar la paternidad de E, el hijo de la procesada, a las conclusiones adoptadas en las sentencias subyace una afirmación con tales efectos, pues luego de hacer una valoración en conjunto de pruebas testimoniales y documentales, se concluyó que la supuesta falsedad del registro civil aquí cuestionado estriba en el hecho de que E no pudo tener por padre a S, debido a que el padre biológico de aquél era CEC y no el señor RB.

Tal conclusión deja de lado que **el juez de conocimiento negó la práctica de una prueba de ADN para descartar o confirmar el vínculo de paternidad** entre SE, atribuyéndolo a otra persona, **sin hacer uso de los estándares de conocimiento positivizados en el art. 1° de la Ley 721 de 2001, del todo aplicables al proceso penal** (cfr. num. 4.1.4 supra).

Ese juicio de filiación que veladamente aplicaron los falladores de instancia fue el referente fáctico para sustentar otra determinación, que si bien ha de decaer en razón de la atipicidad de la conducta, aquí evidenciada, se torna aún más problemática, por carecer de un fundamento material adecuado. Se trata de la **cancelación del registro civil de nacimiento** de ERÁ.

Pudiendo contar con un mecanismo científico rayano en la certeza, si es que el juez consideraba que establecer la verdadera paternidad biológica -no filiación, que corresponde exclusivamente a la jurisdicción de familia-, se arribó a conclusiones en ese sentido a la vieja usanza, con la apreciación de simples pruebas testimoniales y documentales, sin que se hubiera justificado imposibilidad de práctica del examen de ADN.

Además, a pesar de que a la actuación se incorporaron dos certificados de registro civil de nacimiento (fls. 11 y 13 C. Pruebas), se hizo sin las respectivas impresiones de las huellas plantares o de los dedos pulgares del inscrito, como lo exige el art. 52 del E.R.C.; y por sustracción de materia, no se practicó ningún

cotejo para determinar pericialmente, que una misma persona fue inscrita dos veces con apellidos diferentes.

De suerte que, por las anteriores razones, la conclusión probatoria consistente en que ERÁ no es hijo de SRB, sino que el padre biológico de aquél es CEC, es un enunciado fáctico que no puede declararse con un grado de conocimiento más allá de duda razonable, aspecto que confluye a ratificar la incorrección tanto de la condena como de la determinación de cancelar el registro civil de nacimiento de ERÁ.

Una tal determinación, además de infundada probatoriamente e incorrectamente justificada, pues se basó en normas aplicables a cancelación de registros de bienes obtenidos fraudulentamente (art. 101 del C.P.P.) cuando, como se examinó con antelación (cfr. num. 4.1.3.6. supra), **al tratarse de un asunto concerniente al estado civil de las personas, definido a partir de un reconocimiento voluntario de paternidad, con incidencia en el derecho fundamental a la filiación, la única vía procedimental para modificar la filiación paterna por reconocimiento de hijo extramatrimonial es el proceso de impugnación de paternidad.**

Y ese efecto, en el sub examine, se declaró mediante una decisión civil que hizo tránsito a cosa juzgada, sin que el juez penal pueda, sin más, usurpar las competencias propias de la jurisdicción de familia y, bajo una concepción absolutista del deber de persecución penal, desconociendo las consecuencias desde la óptica de la vigencia y supremacía de los derechos fundamentales, trastocar lo determinado en el ámbito procesal determinado por la ley para decidir, con exclusividad, sobre la filiación.

A dichas razones han de añadirse argumentos, desde el plano consecuencialista, que también tornan la **cancelación del registro civil**, cuando ha mediado un reconocimiento voluntario de paternidad, en una medida desproporcionada y excesiva.

El registro civil, entre otras funciones tiene las de i) aportar la información básica necesaria para el trámite y expedición del documento de identidad, sea éste la tarjeta de identidad o la cédula de ciudadanía; ii) individualizar a la persona; iii) ser fuente fidedigna de información sobre la biografía de una persona, así como fuente de consulta sobre los hechos y actos jurídicos que afectan la

situación de una determinada persona frente a su familia y la sociedad y iv) fungir como registro sobre la capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. Además, el registro civil de nacimiento puede ser utilizado para demostrar parentesco y nacimiento de la persona, entre otros, frente a: i) entidades administradoras de pensiones, ii) entidades promotoras de salud (EPS), iii) instituciones prestadoras de servicios (IPS), iv) Ejército Nacional, v) consulados, vi) sedes religiosas, vii) instituciones educativas, viii) entidades aseguradoras, ix) entidades financieras y x) entidades públicas.

Es decir, la cancelación del registro civil y la consecuente supresión del nombre de una persona es, prácticamente, borrar su biografía, deconstruir su personalidad y vida jurídica, por lo que mal podría el juez penal, apoyado en un análisis probatorio insuficiente para atribuir o descartar concluyentemente la paternidad, alterar varios atributos de la personalidad mediante la cancelación de un registro civil de nacimiento derivado de un reconocimiento voluntario de paternidad, como si se tratara de un mero asunto de registro de bienes.

Ese entendimiento simplista del asunto igualmente desconoce las diversas formas de composición familiar que, como se mencionó en precedencia (num. 4.1.3.7. supra), han venido consolidando un nuevo paradigma de entendimiento de la filiación, en tanto institución del derecho de familia y derecho fundamental. El juez, entonces, ha de privilegiar el sustrato material de las relaciones familiares, trascendiendo el simple nexo biológico, considerando también la afectividad como generador del vínculo filial, permitiendo en algunos casos al hijo conservar su estado civil pese a la inexistencia de parentesco consanguíneo con quien figura como su padre.

[...] En consecuencia, **los juzgadores de instancia también incurrieron en aplicación indebida de los arts. 22 y 101 del C.P.P.**

Ahora bien, lo anterior **no quiere significar que el juez penal en ningún caso está facultado para cancelar registros civiles obtenidos mediante actos fraudulentos**, como las falsedades. Una cosa es que, **en eventualidades de reconocimiento voluntario de paternidad, la jurisdicción de familia haya de tener**

preponderancia en la definición de los asuntos concernientes al estado civil de las personas, mientras otra situación, bien distinta y en nada equiparable a los hechos aquí analizados, se presenta cuando, por ejemplo, alguien es suplantado para reconocer a un hijo o, sin manifestar su voluntad, mediando actos de inducción en error, se le atribuye la paternidad en el registro.

Por las anteriores razones, **la sentencia impugnada será casada y, en su lugar, habrá de absolverse a la procesada. Así mismo, se revocará la orden de cancelación del registro civil de nacimiento** expedido por la Registraduría del Estado Civil [...].

Finalmente, **a fin de prevenir lecturas equívocas de la jurisprudencia, la Sala quiere enfatizar en que, dadas las particularidades del presente caso, la atipicidad objetiva de los hechos materia de investigación deriva de la consolidación de la cuestionada filiación paterna, lo cual hace decaer la posibilidad de emisión de una decisión ilegal por el juez de familia.**

Ese es el ámbito en el que la Corte descarta la ilicitud de la conducta por la cual la acusada fue juzgada en este proceso. La decisión aquí adoptada **de ninguna manera implica sostener que la múltiple inscripción en el registro civil es un acto conforme a la ley. No. El registro de nacimiento de cada persona es único y definitivo. Una doble inscripción, que altera la filiación, sin dudarlo atenta contra dicho precepto y no sólo se torna irregular, sino delictivo, pues constituiría supresión, alteración o suposición del estado civil** (art. 238 del C.P.). Empero, en este proceso, además de que no se logró acreditar con los estándares probatorios de rigor que ERÁ no es hijo de quien voluntariamente lo reconoció como tal, SRM, lo cual impide afirmar que aquél lo inscribió sin ser su hijo, la vía procesal idónea para revertir el reconocimiento voluntario de una paternidad que se reputa inexistente y que, en consecuencia, dejaría sin efecto el consecuente registro, es la **impugnación de la filiación paterna**, acción que, de un lado, el padre no ejerció en vida y el hijo tampoco ha ejercido; de otra, los terceros interesados dejaron **caducar** sin poder ya cuestionar ese reconocimiento».

Inicio

23. HABEAS CORPUS

Es improcedente para hacer efectivo el cumplimiento de la prisión domiciliaria

Al confirmar la decisión del Tribunal que denegó la solicitud de *habeas corpus*, la Magistratura tuvo ocasión de precisar que esta acción constitucional no está diseñada para proteger derechos diversos al de la *libertad personal*, por lo que no puede utilizarse para tramitar solicitudes propias del proceso ordinario, tales como aquéllas tendientes al cumplimiento del mecanismo supletorio de la pena intramural, referido a la *prisión domiciliaria*.

AHP1134-2019 (55007) del 27/03/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HABEAS CORPUS - Improcedencia: cuando no se otorga la libertad porque el sujeto es requerido en otro proceso || **HABEAS CORPUS** - No sustituye el trámite del proceso penal ordinario || **HABEAS CORPUS - Privación ilegal de la libertad:** no se configura || **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Medida sustitutiva de la prisión intramural || **HABEAS CORPUS - Improcedencia:** para hacer efectivo el cumplimiento de la prisión domiciliaria || **HABEAS CORPUS - Improcedencia:** para proteger derechos diferentes al de la libertad

«En el presente caso, **se confirmará la decisión recurrida toda vez el habeas corpus es improcedente** dado no existe evidencia que la privación de libertad que soporta FAL sea ilegal.

En efecto, le asiste razón a la Magistrada a quo cuando advierte que **la restricción de la libertad que actualmente soporta el accionante se encuentra debidamente soportada en el cumplimiento de una sentencia judicial**

impuesta por el Juzgado [...] Penal del Circuito [...] por el delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, en la cual se ordenó su reclusión por el término de 2 años y 8 meses, que empezó a descontar a partir del 24 de agosto de 2018 cuando fue dejado a disposición de esa actuación, sin que a la fecha aún haya transcurrido dicho término.

Ahora, **aunque el accionante se encontraba a disposición de otra actuación** purgando una pena de prisión de doscientos setenta y cinco (275) meses, por el delito de homicidio y porte ilegal de armas fuego agravado, impuesta por el Juzgado [...] Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento [...], **en la cual se le concedió la prisión domiciliaria, ello no impedía que se mantuviera la privación de libertad por otro asunto como** así se dispuso por el Juez [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en auto de 24 de agosto de 2018.

Esta decisión fue debidamente notificada al sentenciado quien no interpuso recurso alguno, como consta en el informe rendido por la secretaria del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, de modo que **la acción constitucional impetrada resulta inadmisibles** para refutar ese proveído **pues ello implicaría soslayar la competencia del juez ordinario.**

Adicionalmente se observa que el pronunciamiento del juez executor de la pena, en el que se suspende el cumplimiento de la prisión domiciliaria no constituye una decisión caprichosa, arbitraria, constitutiva de una vía de hecho, sino que está sustentada en pronunciamiento de tutela de esta Corporación de 16 de febrero de 2017, radicado 90258, en una situación que guarda similitud con la expuesta en esta acción de habeas corpus.

Por otra parte, **la acción impetrada no es procedente para hacer efectivo el cumplimiento de la prisión domiciliaria** en tanto que dicho mecanismo supletorio de la pena de prisión intracarcelaria no comporta la libertad del sentenciado sino únicamente la mutación del

lugar de reclusión, como así se desprende del artículo 38 del código Penal, que señala: «*La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine*».

Así las cosas, **no puede aseverarse que exista una restricción ilegal de la libertad** cuando no se ha formalizado el cambio de sitio de reclusión, de centro carcelario a lugar de residencia o domicilio del penado, pues es ambos casos se trata de la restricción al derecho de libre locomoción.

Si bien **el accionante invoca otros derechos diferentes al de la libertad** que considera lesionados al no materializarse la prisión domiciliaria, **los mismos no son susceptibles de la protección a través de la acción de habeas corpus**, pues ésta fue instituida con la sola finalidad de proteger la libertad de las personas.

Conforme lo anterior, **ante la improcedencia de la acción constitucional de hábeas corpus** interpuesta por FAL, **se confirmará la decisión de la Magistrada a quo**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

24. IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

Su prueba es distinta a la que demuestra la responsabilidad en la conducta penalmente relevante

La Sala decidió *no casar* el fallo impugnado, a través del cual se declaró al acusado autor responsable del delito de *acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir*, para lo cual, entre otras cuestiones, consideró inatendibles las alegaciones esgrimidas por el censor, tendientes a plantear la vulneración del *debido proceso* por la supuesta carencia de pruebas que condujeran a demostrar la *individualización e identificación del procesado*. La corporación reiteró, que el citado aspecto no es objeto de prueba en el juicio oral, en tanto que desde los albores de la actuación debe acreditarse como presupuesto de la *imputación y acusación*. Así mismo, especificó que la evidencia de dicho parámetro es diferente a aquélla demostrativa de la *autoría y responsabilidad* del acusado en la conducta penalmente relevante, sin que en manera alguna pueda exigirse a la víctima el conocimiento acerca del nombre del agresor para su judicialización.

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NULIDAD - Técnica en casación || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por suposición || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - **Identificación e individualización del procesado:** no es un tema de prueba, sino que debe estar lo suficientemente dilucidado en las diligencias anteriores al juicio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - **Identificación e individualización del procesado:** presupuesto para formular imputación y acusación, es inocuo estipularla o discutir la plena identidad del procesado en el juicio oral || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - **identificación e individualización del procesado:** su prueba es distinta a la que demuestra la responsabilidad en la conducta penalmente relevante

«En el primer cargo el demandante solicita invalidar lo actuado desde la audiencia preparatoria, por considerar que el fallo se profirió en un juicio viciado de nulidad porque la Fiscalía no introdujo al juicio las pruebas que condujeron a la individualización e identificación del procesado.

SP836-2019 (48368) del 13/03/19

Así, hace consistir la supuesta irregularidad en la decisión del fallador de tener como probado, que OPP es el hombre que abusó y accedió carnalmente a la adolescente LFPCH, pese a que en la audiencia de juicio no se practicó ninguna prueba a partir de la cual se conozca el trámite realizado por la Fiscalía para individualizar al procesado.

Realmente **la inconformidad del censor no patentiza un motivo de nulidad, pues lo que expone es la afectación del principio de inmediación sobre las pruebas a partir de las cuales se dio por cierta la individualización e identificación** de alias [...], las que finalmente termina cuestionando el mérito suasorio otorgado a ellas.

Para responder la queja que reitera en el cargo segundo, proponiendo esta vez un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, es preciso señalar que **el demandante trae argumentos con los que ataca la individualización e identificación del sujeto activo de la acción penal, pero realmente su reclamo se dirige contra la determinación de declarar a OPP autor de la conducta punible investigada**, lo cual efectúa sobre la base de que los falladores valoraron evidencias e información no incorporadas al juicio oral.

Las pruebas practicadas en el juicio oral fueron: (i) la declaración de la menor de edad víctima del delito; (ii) el testimonio de su señora madre NCHP, y (iii) la declaración de la sicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, LYB, con quien se introdujo la entrevista psicológica rendida en esa entidad por la adolescente LFPCH, medios probatorios que circunscriben el soporte probatorio del fallo.

En aras de la claridad, ha de precisar la sala, que el a quo decretó -a solicitud de la fiscalía- las declaraciones de los patrulleros de la SIJÍN Oscar Iván Castillo y Pablo Andrés Barajas, quienes elaboraron informes de policía judicial oportunamente descubiertos, relacionados con actividades de **individualización e identificación del sujeto activo de la pretensión estatal**; no obstante, por desistimiento que de ellas hizo la delegada del ente acusador, no fueron escuchados en la audiencia.

En tal sentido, es cierto, como lo señaló el impugnante, que ninguno de los testimonios recaudados en el juicio dio cuenta de cómo se

estableció que el procesado responde al nombre de OPP; sin embargo, **este aspecto no es un tema de prueba**, como de tiempo atrás lo ha considerado esta Corporación, **por cuanto el tópico en mención debe estar lo suficientemente dilucidado en diligencias anteriores a ese acto procesal**

[...] Sobre el particular, no hubo ninguna discusión en la actuación, lo que refuerza que desde el comienzo se cumplió con dicha exigencia, teniendo en cuenta, además, que OPP se presentó en las audiencias preliminares aportando su nombre, apellidos, número de cédula de ciudadanía y lugar de residencia, datos que coinciden con los aportados por el fiscal delegado en desarrollo de las mismas, despejando así cualquier duda acerca de la persona vinculada en calidad de imputada, además, porque la defensa del procesado no ha discutido que el vinculado responda a ese nombre.

Surtida la diligencia de imputación con la concurrencia de todos los presupuestos requeridos para su validez, el fiscal instructor estaba habilitado para dar el paso siguiente, consistente en la presentación del escrito de acusación, para el cual nuevamente se demanda cumplir con la obligación de despejar la plena identidad del procesado.

[...] Sobre este tema, el ad quem precisó que la individualización del sujeto activo de la acción penal, como presupuesto que habilita el inicio formal del proceso, quedó colmado con las labores investigativas ordenadas por la Fiscalía en la etapa de indagación preliminar:

[...] No significa lo anterior, que una vez individualizada o identificada la persona sobre la cual recae la pretensión de la Fiscalía, el juicio no deba sujetarse al tema de prueba que está definido por la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida por la Fiscalía en la acusación, y por las hipótesis alternativas que propone la defensa, cuando acude a esa estrategia, puesto que **una es la prueba de la identificación e individualización del procesado, y otra la que demuestra su responsabilidad en una determinada conducta relevante para el derecho penal**.

Precisamente, de cara al cumplimiento de esta exigencia probatoria, la Fiscalía trajo al juicio a la adolescente LFPCH y a su señora madre, NCHP, quienes, bajo la gravedad del juramento

declararon sobre los hechos percibidos directamente por ellas, así como el momento en el que se enteraron que el hombre al que la joven se refiere como '[...]' responde al nombre de OPP

Entonces, el recurrente obvia informar que, como lo señaló el fallo, en el juicio oral la adolescente LFPCH reiteró que conocía al 'negro' porque ya lo había visto rondando el colegio en el que estudiaban ella y su hermana; que es el mismo hombre que las abordó en una moto esa noche del mes de noviembre de [...] junto con '[...]' para invitarlas a escuchar música; el mismo, que después de haberla accedido carnalmente la abrumaba asediándola para decirle que *"tenía que volver a pasar lo que había pasado antes"* y la amenazaba para que no le contara a nadie el episodio vivido. Razón de más para que el tribunal considerara que no existe duda que '[...]' y OPP es la misma persona a la que se refiere la adolescente:

[...] De manera que no es cierto que al juicio no ingresó información que condujera a concluir que '[...]' es OPP, pues sobre este punto la menor fue interrogada en la audiencia, dejando claro que ella inicialmente lo conoció como '[...]', después se enteró que le 'decían' O y finalmente, cuando fue capturado ya supo su nombre completo.[...].

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - identificación e individualización del procesado: su prueba es distinta a la que demuestra la responsabilidad en la conducta penalmente relevante || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación de víctimas, autores o partícipes** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado:** su verificación constituye una obligación de la fiscalía || **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - Se configura** || **TESTIMONIO - De referencia:** diferente al directo || **AUTORIA - Demostración:** no es necesario que la víctima conozca el nombre del agresor || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** no puede utilizarse en casos de falta de analogía fáctica

«[...] **es errado entender**, como lo hace el demandante, **que la simple identificación del hombre conocido por la adolescente LFPCH**

como '[...]', -OPP - **condujo al fallador a determinar la responsabilidad de éste en el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir**, pues, como lo señalara el ad quem, la Fiscalía abordó el tema en la audiencia de juicio con el testimonio de la víctima, quien narró desde el momento que fueron interceptadas ella y su hermana- por los dos hombres '[...]' y '[...]', hasta cuando se despertó al día siguiente, desnuda, vomitada, con ardor y sangrado en la vagina.

[...] **Testimonio que no es de referencia**, como lo sostiene el recurrente, **pues la adolescente LFPCH, víctima del delito, narró en el juicio lo que vivió esa noche [...]**

[...] De manera que es errado el entendimiento del censor, según el cual, la individualización e identificación de OPP, determinaron su responsabilidad en el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, pues, se reitera, **fue el testimonio en juicio de la víctima el que condujo al Tribunal a concluir que OPP**, a quien la LFPCH describió, y dijo haber visto en varias oportunidades, **es el mismo hombre que la accedió carnalmente** y a quien tuvo que continuar viendo por residir en el mismo pueblo.

En este sentido, aclaró la declarante, '[...]' es el mismo OPP, pero ella **solo supo el nombre el día que lo capturaron, información que no pone en duda la autoría del hecho, pues de ser así se caería en el equívoco entender que solo cuando la víctima conoce el nombre del agresor se viabiliza la judicialización.**

Entonces, **fue claro el fallador al escindir los dos temas erróneamente enlazados por el censor**, precisando que **la individualización e identificación es necesaria desde el inicio del proceso penal, por lo que no es un asunto objeto de prueba en el juicio**, mientras que **la responsabilidad del procesado la basó en las pruebas practicadas en la audiencia**, como las declaraciones de NCH, madre de LFPCH; de la sicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, LJB, **pero esencialmente, en el testimonio de la víctima.**

[...] Resulta oportuno precisar que **la cita que efectúa el impugnante de un precedente de esta Corporación** (CSJ SP. 27 jul. 2011. Radicado 34779) **no es aplicable al caso que ahora estudia la Sala**, por cuanto en aquél se examinó un asunto en el que la Fiscalía no

individualizó al hombre que disparó el arma de fuego asesinando a una mujer, hecho del cual solo hubo testigos presenciales que no conocían al autor del homicidio, mientras que en éste fue el primer paso que agotó el ente acusador, lo cual hizo con la versión de la víctima directa LFPCH, quien, por conocer a su agresor, indicó sus rasgos físicos, la forma de vestir, la característica de ser una persona con acné severo, su edad aproximada, así como el inmueble al que la llevaron junto con su hermana, lugar donde se ejecutó la conducta ilícita, información a partir de la cual la policía judicial a través de labores de vecindario en el municipio Bolívar, logró individualizarlo y posteriormente identificarlo, labores cumplidas y agotadas como requisito previo al agotamiento de las audiencias preliminares.

De manera que, como lo advirtiera el delegado de la Fiscalía ante esta Corporación, **el censor yerra al pretender que se establezca una especie de tarifa legal** a partir de la cual sólo si LFPCH hubiera señalado en el juicio a OPP como su agresor, se alcanzaría el conocimiento necesario para concluir su responsabilidad, razonamiento incorrecto, **no solo porque desde la práctica se sabe la imposibilidad de enfrentar a la víctima de un delito sexual menor de edad, con el agresor, sino porque precisamente el legislador previó, como mecanismo de protección de estas víctimas, la admisión excepcional de la prueba de referencia.** (Art. 438, num. e) de la Ley 906 de 2004).

Pero además, omite la defensa considerar que la adolescente, no solo sufrió la agresión sexual, sino que debió soportar el acoso posterior de OPP, quien vivía en el mismo pueblo y conocía dónde estudiaba y residía la joven, razón por la cual, no es cierto que '[...]' puede ser uno cualquiera de los habitantes [...], pues fue a O a quien LFPCH señaló como el hombre que la accedió carnalmente cuando ella estaba ebria y el mismo que con posterioridad la perseguía diciéndole que repitieran lo sucedido.

[...] Además, deja de lado el hecho de que si bien NCHP informó en su declaración que supo que '[...]' se llamaba OPP cuando fue capturado, ella ya lo había visto, solo que no sabía cómo se llamaba porque a él le dicen 'en'

[...] Igualmente, desconoce que NCHP también declaró que estaba siendo amenazada por la familia de OPP, exigiéndole que llegara a un acuerdo con el procesado,

[...] En síntesis, si como la Sala se ha encargado de precisarlo, **el artículo 128 de la Ley 906 de 2004 impone a la Fiscalía la obligación de "verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales"**, exigencia que, en este caso se cumplió desde la indagación preliminar, es decir, individualizó e identificó al hombre al que la adolescente LFPCH conocía como 'en', pues sin tal presupuesto no era factible la solicitud de una orden de captura en su contra y la posterior formulación de imputación, **mal puede pretenderse que este hecho que no hizo parte de la teoría del caso de la Fiscalía, y por tanto, del tema de prueba, hubiera debido llevarse al juicio oral.**

Por el contrario, **la responsabilidad de OPP en el delito contra la libertad, integridad y formación sexual**, del que fue acusado, **por ser un tema objeto de prueba, se debatió en el juicio** y con tal fin se escuchó en declaración a la víctima LFCHP, su señora madre NCHP y a la psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Lida Yanet Burbano, pruebas en las que los falladores sustentaron la condena en contra del procesado, apoyados, igualmente, en la construcción indiciaria frente a la cual ningún error denuncia el censor.

En ese sentido, la Sala comparte los razonamientos comunes de la representación de la fiscalía y del Ministerio Público, expuestos en la audiencia de sustentación, razón por la cual, **no casará el fallo objeto del recurso».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

25. IMPEDIMENTO

Es improcedente cuando el funcionario debe decidir sobre el declarado por otro servidor judicial

La Sala consideró *infundado* el *impedimento* planteado por una funcionaria judicial para conocer del que, a su vez, fue esgrimido por otro juez, recordando que acorde a la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Corporación, en estos eventos, por regla general, no es viable *declararse impedido* para definir un trámite de la misma naturaleza.

AP1364-2019 (55066) del 10/04/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPEDIMENTO - Improcedencia: cuando el funcionario debe decidir sobre el declarado por otro servidor judicial || **IMPEDIMENTO - Amistad íntima** || **IMPEDIMENTO - No se configura**

«El numeral 5° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 establece entre las causales de impedimento: “*Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial*”.

A su turno, el artículo 61 del mismo cuerpo normativo establece **la imposibilidad de que un funcionario judicial pueda manifestar su impedimento para conocer de un trámite de la misma naturaleza**. Sobre el particular, la Sala tiene establecido lo siguiente:

“(...) si bien no es la regla general, es posible que se presenten eventos donde el funcionario que deba resolver sobre un impedimento manifestado por otro administrador de justicia, encuentre en sí, a su vez, la concurrencia de otra causal impeditiva que lo obligue a separarse del conocimiento del asunto (CSJ AP 36386 16 May 2011), pero en esos casos particulares no podría invocarse cualquiera de las causales establecidas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004, pues por la naturaleza del

asunto llamado a dirimir (otro impedimento), no todos los motivos de separación contemplados en la premisa normativa en cita lo habilitan para separarse del conocimiento del tema.

En efecto, nótese que las causales de impedimento referidas a la relación del juzgador con el objeto del proceso no pueden ser invocadas en asuntos como el que ahora se decide, por cuanto se trata de definir únicamente si quien debe pronunciarse sobre un aspecto procesal tiene comprometida su imparcialidad para ese específico propósito, es decir, como no existe obligación de pronunciamiento sobre el proceso como tal, sino sobre el compromiso que declara el funcionario que sí debe conocer del mismo, solo incumbe la relación que tengan entre sí los dos funcionarios que se declaran impedidos, susceptible de obnubilar el juicio del último para conocer del impedimento exteriorizado por el primero”.

[...] En el presente asunto, la Magistrada [...] sustentó su impedimento en la relación de íntima amistad que desde hace 25 años sostiene con la Fiscal [...] Seccional de Bogotá.

Sin embargo, como quedó expuesto, **dicha circunstancia no tiene la virtualidad de nublar su juicio o menguar su imparcialidad al momento de examinar la causal impeditiva previamente invocada por el Juez [...]** Penal del Circuito [...] con Función de Conocimiento, concerniente al hecho de haber impartido aprobación al preacuerdo suscrito por dos coacusados de C.P.A.G., N.Z.I., J.C.O.Z., T.J.B., V.B.M.R. y R.E.M.G. con la Fiscalía General de la Nación.

Recuérdese que **ello sólo opera entre funcionarios judiciales, no entre estos y las partes**, pues, para definir la necesidad o no de apartar al Juez [...] Penal del Circuito [...] con Funciones de Conocimiento de la actuación, basta con examinar la circunstancia específica sobre la cual fundó el impedimento.

Por ende, de cara a la jurisprudencia trascrita, para el escenario particular **resulta intrascendente la relación preexistente** entre la Magistrada [...] y la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

Ante tales circunstancias, resulta **improcedente** configurar la causal impeditiva invocada, por lo cual **se declarará infundada**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

26. IMPEDIMENTO POR HABER ACTUADO COMO FISCAL

Debe ser trascendental y comprometer el criterio del funcionario judicial en el asunto de fondo a resolver

Al declarar *infundada* la manifestación de *impedimento*, la Sala encontró importante recordar el criterio uniforme consistente en que la causal relativa al hecho de *haber actuado como fiscal*, sólo es *procedente* si se refiere a una intervención *trascendental* que hubiere *comprometido* el criterio del funcionario judicial en el asunto a decidir. Igualmente, explicó que su invocación resulta inviable cuando la *naturaleza* del tema a resolver no guarda relación con las *funciones* que desempeñó en el ente acusador.

AP2392-2019 (55505) del 18/06/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPEDIMENTO - Haber actuado como fiscal || IMPEDIMENTO - Haber actuado como fiscal: debe ser trascendental y comprometer el criterio del funcionario judicial en el asunto de fondo a resolver || **IMPEDIMENTO - Haber actuado como fiscal:** su finalidad es preservar la objetividad del funcionario judicial a quien le corresponde decidir || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Justicia transicional:** no tiene carácter contencioso || **IMPEDIMENTO - Haber actuado como fiscal:** es infundado, cuando la naturaleza del asunto pendiente de resolver no guarda relación con las funciones que desempeñó || **IMPEDIMENTO - Infundado**

«**La circunstancia específica que determina la estructuración de la causal de impedimento descrita** en el art. 56-12 de la Ley 906 de 2004, **consiste en que el juez haya intervenido como fiscal en la actuación, acción que**, como lo tiene pacíficamente considerado la Sala de Casación Penal, **debe ser trascendental y comprometer el criterio del funcionario judicial en el asunto**

de fondo que se encuentra **pendiente por resolver**.

“[L]a comprensión de este concepto [participación previa] no debe asumirse en sentido literal. Es preciso que esa intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud de la magistrada. Su actividad dentro del proceso, dicho en otros términos, debe haber sido esencial y no simplemente formal. (CSJ AP, 07 May. 2002, Rad. 19300, reiterada en CSJ AP4485-2018, radicado 53885).”

Lo anterior por cuanto no es cualquier intervención la que actualiza automáticamente la causal, dado que se debe consultar **el fin último de la norma**, que no es otro que **preservar la objetividad del funcionario judicial** a quien le corresponde decidir. Así lo ha señalado esta Sala:

“(I) La razón de ser del impedimento radica en que el ánimo del funcionario no se encuentre afectado por ninguna circunstancia que pueda llevarlo a decidir sin equidad, sin objetividad. Surge viable que quien ha conocido del proceso, ha intervenido dentro del mismo, al conocer de instancias posteriores, pueda estar contaminado respecto de una determinada postura, en detrimento de la imparcialidad que le es exigible. (CSJ AP 5554-2014, rad. 44648).”

En el presente caso, advierte la Sala que la doctora [...] no participó en esta actuación, pues **el solo hecho de haber sido fiscal delegada ante el tribunal**, asignada a un grupo de persecución de los bienes de los Bloques Centauros, Héroes del Llano y Héroes del Guaviare, **y haber presentado el correspondiente informe, no comporta una intervención en el proceso**, menos, si se tiene en cuenta la dinámica del trámite de la justicia transicional que no es de naturaleza contenciosa.

Lo anterior se confirma con la revisión de la cronología presentada por la magistrada [...], puesto que su designación en la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional se dio el 25 de mayo de 2015 [...], mientras que las audiencias en esta actuación culminaron el 21 de febrero de 2014, con la presentación de los alegatos de los defensores de los postulados.

Lo antes dicho sería suficiente para concluir que la ahora magistrada no intervino como fiscal en el proceso y por tanto su criterio no se encuentra comprometido; sin embargo, en este caso **concorre otra circunstancia que desvirtúa** que la funcionaria judicial se halla incurso en la invocada **causal de impedimento, puesto que la naturaleza del asunto pendiente de resolver no guarda relación con las funciones que desempeñó como fiscal.**

[...] Bajo tal entendido, la magistrada [...], no se ha pronunciado sobre tema alguno relacionado con la ejecución de la sentencia, siendo evidente

que como fiscal no intervino en el proceso, tampoco explicitó, opinó, resolvió o peticionó nada vinculado con las penas que eventualmente corresponderían a los postulados, menos, sobre la libertad a prueba, razón de más para concluir que en la funcionaria no concurre la circunstancia impositiva invocada.

Así las cosas, **se impone declarar infundado el impedimento** manifestado por la magistrada de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior[...], de acuerdo con lo considerado en precedencia».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

27. INASISTENCIA ALIMENTARIA

El error de tipo se configura, cuando recae sobre el elemento normativo referido a la inexistencia de justa causa del incumplimiento

La Sala *casó* la *sentencia condenatoria* emitida por el Tribunal para, en su lugar, restablecer la *absolutoria* de primer grado, al encontrar acreditada la concurrencia de un *error de tipo* en el comportamiento del acusado por el delito de *Inasistencia Alimentaria*, que lo llevó a creer equivocadamente que podía dejar de atender el acuerdo conciliatorio que celebró con su hijo mayor de edad, ante el incumplimiento de éste a las condiciones pactadas. En tal sentido, consideró que el yerro sobre un *ingrediente normativo* de la conducta, aún siendo vencible, excluye la *tipicidad* si el comportamiento no admite la modalidad culposa, cuestión que se presentó en el caso analizado, en donde el equívoco recayó sobre el elemento referido a la ausencia de *justa causa* para sustraerse del deber alimentario.

SP3029-2019 (51530) del 31/07/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Concepto || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Alcance del elemento sin justa causa || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - **Elementos:** inexistencia de justa causa que sustente el incumplimiento, constituye un ingrediente normativo del tipo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - **Error de tipo:** se configura, cuando recae sobre el elemento normativo referido a la inexistencia de justa causa del incumplimiento || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - **No se configura:** evento en que el acusado creyó que podía dejar de atender las obligaciones de la conciliación, por incumplimiento de su hijo mayor de edad a las condiciones pactadas || **ERROR DE TIPO** - **Configuración:** implica un problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal || **CONDUCTA PUNIBLE** - **Tipicidad:** para imputarla al autor es necesario que conozca las circunstancias de hecho descritas en el tipo penal || **ERROR DE TIPO** - Diferente a error de prohibición || **ERROR DE TIPO** - **Vencible:** se sanciona a título de culpa si la conducta admite tal modalidad || **ERROR DE PROHIBICIÓN** - Excluye la antijuridicidad || **ERROR DE PROHIBICIÓN** - **Vencible:** lleva a la sanción atenuada de la conducta || **ERROR DE TIPO** - **Vencible:** sus consecuencias son más favorables que las del error de prohibición vencible || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - **Configuración:** no se analiza frente al injusto civil sino desde la perspectiva penal || **ERROR DE TIPO** - Se

configura || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - No se configura:** atipicidad || **CASACIÓN - Finalidades** || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca y confirma absolución de primera instancia

«**La tipicidad del delito de inasistencia alimentaria**, según la definición del artículo 233 de la ley 599 de 2000, consistente en sustraerse sin justa causa a la prestación de los alimentos legalmente debidos.

En líneas generales se sostiene que los tipos penales no se refieren a conductas intrascendentes, sino a conductas contrarias a derecho. De manera que, bajo esa concepción, sobrarían en principio, alusiones a la justicia o injusticia del acto en el tipo penal.

[...] **si se asume que la expresión sin justa causa es un elemento normativo del tipo penal** -en el entendido que, como lo ha indicado la Sala en la CSJ SP del 2 de noviembre de 2016, Rad. 40089, son expresiones que se refieren a los elementos estructurales del tipo que buscan cualificar los sujetos, el objeto material, o precisar el alcance y contenido de la conducta, o una circunstancia derivada del mismo comportamiento-, entonces ese punto de partida es esencial para definir si en este caso, por la configuración del caso, **el error sobre ese elemento constituye un error de tipo.**

En ese orden **se debe analizar** no si es legal o no que el acusado se hubiera excusado de seguir pagando la educación y estudio de su hijo por incumplir lo pactado en la audiencia de conciliación, o si los contratos se deben cumplir tal como fueron pactados al ser ley para las partes, sino **si creyó que estaba autorizado para dejar de hacerlo al presentarse una variación de las condiciones incluidas en la conciliación. Un problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal.**

Dicho de otro modo, **si creyó que la causa era justa, caso en el cual, ese error constituye, en este asunto, un error de tipo.**

La explicación del acusado en la audiencia, y la tesis que defendió su defensor, compagina con la historicidad de la conducta. En ese sentido, se probó que desde cuando JBBU le informó a JABF su deseo de abandonar sus estudios en Pamplona, como lo aseveró **el acusado** al ser interrogado por la fiscalía en la audiencia pública, éste **entendió que, al variar las**

condiciones iniciales del pacto, terminaba su compromiso alimentario.

[...] Esta conclusión -la de que **actuó con la convicción de que no realizaba la tipicidad de inasistencia alimentaria al creer que actuaba bajo una justa causa-**, se explica en la consideración de que, **para imputar una conducta delictiva al autor, es necesario que éste conozca las circunstancias de hecho descritas en el tipo penal.** Sobre lo que no existe acuerdo, es si ese conocimiento se refiere únicamente a la base empírica del tipo penal, o incluye, como debe ser, los juicios de valor que se incorporan mediante los llamados ingredientes normativos del tipo, que algún sector considera que se deben resolver por la vía del **error de prohibición.**

Al respecto, véase que en la legislación colombiana, el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, prevé que el error sobre los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad se resuelve a la manera del **error de tipo.** De manera que, **si ese tipo de consecuencias se aplican a errores que de configurarse excluyen la antijuridicidad, no es lógico, en la sistemática del Código Penal, que el error sobre los ingredientes normativos del tipo, tenga que tratarse de manera diferente, o a la manera de un error de prohibición.**

De otra parte, **la inclinación hacia la tesis de que el error sobre los elementos normativos constituye un error de tipo radica en que la vencibilidad del error de tipo se sanciona a título de culpa si la conducta está prevista como tal**, y el delito de inasistencia alimentaria no lo está, **mientras que, en el error de prohibición, la vencibilidad lleva a la sanción atenuada de la conducta, por lo cual la primera tesis es más favorable, en este caso, en cuanto a las consecuencias que se derivan del error.**

Puesta en escena la conducta, al modo que obraría la generalidad de las personas (el ciudadano del común) en la misma situación, **es entendible que quien firma un pacto, en el que uno de los comprometidos cambia las condiciones que dan origen al mismo, puede creer justificadamente que no está en el deber de cumplir la obligación correlativa, sobre todo tratándose de un conflicto en el que no está involucrado un menor de edad**, pues en tal caso el juicio puede involucrar valores diferentes

por el plus con que se trata desde el nivel constitucional los derechos de los niños.

En éste caso, la historia del proceso demuestra que JABF **creyó**, no **porque su hijo** hubiera tenido un deficiente rendimiento académico en la Universidad de Pamplona -hecho que se acreditó en el proceso-, sino porque **no cumplió las condiciones de la conciliación, que podía desentenderse de su ayuda sin que eso implicara incumplir su compromiso, con lo cual es evidente que incurrió en un error de tipo al estimar que esa era una actuación permitida.**

En ese sentido, por supuesto que en la conciliación no se consignó expresamente que si JBBU dejaba de estudiar en Pamplona terminaba la obligación para su padre, pero si se estableció que su compromiso consistía en apoyarlo mientras estudiara en esa ciudad, situación que precisamente llevó al acusado a creer que no estaba obligado si esa condición se modificaba.

No se trata, como lo planteó la fiscalía, de estimar si la obligación alimentaria subsiste mientras el

hijo no pueda financiarse su proyecto de vida por sí mismo, o de establecer si la obligación entre adultos surge de la ley, como también lo entendió el Tribunal, porque **acá no se analiza el injusto civil, sino de establecer, desde el punto de vista penal, si el acusado obró con la convicción que le estaba permitido no hacerlo ante el incumplimiento de los compromisos por parte de su hijo.**

Por lo tanto, **al incurrir en ese tipo de error, la conducta de inasistencia alimentaria que le fue imputada es atípica**, como en últimas lo propuso el demandante en el primer cargo, **incluso si el error podía vencerse.**

De manera que la Corte **casará la sentencia, y en su lugar dejará en firme la absolutoria de primera instancia, con lo cual se cumple el doble propósito de garantizar los fines de la casación, y de preservar la garantía de doble conformidad frente al primer fallo condenatorio**, al no existir, en este caso, prueba más á de toda razonable sobre la responsabilidad del acusado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

28. INVESTIGACIÓN PREVIA

La extensión de su término, por sí sola, no apareja la infracción de garantías del investigado ni acarrea la exclusión probatoria

Al inadmitir uno de los cargos planteados en la demanda casacional, la Sala debió abordar el tema relativo al término de la indagación preliminar, y concretamente a los eventos en que se produce su extensión, todo, bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, para especificar que tal circunstancia no comporta por sí misma la *exclusión de las pruebas practicadas* durante dicho período ni la infracción de las garantías fundamentales del investigado. En tal sentido, precisó que en el caso concreto no se acreditó el *falso juicio de legalidad* alegado por el actor.

AP2372-2019 (53759) del 18/06/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Concepto || PRUEBA - Cláusula de exclusión: solicitud, requisitos || INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Legalidad || DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA - No se vulnera || DERECHO A LA INTIMIDAD - No se vulnera || FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Técnica en casación: cuando se postula respecto de una misma prueba o grupo de pruebas, el recurrente debe distinguir si se trata de ilegalidad o ilicitud **|| FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Técnica en casación:** el recurrente debe enunciar la regla o procedimiento inobservados, la garantía

transgredida y el efecto adverso concreto || **DERECHO DE DEFENSA - No se vulnera** || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Derecho de defensa** || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Prolongación de la investigación por fuera del término:** validez de las pruebas || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Término:** su extensión, por sí sola, no apareja la infracción de garantías del investigado ni acarrea la exclusión probatoria || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Notificación de su inicio:** su omisión no genera irregularidad sustancial || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Término:** vencimiento, no implica que automáticamente la Fiscalía se vea obligada a cesar en los actos de investigación preliminar || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Pruebas:** no se invalidan por la omisión de decretar la apertura de instrucción, una vez la persona sea individualizada o identificada || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Principio de trascendencia** || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

«En síntesis, el demandante alega que el Tribunal incurrió en **error de derecho por falso juicio de legalidad**, al haber fundado la sentencia en pruebas *«obtenidas y aducidas con manifiesta violación y/o restricción de los derechos y garantías fundamentales»*, en la medida en que la **Fiscalía extendió**, sin razón alguna, **el término de la indagación previa**, desde el 11 de enero de 2007 hasta el 30 de julio de 2008, contraviniendo el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal de 2000, forma como privó al acusado de sus derechos a la defensa, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y controvertir las de la contraparte.

En consecuencia, para el defensor todas las pruebas practicadas con posterioridad al vencimiento del término fijado por la ley para la indagación previa, o, al menos desde cuando DLTM fue identificado —el 3 de mayo de 2007—, hasta la apertura formal de instrucción, debieron ser sancionadas con la cláusula de exclusión, de acuerdo con el inciso final del artículo 29 de la Constitución; agregando que gran parte de esos medios de prueba se aportó por los investigadores mucho tiempo después de haberse obtenido, sin estar bajo la dirección del Fiscal a cargo.

Pues bien, destaca la Sala que **sobre el falso juicio de legalidad y su demostración**, de antaño tiene señalado que se presenta por la irregular formación, producción o incorporación de la prueba.

[...] Lo primero que se debe advertir, por tanto, es que **en el marco del error de derecho por falso juicio de legalidad no puede respecto de una misma prueba o grupo de pruebas, en el mismo cargo, postularse la censura, sin distinción, por ilegalidad o por ilicitud**, pues cada una responde a un concepto y causas diversas, al igual que puede tener alcances diferentes, como discernió la Corte en la sentencia CSJSP, 5 ago. 2014, rad. 43691:

[...] se debe precisar que no obstante la referencia reiterada del demandante al quebrantamiento de la garantía de la **dignidad humana**, como fuente de la pretendida exclusión probatoria, **la ocurrencia de desafuero de esa índole no se demostró**, en el entendido de que el mismo se presenta, por ejemplo, como *«efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante»*, según lo indicó la Corte en una de las citas previas; menos aún si resulta de elemental comprensión, que **tratándose de la interceptación de comunicaciones, la inmunidad de reserva a la intimidad de las personas en ese ámbito está permitida por la ley**, en circunstancias como las de este caso.

Ahora bien, cuando la censura por **falso juicio de legalidad** apunta a atacar la apreciación de la prueba bajo el supuesto de que ésta en sí misma estaba influida por la inobservancia de los presupuestos legales esenciales en su obtención o aducción, con incidencia perjudicial en derechos fundamentales de la parte contra la que se aporta, **conciernen al recurrente enunciar la regla o procedimiento inobservados, cuál fue la garantía transgredida y puntualizar en qué forma su patente infracción irradió efectos nocivos concretos**. De manera que **no es suficiente, a partir de la práctica probatoria más allá de los 6 meses fijados en la ley para adelantar la investigación previa**, platear genéricamente que se haya privado al acusado de la defensa técnica, de controvertir las pruebas de la Fiscalía y de presentar las de descargo; si no que fuerza, además, acreditar el efecto adverso específico, como resultado de la actuación probatoria irregular y la incidencia perjudicial en el sentido del fallo, más allá de escenarios figurados o inciertos.

En este caso, si bien el recurrente seleccionó adecuadamente la causal para desarrollar el cargo que se propuso demostrar, ninguno de los

supuestos antes dichos se logra visualizar de su extensa exposición, a través de la cual no consiguió avanzar más allá de recabar en la gran cantidad de informes presentados por los servidores de policía judicial, relacionados con las llamadas controladas por orden de la Fiscalía, mediante actos de investigación que se practicaron durante más de 25 meses de indagación previa.

Escaso e indemostrado es, igualmente, el argumento del recurrente, conforme al cual, los resultados obtenidos de los actos de investigación efectuados hasta el 11 de enero de 2007 o, cuando menos, hasta el 3 de mayo del mismo año (producto de conversaciones en las que invariablemente se valían de un lenguaje cifrado, al igual que comúnmente los interlocutores usaban apodos y recelaban que las comunicaciones no fueran seguras por lo que permanentemente cambiaban las líneas telefónicas, según se indica en las citas textuales que se hacen de los medios probatorios y de los fallos de instancia en la demanda) debieron bastar a la Fiscalía para vincular formalmente a algunas personas que, conforme a esas llamadas controladas, podrían estar implicadas en una organización criminal y en la actividad delictiva de la misma.

Al margen de aquello que para el demandante constituyó una desproporcionada e innecesaria extensión del plazo de la indagación previa, **su afirmación acerca de la «manifiesta violación y/o restricción de los derechos y garantías fundamentales», como la dignidad humana, el debido proceso, la defensa material y técnica, la oportunidad de presentar pruebas y de controvertir las obtenidas por la Fiscalía, no pasa de ser un enunciado abstracto**, no verificable en la realidad de la actuación procesal que se expone en la misma demanda y que se extracta, por igual, de las decisiones de instancia, en cuanto se revele que efectivamente DLTM afrontó la imposibilidad de debatir las pruebas con fundamento en las cuales fue condenado, por el hecho de que gran parte de ellas se hayan obtenido en el extendido plazo de la indagación preliminar; pruebas que el mismo demandante admite, en general, se restringieron a las interceptaciones telefónicas.

No puede pasar por alto la Corte la sinrazón de un planteamiento de ese jaez, **predicado de las escuchas que se efectuaron** entre el 11 de enero de 2007 y el 29 de julio de 2008, es decir, **más**

allá del término fijado en la ley para adelantar la investigación previa, exponiéndose como uno de los motivos de desaprobación la dificultad para el procesado de rememorar el contexto de las conversaciones, no así de los actos de investigación realizados dentro de los seis primeros meses, **sin que se demostrara un escollo insalvable al ejercicio de los derechos a la defensa o de contradicción.**

Entonces, es anodino pretender estribar el reproche en planteamientos especulativos como que difícilmente el acusado hubiera podido contrastar o responder genuinamente, en ejercicio del derecho de defensa, respecto de unas conversaciones cuya autoría se le atribuyó, por haber transcurrido un lapso prolongado desde cuando se grabaron, hasta el momento en que, tardíamente, se enteró de la investigación en su contra.

Así mismo, la Sala encuentra infundadas las sospechas de la defensa, en las que pretende sustentar la supuesta infracción a los artículos 311 , 318 y 320 del Código de Procedimiento Penal, referentes a que no fue la Fiscalía la encargada de dirigir los actos de investigación; que de manera irregular los investigadores interceptaron comunicaciones y después seleccionaron a su antojo cuáles llamadas eran transcritas y presentadas al proceso, basado en que no merecen crédito las explicaciones del investigador líder sobre la forma en que se enteraban de los números de algunas líneas telefónicas involucradas; o, de otra parte, que la información existente mucho antes de haberse decretado la apertura de instrucción excedía la rigurosamente indispensable para este fin.

Ninguno de esos genéricos y teóricos cuestionamientos de la defensa acredita una realidad concreta acerca de que durante la prolongación de la indagación preliminar, o posteriormente por efecto de la misma y el desconocimiento de su existencia por parte del acusado, se le hayan restringido indebidamente garantías fundamentales, con repercusión nociva en el adecuado ejercicio de la contradicción y de defensa luego de la apertura formal de la instrucción.

De esa estirpe son las apreciaciones del demandante en su aspiración de demostrar el yerro de derecho y su trascendencia perniciosa [...].

[...] Estas indicaciones que en esencia condensan el debate planteado por el recurrente en casación, no revelan particularmente cómo la actividad probatoria durante la indagación preliminar, que, afirma, se contrajo, «en esencia... a las interceptaciones telefónicas... intervención de mensajes de texto y correos electrónicos..., a algunas incautaciones de sustancia estupefaciente, que al decir de esos investigadores se lograron realizar por la oportuna información que ellos obtuvieron mediante esos actos de investigación...», redundó en menoscabo de las garantías del procesado durante el proceso, con efectos en la sentencia impugnada.

En el mismo orden, el demandante reprueba que el Tribunal esquivara abordar el tema desde la directriz que deriva de la sentencia C-033 del 28 de enero de 2003, en la cual se resolvió la demanda contra el artículo 126 de la Ley 600 de 2000, referente al derecho a la defensa del imputado durante la investigación previa.

Sobre el punto es preciso decir que **la Corte Constitucional no fijó una regla inamovible de exclusión probatoria o de invalidación de la actuación**, no obstante reiterar la necesidad de ofrecer al indiciado las garantías suficientes durante la indagación preliminar.

[...] En sentido similar la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-096 del 11 de febrero de 2003 sobre las garantías del indiciado durante la indagación previa y la restricción de acceso a la actuación cuando no ha rendido versión preliminar, con la finalidad de “asegurar los intereses generales de la reserva de la investigación penal y la eficacia de la administración de justicia en la investigación de los delitos”,[...]

[...] **De las orientaciones jurisprudenciales citadas**, que si bien afirman la necesidad y relevancia constitucional de preservar en toda la actuación las garantías fundamentales de quien pueda resultar implicado en un delito y, en concreto el derecho de defensa, así como la limitación del lapso durante el cual se debe desarrollar la investigación previa, **no se sigue que cualquier actividad probatoria** realizada por la Fiscalía durante ese trámite, en orden a verificar preliminarmente los hechos de una denuncia o información sobre actividades presuntamente delictivas, **tenga que comunicarse anticipada o subsiguientemente a su práctica a quien fortuitamente pueda resultar indiciado. Tampoco** se indica, por

tanto, **que, cumplido el plazo fijado en la ley, automáticamente la Fiscalía se vea obligada a cesar en los actos de investigación preliminar o que espontáneamente constituya irregularidad con efecto invalidante de las pruebas, la omisión de decretar la apertura de instrucción una vez la persona sea individualizada o identificada** en el entorno de la averiguación preliminar, o, finalmente, **que la extensión del término de esta actuación, por sí solo, apareje la infracción de garantías del investigado y acarree, como correlato, la exclusión probatoria.**

Por eso, ha dicho la Sala que “(...) *bajo el régimen de la Ley 600 de 2000, que regula este proceso, el recaudo de la prueba puede realizarse en las fases de instrucción o del juzgamiento, e inclusive dentro de la fase de indagación preliminar, y valorarse por el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia, sin limitación distinta de las que conciernen a su legalidad y licitud.*” (CSJ SP, 30 jun. 2010, rad. 32777).

La supuesta arbitrariedad de esa prolongación del término fijado en la ley, no se demuestra por el recurrente con la simple afirmación de que, en su opinión, la Fiscalía tenía información suficiente, que en términos del mismo defensor correspondía primordialmente a la establecida a través de la intervención de las comunicaciones telefónicas entre los integrantes de la organización delictiva, y había conseguido identificar plenamente al acusado, al menos desde el 3 de mayo de 2007; que, sin embargo, procuró el ente acusador atiborrar de pruebas de cargo la actuación para asegurar una acusación exitosa y privar a DTM de una oportuna y eficaz defensa.

Al contrario del alcance desmedido que se pretende dar por el impugnante a las directrices jurisprudenciales, se reconoce por la Corte Constitucional que la garantía del investigado de intervenir desde un comienzo en la etapa preprocesal, puede verse legítimamente limitada por el interés del Estado de asegurar “la eficacia de la administración de justicia en la investigación de los delitos” y la necesidad de garantizar que la labor probatoria no “se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas sobre los hechos o la posible responsabilidad de los implicados”, siempre que ello no se traduzca en un infranqueable riesgo de impedir arbitrariamente los derechos de contradicción y defensa o, más ampliamente, el debido proceso.

Menos puede arribarse a esa conclusión en este caso concreto, el cual, de la simple lectura del sustrato fáctico y de las sentencias de instancia, se percibe de alta complejidad, al punto que la información fuente de la indagación previa, al avanzarse en ella, según se extracta de lo afirmado por el mismo recurrente, involucró nuevos hechos y a otras personas, además de las inicialmente referenciadas, determinando la necesidad de que la Fiscalía se fuera enfocando en diversos actos de investigación.

De acuerdo con lo que viene de exponerse, es evidente que **el demandante no consigue elaborar una argumentación sólida, de la cual se pueda deducir que la demora en la apertura de instrucción o la omisión de comunicar al indiciado en ese momento coyuntural sobre la existencia de la investigación previa, implicó un obstáculo al ejercicio eficaz y oportuno del derecho a la defensa**, porque no concreta de qué manera esa situación repercutió arbitrariamente en las garantías integradoras del debido proceso, quedando el enunciado de la ilegalidad de las pruebas sin sustento suficiente, a pesar de las copiosas referencias a las mismas, cuya precaria o imposible confrontación por parte de la defensa no se acredita, con el propósito de determinar la presencia de irregularidad esencial en su

producción o aducción, que impusiera el deber de vedarlas de apreciación por los juzgadores, en aplicación de la cláusula de exclusión. A propósito, cabe indicar que una vez se decretó la apertura de instrucción y se ordenó la vinculación formal de los inculcados, la captura en el caso de DTM no pudo hacerse efectiva, y solo varios años después se conoció de la privación de su libertad por otros hechos delictivos.

En el mismo sentido, la demanda no se basta por sí sola para demostrar —como lo afirma el defensor— que la extensión del plazo de la investigación previa y la práctica probatoria dilatada, resultarían innecesarias y más bien implicarían un empeño ilegal de la Fiscalía, con la finalidad de impedirle al implicado aducir pruebas que estuviera en capacidad de aportar para su defensa o controvertir las existentes, en este caso concretadas, por demás, a la interceptación de llamadas a distintos abonados telefónicos utilizados por diversas personas, y mensajes de texto, resultando las incautaciones de cocaína asunto imprevisto, no controlado por el ente investigador.

En consecuencia, el reproche es inadmisibles».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

29. JUZGADOS PENALES DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Su competencia los habilita para conocer de actuaciones de tal naturaleza, aun cuando la legislación que rija su trámite sea anterior a la que ordenó su creación

Al definir la *colisión negativa de competencia* planteada entre dos *Juzgados Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio* de distintos Distritos Judiciales, la Sala encontró oportuno *variar el precedente jurisprudencial*, en el sentido de precisar que este tipo de Despachos sí se encuentran habilitados para conocer de las actuaciones, así la legislación que rija su trámite sea anterior a la que ordenó su creación. De este modo, *radicó*

el conocimiento del asunto siguiendo los parámetros de la Ley 793 de 2002, pese a que el Estrado Judicial hubiese sido creado con ocasión de una normatividad posterior, como lo es la Ley 1708 de 2014.

AP3085-2019 (55794) del 31/07/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición: los procesos iniciados luego de la

promulgación de la Ley 1708 de 2014 se registrarán por esta codificación || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición:** Ley 793 de 2002 y Ley 1708 de 2014 || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición:** reglas de aplicación establecidas por la Corte Suprema de Justicia || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición:** los procesos iniciados durante la vigencia de la Ley 793 de 2002 deberán agotarse íntegramente con apego a esa normatividad || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 de 2014) - Juez competente:** Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio del lugar donde se ubica el bien || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** variación || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 de 2014) - Competencia:** de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio, no está restringida por la implementación de la norma que dispuso su creación || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 de 2014) - Competencia:** de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio, los habilita para conocer de las actuaciones, aun cuando la legislación que rija su trámite sea anterior a la que ordenó su creación

«Sostenía la jurisprudencia de la Sala que la Ley 1708 de 2014 era de aplicación inmediata. Por ende, los trámites de extinción de dominio iniciados antes de su promulgación debían ajustarse al procedimiento allí establecido, con excepción de lo atinente a las causales de procedibilidad de la acción.

En efecto, la inicial interpretación del artículo 217 de esa codificación, que trata sobre el régimen de transición planteaba:

“...el aludido régimen de transición solamente está referido a las causales de extinción de dominio legalmente contempladas al dictarse la resolución de inicio, y no comprende las restantes instituciones sustanciales o procesales contenidas en las diferentes normas que han regulado el tema. En consecuencia, en la actualidad la ley vigente -y aplicable al sub examine- es la 1708 de 2014, salvo por las excepciones a las que se ha hecho referencia, dentro de las cuales no se encuentran las disposiciones atributivas de competencia”.

Esa postura, no obstante, fue modificada en providencia CSJ AP, 21 nov. 2018, rad. 52.776. La nueva hermenéutica de la disposición en referencia establece que **las reglas para**

determinar la competencia en casos de extinción de dominio son las siguientes:

(i) Los procesos de extinción de dominio iniciados durante la vigencia de la Ley 793 de 2002 deberán agotarse íntegramente con apego a esa normatividad.

(ii) Los procesos de extinción de dominio iniciados durante la vigencia de la 1453 de 2011 deberán agotarse íntegramente con apego a esa normatividad.

(ii) Los que hayan comenzado luego de la promulgación de la Ley 1708 de 2014 se registrarán por esta codificación, y también se adelantarán con apego a ésta aquéllos que, aun habiendo iniciado antes de su entrada en vigor, tengan origen en una causal de extinción de dominio distinta de las señaladas en los numerales 1° a 7° del artículo 2° de la Ley 793 de 2002, o diferente de las establecidas en el artículo 72 de la Ley 1453 de 2011.

Precisado lo anterior, resulta indiscutible que si el proceso inició en vigencia de la Ley 793 de 2002, la actuación debe agotarse en su integridad conforme a esa legislación. Hipótesis que se presenta en el asunto bajo examen.

Como bien lo refirió el Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá, la resolución de inicio del trámite de extinción de dominio contra el inmueble de propiedad de EJ PG y RAGS fue proferida el 22 de octubre de 2010, esto es, en vigencia de la normatividad señalada, antes de la promulgación de la Ley 1453 de 2011.

Por ende, **la norma que determina la competencia en el presente asunto es la establecida en el original artículo 11 de la Ley 793 de 2002**, según la cual:

ARTÍCULO 11. [...] *Corresponde a los jueces penales del circuito especializados, del lugar en donde se encuentren ubicados los bienes, proferir la sentencia que declare la extinción de dominio. Si se hubieren encontrado bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez, determinado por reparto, de aquel distrito que cuente con el mayor número de jueces penales del circuito especializados. La aparición de bienes en otros lugares, posterior a la resolución de inicio de la investigación, no alterará la competencia.*

En este caso, el bien sobre el cual versa la presente actuación está ubicado en la ciudad de Manizales (Caldas). Según el mapa judicial de los

Juzgados Penales de Circuito Especializado de Extinción de Dominio en el territorio nacional, establecido en el Acuerdo PSAA16-10517, emitido el 17 de mayo de 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura, le corresponde al Distrito Judicial de la ciudad de Pereira, los asuntos de competencia de los distritos judiciales de esa ciudad, y los de “Armenia y Manizales”

En reciente providencia CSJ AP, 18 jun. 2019, rad. 55224, la Corte, tras realizar una interpretación del artículo 215 de la Ley 1708 de 2014, sostuvo que el acuerdo en referencia fue proferido “**para la aplicación irrestricta**” de esa normatividad, de manera que no resultaba aplicable a los procesos de extinción del derecho de dominio tramitados bajo la égida de la Ley 793 de 2002.

Esa postura, sin embargo, debe recogerse. La interpretación gramatical y teleológica de la norma en comento no permite arribar a esa consideración. Independientemente de que la creación de esos despachos judiciales haya surgido con ocasión de la implementación de la Ley 1708 de 2014, ello no significa que se haya restringido su competencia y que no

estén facultados para conocer actuaciones adelantadas bajo las legislaciones anteriores.

La creación de despachos judiciales en diferentes ciudades del país garantiza la pronta y celeridad de la administración de justicia. **Permite que la función jurisdiccional no se concentre en una sola urbe como suele suceder con el Distrito Judicial de Bogotá, y que, además, en casos como el presente, la regla de competencia establecida en el artículo 11 de la Ley 793 de 2002 tenga efectos prácticos.**

Así las cosas, para la Sala, **los Juzgados Penales de Circuito Especializados de Extinción de Dominio del territorio nacional están habilitados para conocer de las actuaciones de esa naturaleza, aun cuando la legislación que rija su trámite sea anterior a aquella que ordenó su creación.**

Por tanto, en este caso, se concluye sin dificultad que la actuación debe ser asignada al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Pereira».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

30. LAVADO DE ACTIVOS

Para su configuración no exige que el sujeto activo tenga un deber legal de evitación ni posición jurídica de garantía

En la determinación por medio de la cual no se casó la sentencia impugnada, la Sala encontró fundamental referirse al tipo penal de *Lavado de Activos*, en orden a precisar que para su estructuración no demanda que el sujeto activo tenga un *deber legal de evitación* ni tampoco una *posición jurídica de garantía*, sino que basta que incurra en cualquiera de los *verbos rectores* que lo describen. En este sentido, recordó que se trata de un comportamiento distinto del referido a la *omisión de control*.

SP3208-2019 (51092) del 06/08/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LAVADO DE ACTIVOS - Diferente a la omisión de control || LAVADO DE ACTIVOS - Se configura: mediante la prestación del servicio de corresponsalia no bancaria para el blanqueo de dineros del narcotráfico || **LAVADO DE ACTIVOS - Configuración:** no exige que el sujeto activo tenga un deber legal de evitación ni posición jurídica de garantía || **LAVADO DE ACTIVOS - Se configura:** ante la realización de cualquiera de los verbos rectores

«[...] el recurrente pierde de vista que la atribución de responsabilidad contra MO no lo fue por una conducta omisiva, sino porque **de**

manera dolosa, con conocimiento del origen ilícito de los recursos y con la voluntad de ocultarlo, **utilizó el servicio** de “Conavitel” que regentaba **para incorporar en el sistema financiero esos fondos y darles apariencia de legalidad**.

Véase que a MO se le señaló de prestar un aporte activo a la cadena del blanqueo de capitales distinto del escueto incumplimiento de un deber de control que, según el censor, no le era exigible; en concreto, se le acusó porque *"conocía al señor AJH y a otros miembros de la banda criminal Los Traquetos, estructura armada que era liderada por el ex jefe paramilitar DFMB, así como de sus actividades ilícitas, y... prestó el servicio de Conavitel para circular estos fondos espurios por el sistema bancario con la finalidad de OCULTARLOS y separarlos de su origen ilícito"*.

[...] Frente a tales premisas fácticas, la controversia que propone el demandante resulta en todo irrelevante; si la enjuiciada tenía o no la obligación de ejercer controles para el lavado de activos, o bien, si contaba o no la capacidad contractual de rechazar ciertas transacciones, son circunstancias que nada tienen que ver ni con los hechos por los que fue acusada, ni con la estructura típica del delito por el que se le condenó.

Dicho de otro modo, si a MO **no se le acusó por incumplir un deber de vigilancia** ni se le sentenció por ese hecho, ni **tampoco se le atribuyó la comisión de un tipo penal cuya configuración reclame que el sujeto activo se encuentre en una posición jurídica por virtud de la cual dicho deber le sea exigible**, deviene, como consecuencia lógica de todo ello, que las quejas planteadas no guardan ninguna relación con las bases jurídicas y probatorias del fallo de segundo grado, ni pueden entonces rebatirlo.

Y es que, precisamente, el recurrente parece entender que el punible de lavado de activos sólo puede ser cometido por quien tenga **obligaciones legales de control**, con lo cual **confunde dicho ilícito con aquellos a los que sí subyace el incumplimiento de un deber de origen normativo**, en concreto, los definidos en los artículos 325, ya mencionado, y 325A. En contraste con estos, el comportamiento definido en el artículo 323 no presupone la existencia de un deber de tal naturaleza ni demanda la concurrencia de una cualificación especial en el agente.

Nótese que la primera de tales conductas la comete *«el miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo»*, mientras que la segunda, *«aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo»*.

Como se ve, a ambas especies típicas subyace una posición jurídica especial del agente a partir de la cual le son exigibles una serie de deberes de control derivados de la normatividad especializada pertinente; en contraste, el artículo 323 del Código Penal, modificado por la Ley 747 de 2002, por el cual MO fue acusada y sentenciada, prevé, en lo pertinente, que:

El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediano o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichos actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de seis a quince años y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este evento, y distinto a lo que sucede con los ilícitos atrás reseñados, **la comisión del delito no exige que el sujeto activo tenga un deber legal de evitación, de suerte que se materializa ante la realización de cualquiera de los verbos rectores allí establecidos, con absoluta independencia de la existencia de una posición jurídica de garantía**.

En todo caso, y en línea el razonamiento expuesto, esta Corporación ha sostenido que «no se... puede predicar... el simple delito de omisión de control (de quien) ... hizo parte del andamiaje para llevar a cabo el lavado de activos», de suerte que -se reitera- el reparo presentado carece de toda entidad para controvertir los pilares jurídicos y fácticos de la sentencia condenatoria de segunda instancia.

Las consideraciones que anteceden bastan para desestimar el cargo subsidiario presentado por el defensor de BNMO, por lo cual **no se casará** el fallo impugnado, máxime que la Sala no avizora violaciones de los derechos fundamentales de la procesada que hagan necesaria su intervención oficiosa».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

31. NON BIS IN IDEM

Se vulnera cuando se incluye en la tasación de la pena la misma circunstancia fáctica como tipo penal básico y como agravante

La Sala *casó parcialmente* el fallo de Tribunal, al advertir que infringió el principio de *non bis in idem*, toda vez que dedujo al procesado el *tipo penal básico* de *concierto para delinquir*, y al mismo tiempo la *circunstancia de agravación* del *hurto*, referida a la reunión o acuerdo previo de dos o más personas para su comisión, con lo que sancionó dos veces el mismo parámetro de hecho. En consecuencia, procedió a la *redosificación punitiva*.

SP1549-2019 (49647) del 30/04/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Concurso con hurto agravado por coparticipación criminal || **NON BIS IN IDEM - Concepto e hipótesis** || **NON BIS IN IDEM - Concierto para delinquir y hurto agravado** || **NON BIS IN IDEM - Elementos:** identidad de sujeto, objeto y causa || **NON BIS IN IDEM - Se vulnera:** cuando se incluye en la tasación de la pena la misma circunstancia fáctica como tipo penal básico y como agravante || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera**

«Para el demandante, la sentencia del Tribunal vulneró el artículo 29 de la Constitución Política

porque desconoció la garantía de *non bis in idem* en la medida que consideró simultáneamente el motivo de agravación contenido en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal y el delito de concierto para delinquir del artículo 340 del Código Penal, que tienen el mismo soporte fáctico, esto es, perpetrar el hecho punible por plural número de personas.

Pues bien, acorde con la jurisprudencia constitucional y penal, el **derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho—non bis in idem—**, establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, **comprende las siguientes hipótesis:**

a) La prohibición de investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya ha sido juzgada en un proceso penal anterior, sea que haya sido absuelta o condenada.

b) La prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

Esta última hipótesis se presenta en el caso examinado porque **el motivo de agravación** contenido en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal, **referido a que dos o más personas hubiesen acordado cometer el hurto, coincide con los elementos centrales de la descripción típica del delito de concierto para delinquir** del artículo 340 del Código Penal.

En efecto, el artículo 340 del Código Penal sanciona la conducta de **concertarse con el fin de cometer hechos delictivos**, mientras que el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal agrava la sanción, entre otras hipótesis, cuando es cometido **«por dos o más personas que se**

hubieren reunido o acordado para cometer el hurto».

Sobre el particular, la Corte ha precisado que «*cuando varias personas se reúnen o acuerdan cometer un hurto, circunstancia que agrava la conducta, su imputación excluye el concierto para delinquir, del mismo modo que este impide la imputación de esa causal y no el concurso entre ambos delitos, si la asociación reúne las características propias del atentado contra la seguridad pública...En el asunto, se imputó el concierto para delinquir por el número de partícipes y el modus operandi en la ejecución del delito de hurto, al mismo tiempo que el atentado contra el patrimonio fue agravado por la pluralidad de personas, lo que evidencia la transgresión de la garantía de non bis in ídem*» (CSJ SP 24/10/12, rad. 35116; 8/2/12, rad. 38060).

En otras palabras, **la causal de agravación punitiva** —ser cometido por dos o más personas que se hubiesen reunido o acordado para cometer el delito— **se refiere a la misma circunstancia tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal** de concierto para delinquir, **por manera que se infringe el principio non bis in ídem al considerarlas en forma simultánea.**

Por demás, tanto el delito autónomo como la agravante buscan sancionar con mayor rigor a quienes acuerdan la comisión de delitos, con el propósito de salvaguardar la seguridad pública, indiscutiblemente afectada cuando se pacta la

comisión de delitos indeterminados o la realización de un específico hecho delictivo.

Adicionalmente, la sanción, en ambos casos, se establece en el ordenamiento punitivo nacional, luego ambas **comparten el mismo fundamento normativo.** Y, por último, **persiguen finalidades iguales,** es, decir, reprochar penalmente el acuerdo criminal para la comisión de conductas delictivas, con lo cual se satisface la triple exigencia de identidad de sujeto, objeto y causa.

Obró correctamente la primera instancia, en consecuencia, **al** desestimar la circunstancia de agravación del delito de hurto a efectos de **no sancionar dos veces el mismo supuesto fáctico,** con mayor razón cuando, en el caso analizado, el concierto para delinquir tiene un espectro más amplio y se identifica de mejor manera con el actuar de los procesados, en la medida que como integrantes del grupo delincuenciales orientaron su comportamiento a cometer pluralidad de delitos, entre ellos, secuestro, hurto, porte de armas.

Es manifiesto, entonces, que **el Tribunal afectó la garantía del debido proceso en su variante non bis in ídem al incluir en la tasación de la pena la misma circunstancia fáctica como tipo penal básico y como agravante.** Por ende, **la Corte casará parcialmente el fallo impugnado** para declarar que en la conducta atribuida al procesado no concurrió la agravante contenida en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal, referida a la realización «por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado» cometer el delito».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

32. NOTIFICACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA

Siempre tiene que hacerse respecto del procesado privado de la libertad, el delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público (Ley 600 de 2000).

La Sala decidió *no casar* el fallo recurrido, en el que se impuso condena a la procesada como autora responsable del delito de *lavado de*

activos, para lo cual desestimó las alegaciones plasmadas en el recurso, orientadas a la invalidación de la actuación por la presunta irregular tramitación del recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía. A este respecto, recordó que, en el sistema de la Ley 600 de 2000, la *notificación personal de la sentencia* siempre debe hacerse al *procesado privado de la libertad, al delegado de la Fiscalía y al representante del Ministerio Público,* y que la supletoria por edicto, está diseñada únicamente

para sujetos procesales distintos a los anteriores, que no tienen la obligación de enterarse personalmente de su contenido. De allí, infirió adecuado el procedimiento impartido al asunto, descartando así la vulneración del *debido proceso* invocada.

SP708-2019 (49398) del 6/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE APELACIÓN - Oportunidad ||
SENTENCIA - Notificación: edicto ||
SENTENCIA - Notificación personal: siempre tiene que hacerse respecto del procesado privado de la libertad, el delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público ||
NOTIFICACIÓN - Por edicto: supletoria de la notificación personal, para los sujetos procesales que no están obligados a enterarse personalmente de su contenido || **SENTENCIA - Notificación por edicto:** no puede hacerse respecto del privado de la libertad, el delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público || **SENTENCIA - Notificación personal:** respecto del procesado privado de la libertad, el delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público, es posible que se produzca con posterioridad a la publicación del edicto ||
NOTIFICACIÓN PERSONAL - Deber de notificar al Fiscal Delegado || **PROVIDENCIAS** - Ejecutoria ||
RECURSOS - Oportunidad para interponerlos ||
NULIDAD - Debido proceso: no se configura

«Con fundamento en la causal 3° del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el casacionista alega que se violó el **debido proceso** cuando el juzgado de primera instancia concedió el recurso de apelación que la Fiscalía interpuso por fuera del término establecido en el artículo 186 ibídem y ello condujo a que la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior [...] revocara la sentencia absolutoria de primer grado proferida a favor de su representada.

Según se afirma en la demanda, la sentencia de primera instancia fue emitida el 9 de mayo de 2013. El día 10 del mismo mes y año se notificó personalmente la sentencia a la procesada privada de la libertad, a los defensores y al

Ministerio Público. En esa misma fecha, el juzgado libró citación a la delegada de la Fiscalía para que compareciera a notificarse de forma personal. Ante su inasistencia, se libró nuevamente citación el 4 de junio. Finalmente, la Fiscal se notificó de forma personal el 11 de junio y junto a su firma escribió la palabra “apelo”. El 12 de junio sustentó el recurso.

El edicto se fijó entre el 20 y el 24 de junio de 2013. Según obra en la constancia dejada por el Centro Administrativo de Servicios, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá cobró ejecutoria el 27 de junio siguiente. El 28 de junio se ordenó dejar el expediente a disposición de los recurrentes durante cuatro (4) días para la respectiva sustentación y el 5 de julio se empezó a contabilizar el término de traslado a los no recurrentes, que venció el 10 de julio. Al día siguiente, 11 de julio, el juzgado concedió los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y el defensor de JFNM y LSSQ

Por su parte, el defensor de NJOL expuso que los términos debieron contabilizarse de la siguiente manera: luego de librarse la primera comunicación telegráfica que se le envió a la Fiscalía el 10 de mayo de 2013, el edicto debió fijarse entre el 17 y el 22 de mayo. Eso significa, dice, que siguiendo las reglas establecidas en el artículo 186 de la Ley 600 de 2000, los sujetos procesales tenían plazo hasta el 27 de mayo para apelar la sentencia, pero la Fiscalía solo lo hizo hasta el 11 de junio siguiente, cuando el fallo ya había cobrado ejecutoria y la absolución decretada a favor de su representada había hecho tránsito a cosa juzgada.

Al verificar el conteo de los términos que efectúa el defensor, de entrada se advierte que sus apreciaciones erradas surgen de su desconocimiento o falta de aplicación del **artículo 178 de la Ley 600 de 2000**, en el que se **establece el deber de notificar de forma personal al procesado privado de la libertad, así como a los representantes del Ministerio Público y de la Fiscalía.**

Cuando se trata de sentencias, el artículo 180 ibídem exige su notificación mediante edicto “*si no fuere posible su notificación personal dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición*”, entendiéndose que la misma queda surtida al momento de su desfijación. **La notificación por edicto**, se sabe, **es de carácter supletorio y solo procede**, como así lo indica la norma, **cuando no**

ha sido posible dar a conocer el contenido del fallo a los sujetos procesales que no están obligados a enterarse personalmente de su contenido.

Si se trata del procesado privado de la libertad, del delegado de la Fiscalía o del Ministerio Público, su notificación deberá surtirse siempre de forma personal. Para cumplir con tal finalidad, las autoridades acuden a las citaciones que se realizan por el medio más expedito (telegrama, correo electrónico, etc.) y con ello garantizan la comparecencia del sujeto procesal a la sede judicial para enterarlo personalmente de la decisión.

En concreto: **ninguno de los tres sujetos procesales a que hace alusión el artículo 178 de la Ley 600 de 2000 puede ser notificado por edicto, por estado (si se trata de autos), o por cualquier otro medio distinto a la notificación personal.** Sin perjuicio de la notificación supletoria, se entenderá que una providencia no está legalmente notificada hasta cuando los obligados a notificarse personalmente comparecen a cumplir con ese deber procesal.

Es por eso que **puede ser posible**, por ejemplo, **que la notificación personal del procesado privado de la libertad, del representante de la Fiscalía o del agente del Ministerio Público se produzca con posterioridad a la publicación del edicto** y ello en manera alguna incide en los términos de ejecutoria, pues como así lo indica el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal de 2000, estos se empezarán a contabilizar después de notificadas las providencias, independientemente de si la última notificación fue por edicto o de forma personal.

Existen actos procesales que por ley son obligatorios, como es el caso de las notificaciones. Entonces, **si la ley establece que a determinados sujetos procesales se les debe notificar personalmente, ningún otro tipo de notificación puede colmar ese mandato legal.** Como ocurrió en el caso que se examina, si no hubo notificación personal de la Fiscalía dentro del término establecido en el artículo 178 ibídem, es claro que esa ritualidad insoslayable se tenía que producir, y a partir de ese momento, empezar a contabilizar el término para interponer el recurso o declarar la ejecutoria de la providencia. Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala, en consonancia con la norma en cita, de tiempo atrás viene señalando que **la Fiscalía tiene que ser notificada personalmente de las**

decisiones que sean susceptibles de ser recurridas, lo cual se erige en presupuesto ineludible de su ejecutoria (Cfr. CSJ AP, 23 sep. 2003, rad. 20561, CSJ AP, 30 nov. 2006, rad. 25962, CSJ SP 8072-2017).

Un razonamiento distinto, como el que propone el defensor de NJOL, además de evidenciar un mal entendimiento del artículo 178 ibídem y su confusión entre los conceptos de citación y notificación, conduciría a fijar la premisa absurda de que siempre, tratándose de sentencias, la última notificación va a ser la publicación del edicto y a partir de la fecha de su desfijación, los sujetos procesales contarían con tres (3) días para interponer el recurso de apelación, so pena de que la decisión alcance su ejecutoria.

Antes bien, la correcta intelección de las normas cuya inaplicación denuncia el demandante para estructurar la causal de casación alegada se puede resumir en las siguientes proposiciones: **(i) el procesado privado de la libertad, el delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público siempre tienen que ser notificados de forma personal** (art. 178 Ley 600 de 2000); **(ii) la publicación del edicto nunca suple la notificación personal de aquellos** que por ley deben enterarse de la decisión de esta manera; **(iii) a través del edicto se pueden notificar aquellos sujetos procesales que no comparecieron a hacerlo personalmente** (artículo 180 ibídem), **siempre y cuando no se trate del procesado privado de la libertad, el delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público** (CSJ SP, 30 may. 2007, rad. 23047, CSJ AP, 14 ago. 2007, rad. 28011, CSJ AP 1563-2016).; **(iv) el plazo para interponer los recursos** se empieza a contabilizar desde la fecha en que se dictó la providencia hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días, contados a partir de la última notificación, cualquiera que esta sea -personal, por edicto, por estado, en estrados, etc.- (artículo 186 ibídem); y (v) una providencia cobra **ejecutoria** tres (3) días después de la última notificación, cualquiera que esta sea, si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.

En estas condiciones es claro que **la manifestación de impugnar efectuada por la delegada de la Fiscalía** (11 de junio de 2013), **así como su respectiva sustentación** (12 de junio de 2013), **resulta oportuna** ante el hecho evidente de que su interposición se produjo el

mismo día en que fue notificada personalmente de la sentencia proferida por el Juzgado [...] Penal del Circuito Especializado [...].

Por lo tanto, **no hay ninguna irregularidad sustancial que afecte el debido proceso y amerite declarar la nulidad de lo actuado** a partir del auto mediante el cual el Juzgado

Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá concedió el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía contra la sentencia absolutoria proferida el 9 de mayo de 2013 a favor de NJOL.

El cargo **no prospera**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

33. PECULADO POR APROPIACIÓN

Se configura entre entidades públicas, cuando las sumas o bienes recibidos por el contratista no se destinan a su objeto social, sino al beneficio patrimonial de terceros

Al decidir no casar el fallo condenatorio impugnado, la Sala advirtió la necesidad de referirse a los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*, para precisar, entre otros aspectos, que el último de los comportamientos sí puede configurarse en *contratos interestatales*, cuando las sumas o bienes recibidos por el contratista no son destinadas a su *objeto social* sino al *beneficio patrimonial* de terceras personas, todo, mediante el despliegue de actos de corrupción, en los que se utiliza irregularmente la modalidad de *contratación directa* y la figura de *intermediación*.

SP2653-2019 (53479) del 17/07/19

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - **Cooperativas y asociaciones territoriales:** contratación directa, no surge del capricho, interés particular o discrecionalidad del contratante || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - **Cooperativas y asociaciones territoriales:** contratación directa, el contratante debe verificar que la entidad

seleccionada para prestar el servicio, actúa de manera directa y no como intermediaria || **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - **Configuración:** a través de un acto corrupto || **PECULADO POR APROPIACIÓN** - **No se configura:** entre entidades públicas, al ser atípico por no ser predicable detrimento entre organismos estatales || **PECULADO POR APROPIACIÓN** - **Elementos:** el tercero al que se refiere la norma debe entenderse un particular || **COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES TERRITORIALES** - **Naturaleza:** Ostentan la condición pública, como instituciones oficiales || **PECULADO POR APROPIACIÓN** - **Se configura:** entre entidades públicas, cuando las sumas o bienes recibidos por el contratista no se destinan a su objeto social, sino al beneficio patrimonial de terceros || **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - **Configuración:** como delito medio dirigido a la obtención de incremento patrimonial ilícito constitutivo de peculado || **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - **Concurso con peculado por apropiación** || **PECULADO POR APROPIACIÓN** - **Cuántía** || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - **Apelante único:** no se puede hacer más gravosa su situación

«Lo anotado en líneas anteriores respecto del delito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, sirve de soporte suficiente para desestimar el segundo cargo propuesto por el demandante en casación.

En efecto, el demandante busca entronizar, como soporte de la ausencia de detrimento patrimonial, la facultad que supuestamente poseía el burgomaestre local de acudir al mecanismo de **contratación directa**, que estima completamente legal en el caso concreto.

Como se anotó ya, **no es discrecional del alcalde municipal acudir a este mecanismo**, pues, **debe verificar previamente que a través del mismo no opere una simple intermediación**; pero, además, está sujeto a normas específicas que le obligan a otorgar condiciones de igualdad y evitar desmedro patrimonial.

De esta manera, nunca en el cargo el recurrente explicó en qué consiste la omisión probatoria que atribuye al Tribunal, pues, finalmente, la controversia se limita a buscar desestimar las razones que llevaron a ambas instancias a verificar no solo el desconocimiento de mínimos legales en el trámite presupuestal, sino el efectivo detrimento patrimonial que ello aparejó.

La Corte tiene que afirmar, de conformidad con lo probado, que efectivamente **la intervención irregular del acusado en el trámite contractual, al escoger para el mismo, con pleno conocimiento de ello, a una entidad que apenas ejerció una tarea de intermediación**, si elevó sustancialmente el costo de la motoniveladora y de ello tuvo, también, suficiente conocimiento desde el mismo momento en que decidió acudir al mecanismo de contratación directa.

Es que, si de verdad, como lo pregona el procesado aupado por su defensor, se hizo una labor previa que permitió conocer el valor de la máquina en el mercado, incluso con verificación expresa ante los directos importadores y distribuidores -entre ellos [...] y [...]-, era evidente que su valor habría de ser inferior a quinientos millones de pesos y, en consecuencia, no existía razón para realizar una apropiación presupuestal de seiscientos millones de pesos; ni mucho menos, aceptar la oferta de la Cooperativa, que superaba en setenta y nueve millones de pesos el precio original.

No es solo que objetivamente se puede verificar inconcusa la enorme diferencia de precios, sino que en modo alguno ella podía explicarse en atención a algún tipo de labor trascendente adelantada por [...], en tanto, como se vio, emergió inocua, en simple intermediación formal, que ningún gasto o erogación importante debió representarle, descartado como se encuentra, a pesar de lo declarado por el representante legal de la Cooperativa, que tuviese que almacenar, equipar, acondicionar o siquiera transportar la motoniveladora a su lugar de destino.

En este sentido, cuando menos absurdos se ofrecen los ítems que pretendió hacer valer el gerente en cuestión en su declaración, referidos a supuestos gastos de alquiler de oficina en Bogotá y pago de sus empleados, cuando ostensible se aprecia que desde un principio el contacto operó directo entre la comercializadora y el municipio.

Debe la corte reiterar que **en este caso se observa indiscutible el tipo de corrupción que permiten las normas porosas de contratación**, asumidas como especie de mampara para eludir el proceso licitatorio que el monto del contrato reclamaba.

Es por ello que **no asiste la razón al demandante cuando pregona** en el tercer cargo (subsidiario), **que en el caso concreto no se perfeccionó el delito de peculado por apropiación**, simplemente porque el supuesto exceso en el valor de la máquina adquirida por el municipio de Paipa, no fue a parar a manos de un particular, sino que ingresó en el patrimonio de otro ente estatal, como así debe estimarse la Cooperativa [...].

A este respecto, si bien, **la más reciente postura de la Corte sobre el particular**, detalla que en asuntos similares no se cumplen los presupuestos del tipo objetivo de peculado, en tanto, **el tercero al que se refiere la norma debe entenderse un particular y no es factible pregonar detrimento patrimonial entre organismos estatales**, es lo cierto que, precisamente, la concreta actuación que aquí desplegó la Cooperativa, permite advertir cómo, en su esencia, lo pactado no representa el dicho convenio interadministrativo.

Debe la Sala, eso sí, partir por aceptar que, en efecto, **la Cooperativa [...], opera como institución oficial**, pues, está conformada en calidad de unidad jurídica por varios municipios [...], creada mediante acuerdos municipales y con apropiaciones presupuestales destinadas a este efecto.

Al respecto, cabe destacar que el Consejo de Estado en reiterados conceptos ha advertido de **la condición pública de estas cooperativas**, dado el origen de sus dineros, su forma de creación y las actividades que desarrollan.

Sin embargo, la Corte entiende necesario precisar que la verificación de que no se materializa el delito de peculado en estos casos, pasa por

asumir que los dineros obtenidos por el mismo se destinan a cumplir con sus fines societarios.

Ello porque es adecuado sostener que no hubo, en estricto sentido, algún tipo de pérdida o detrimento para el erario público, dado que se realizó un traslado de dineros desde una entidad a otra y los mismos se utilizan en satisfacer necesidades públicas, así no se trate de aquellas propias del contratante.

No obstante, en el trámite objeto de estudio lo observado dista mucho de ello, pues, en su calidad de alcalde municipal, el acusado se valió de la Cooperativa, apenas como fachada para generar un detrimento que en nada favoreció a la entidad contratista.

En este sentido, se observa bien discutible el comportamiento contractual e incluso procesal del gerente de la cooperativa en cuestión, quien no solo aseveró, en contra de la evidencia, que la motoniveladora efectivamente se encontraba, previo a la negociación con el municipio [...], en su stock, sino que además hizo llegar una relación de gastos que por su evidente impropiedad verifican la materialidad del peculado.

Esto por cuanto, importa destacar, si el gerente en cuestión da cuenta de unas sumas evidentemente ajenas en su destino a sufragar esos inexistentes gastos, cabe concluir que las mismas no pudieron ingresar, en cuanto ganancia o efecto de la intermediación, a la Cooperativa, para cumplir sus fines sociales.

El desvío de esas sumas hacia particulares, o cuando menos, terceros diferentes de la Cooperativa, informa que no se cumple el presupuesto básico bajo el cual estimar atípico el delito de peculado entre entidades oficiales: que las sumas o bienes recibidos por el contratista se destinen a su objeto social y no a manos de particulares o terceros, por la potísima razón que aquí se hace imposible sostener que lo apropiado pasó de una entidad oficial a otra.

En estas condiciones, es necesario significar que la sentencia condenatoria por el delito de **peculado** se aviene completamente con los hechos, las normas que regulan la conducta y las pruebas que certifican la intervención directa y dolosa del acusado, pues, cabe agregar **para perfeccionar el tipo penal, ostensible surge que con la utilización de un intermediario, a manera de delito medio, el municipio pagó** por

la máquina setenta y nueve millones de pesos **más de su valor**, en caso de haberla comprado directamente al distribuidor [...], acorde con la certificación que esta misma compañía expidió con respecto al costo de la motoniveladora en el mercado.

Lo expuesto en precedencia, de igual manera, permite desvirtuar el argumento central del cargo planteado por el demandante, dirigido a señalar que la jurisprudencia de la Sala impide condenar por el delito de peculado, en cuanto, entiende, siempre que se trate de contratos entre entes públicos, se estima inexistente la apropiación que signa el tipo penal en cuestión.

Es claro que lo deducido por **el recurrente parte de una interpretación parcial y descontextualizada de lo consignado por la Sala.**

[...] **No es**, como se verifica textualmente en la cita, **que la Corte establezca un criterio único e inamovible del cual se siga que en todos los casos de contratos interestatales, de entrada, emerge atípica la conducta de peculado, sino que la definición del tópico pasa siempre por auscultar si los dineros fueron o no utilizados en el objeto social de la entidad que los percibe.**

En el caso antes fallado por la Sala, el punto nodal de absolución a partir de la atipicidad objetiva de la conducta, vino consecuencia expresa de que se entendió utilizado el dinero percibido por la entidad contratista, en su objeto misional -o, cuando menos, nunca fue planteado, ni mucho menos investigado o demostrado, lo contrario-.

Junto con ello, es necesario destacar, la decisión proferida por la Corte examinó el delito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, allí atribuido también a la procesada, y pudo constatar que no se utilizó, como en este asunto, **a título de delito medio para perfeccionar el peculado**, pues, verificó inexistente el elemento subjetivo del tipo, por ocasión de la posible existencia de un error de tipo en el actuar de la acusada.

Ello, huelga anotar, **se diferencia bastante de lo aquí discutido**, en tanto, como antes se reseñó, el contrato se edificó con el fin de obtener un dinero excedente por la intermediación en la compra de la motoniveladora, jamás destinado a soportar el objeto social de la Cooperativa [...].

Ahora bien, para agregar otros argumentos respecto de la desestimación del segundo cargo propuesto en la demanda de casación por el recurrente, remitido a que nunca se demostró algún detrimento patrimonial, es necesario señalar que el soporte de tal postulación ha sido suficientemente desvirtuado en líneas anteriores, a partir de definirse que no se trata, efectivamente, de un contrato interadministrativo completamente legal, de lo cual se sigue, entonces, que carece de asidero la afirmación del demandante atinente a que la intermediación simplemente generó para la Cooperativa una ganancia amparada por la ley y destinada a su objeto social, manifestación, esta última, que también fue desvirtuada.

Y, aunque el gerente de la sucursal de [...], acudió a declarar que probablemente, en caso de licitación, el precio del bien podría subir su costo, es lo cierto que esa manifestación, a más de evidentemente dirigida a favorecer al acusado -entre otras razones porque se advierte bastante particular la forma en que la compañía intervino en la tramitación, supliendo por completo la supuesta actividad que debería desarrollar la Cooperativa-, se torna por completo hipotética, en cuanto, el declarante no acertó a precisar -por fuera de aseveraciones genéricas de algunos costos-, cómo, por qué o en qué cantidad específica subiría el precio.

El fallador A quo sostuvo que, de la diferencia de setenta y nueve millones de pesos, entre el precio comercial y el efectivamente pagado por el municipio, cabía restar las sumas explicadas por el acusado como destinadas a gastos propios del contrato, de lo cual concluyó que, finalmente, lo ilegalmente apropiado asciende a \$49.644.355.

La Corte no comparte esta apreciación, pues, pasa por alto que todo el trámite contractual resulta espurio y, por ello, los gastos generados en curso del mismo comparten igual efecto.

En este sentido, si se observa incontrastable que las Cooperativas no podían suministrar el tipo de maquinaria adquirido, sigue vigente la posibilidad de que directamente la distribuidora vendiera a precios del mercado el bien, cuyos costos se deben evaluar en abstracto, dado que no se conoce cuáles serían las condiciones particulares en que se desarrollaría el contrato.

Empero, **dado que el monto estimado** por el A quo y ratificado por el ad quem, **sirve de norte no solo a la tasación de perjuicios, sino a la pena imponible, la Corte debe asumir esa cifra, para no afectar el principio de no reformatio in pejus.**

En suma, **se desestiman todos los cargos propuestos** por el demandante y, consecuentemente, **se confirmará en su integridad la sentencia atacada».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

34. PECULADO POR APROPIACIÓN

Es un tipo penal monosubjetivo, que está estructurado de manera que una sola persona puede realizar la conducta

Al inadmitir la demanda de casación, la Corporación encontró relevante referirse a la estructura del delito de *Peculado por Apropiación*, explicando que por tratarse de un tipo penal *monosubjetivo*, está estructurado de forma tal que una sola persona pueda realizar la conducta. Así, el hecho de que el sentenciado hubiera sido condenado a título de *autor*, no implica que no pudiera deducirse la *circunstancia de mayor punibilidad*, referida a la

coparticipación criminal con los terceros que se beneficiaron de la apropiación de los dineros del Estado.

AP2374-2019 (48773) del 18/06/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL
- Técnica en casación: el demandante debe aceptar los hechos declarados en la sentencia y

la valoración de la prueba realizada por el juzgador || **DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de corrección material:** obligación de que corresponda a la realidad procesal || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** grado de participación, de coautor a autor || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Tipo penal monosubjetivo:** está estructurado de manera que una sola persona puede realizar la conducta || **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD - Obrar en coparticipación criminal:** no viola el principio de doble incriminación || **NON BIS IN IDEM - No se vulnera** || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros:** se configura

«Recuérdese que cuando se intenta la postulación de la censura por la ruta de la **violación directa de la ley sustancial, el recurrente debe** hacer completa abstracción de lo fáctico y probatorio y, en ese sentido, **admitir los hechos y la apreciación de los medios de convicción fijados por los sentenciadores**, de manera tal que le corresponde desarrollar el reproche a partir de un ejercicio estrictamente jurídico, en el que establezca la vulneración del precepto normativo en el caso concreto, a través de cualquiera de las tres modalidades de error: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea y seguidamente, demuestre la trascendencia del yerro en el sentido de la decisión impugnada.

Mientras la falta de aplicación opera cuando el juzgador deja de emplear el precepto que regula el asunto, la aplicación indebida, deviene de la errada elección por el fallador de una disposición que no se ajusta al caso, con la consecuente inaplicación de la norma que recoge de forma correcta el supuesto fáctico. La interpretación errónea, en cambio, parte de la acertada selección de la disposición aplicable, pero conlleva un entendimiento equivocado de la misma, que le hace producir efectos jurídicos que no emanan de su contenido.

Según el casacionista, como consecuencia de la **variación del grado de participación de coautor a autor** por parte del Tribunal se sigue que es imposible deducirle a su cliente la **circunstancia de mayor punibilidad**, descrita en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal,

relativa a la coparticipación criminal, por cuanto, bajo las consideraciones de la segunda instancia, tal agravante genérica solo es procedente cuando en la conducta punible concurren otros sujetos: cómplice, determinador, interviniente pero, en este caso, el peculado solo habría sido ejecutado por el procesado.

Esta última consideración, es decir, la relativa a que el punible fue cometido exclusivamente por el acusado, es la que no responde al **postulado de corrección material**, pues, si bien es cierto, el ad quem estimó que no está acreditado que OM desarrolló la acción criminal peculadora a título de coautoría y que lo condenó en calidad de autor, **no descartó la existencia de otros partícipes, justamente, los que se beneficiaron con el detrimento patrimonial.**

Ahora bien, asegura el libelista que dicha agravante genérica no se puede inferir de la participación de dichos sujetos en el peculado, porque ello vulnera el **principio de non bis in idem**, dado que se trata de un delito de encuentro y convergencia -como la rebelión, la asonada, el concierto para delinquir, el aborto- en el que el tipo exige la concurrencia de varias personas.

Sin embargo, se equivoca el censor al incluir **el delito de peculado** en la categoría dogmática señalada, pues aquél **es monosubjetivo, es decir, no es de sujeto activo plural y, en ese orden, está estructurado de manera que una sola persona puede realizar la conducta descrita**, por lo que la mayor punibilidad se predica del actuar en cooperación con otra, cuestión que, en esas condiciones, procura lograr el aseguramiento del resultado con la intervención de más de un individuo.

Esta forma de ejecución de la conducta añade al desvalor del resultado un especial e intenso desvalor de la acción, ya que el sujeto activo, en esas condiciones, obtiene una evidente ventaja que hace más probable la producción del resultado delictivo.

Así las cosas, se concluye que **era perfectamente posible la imputación de la circunstancia de mayor punibilidad relativa a la coparticipación criminal** en el caso concreto y **se descarta la posibilidad de admitir el reproche**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

35. PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES DEL JUEZ

Es improcedente la imposición de sanción, cuando la conducta tiene como finalidad el ejercicio de las potestades que el ordenamiento ofrece a las partes para la defensa de sus derechos y garantías

La Sala revocó la determinación adoptada por el Tribunal, en punto a sancionar al sujeto procesal por la presentación de solicitud de *recusación* declarada *infundada*, tras advertir, que su intervención no estuvo orientada a impedir el desarrollo normal del proceso, sino a ejercer las facultades que el ordenamiento otorga a las partes para defender sus derechos.

Por tal razón, consideró que, en este caso particular, no resultaba procedente hacer efectiva la *facultad correccional* que asiste al Juez, como director del proceso.

AP2177-2019 (54504) del 05/06/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JUEZ - Poderes y medidas correccionales: concepto || **JUEZ - Poderes y medidas correccionales:** finalidad

«[...] es importante precisar que las **facultades correccionales que ostenta el juez** están reguladas en los códigos procesales penal y civil, al igual que en el contencioso administrativo y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de manera general.

Ese poder de corrección, sin duda alguna, autoriza al funcionario judicial, en su condición de director o conductor del proceso, a mantener el orden y la buena marcha del mismo en su desarrollo general o en determinadas actuaciones, como las audiencias. En desarrollo de tales facultades, puede imponer sanciones a

los sujetos procesales o intervinientes cuando detecta anomalías o conductas dilatorias».

JUEZ - Poderes y medidas correccionales: revocatoria de la sanción impuesta || **RECUSACIÓN - Infundada:** para el recusante

JUEZ - Poderes y medidas correccionales: improcedencia de la sanción, cuando la conducta tiene como finalidad el ejercicio de las potestades que el ordenamiento ofrece a las partes para la defensa de sus derechos y garantías

«En el presente asunto, conforme lo señalan las pruebas obrantes en el expediente, se sabe que ante el Juzgado [...] Penal del Circuito [...] se tramita el proceso contra MESL por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, dentro del cual ha presentado diferentes escritos de recusación contra el titular de ese Despacho.

La última solicitud en tal sentido la presentó el 13 de julio de 2017 al amparo de las causales 4ª y 5ª del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, régimen bajo el cual se surte dicha actuación. El juez no la aceptó y en su argumentación precisó que eran ya diversas recusaciones que las partes habían intentado durante el trámite procesal.

El Tribunal la declaró manifiestamente infundada en providencia del 2 de agosto de 2017 y ordenó el inicio del trámite incidental de que trata el artículo 144, numeral 1, de la aludida codificación. Cumplido el mismo, bajo los fundamentos que se esbozaron en el acápite anterior, en auto del 19 de abril de 2018, decidió sancionar a la acusada con multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Vista así la situación, advierte la Sala que **los elementos de juicio que se aportaron al expediente no resultan suficientes para mantener la decisión que es objeto de revisión y por lo tanto tendrá que ser revocada.** Estas las razones:

Acerca de las **medidas correccionales** que pueden adoptar los funcionarios judiciales, el precitado precepto señala que “Si al decidir la recusación se encuentra que ella fue ostensiblemente infundada, se sancionará al recusante con una multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

En este específico asunto, **si bien el Tribunal calificó de manifiestamente infundada la petición de recusación** al descartar la existencia de enemistad grave del juez y el profesional de derecho que funge como defensor de la procesada SL, al igual que la animadversión que la recusante demandó, **no resulta acertado sostener que su pretensión estuviera dirigida a impedir el normal desarrollo del proceso.**

De un lado, porque a pesar que en la providencia confutada se resaltó la existencia de 3 decisiones dictadas por la Sala Penal del Tribunal Superior [...] fechadas el 4 de febrero de 2012, 12 de enero de 2016 y 2 de agosto de 2018, con la aclaración que esta última fue la que dio origen al presente trámite, mediante las cuales declaró manifiestamente infundadas las recusaciones presentadas por la enjuiciada contra el titular del Juzgado que adelanta el proceso ya referido, no se advierte y tampoco lo informan las pruebas, que sus solicitudes fueran reiterativas, esto es, que a pesar de haberse decidido una de ellas, hubiese insistido en sus pretensiones bajo los mismos supuestos de hecho.

De otro, porque en el último de los libelos que radicó se dejó entrever que su aspiración la sustentó en la presunta enemistad del

funcionario con su abogado defensor por la circunstancia de haberse expedido copias ante la autoridad disciplinaria, lo cual tampoco permite afirmar con la contundencia que lo plasmó el Tribunal, que su intención haya sido la de retardar o impedir la realización de la audiencia de juzgamiento, sino de procurar un juicio imparcial.

Puede entonces concluirse, como lo adujo el recurrente, **que la implicada actuó en ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico ofrece a las partes para la defensa de sus derechos y garantías procesales, por lo tanto**, en armonía con lo sostenido en el precedente jurisprudencial indicado párrafos atrás, **la facultad correccional del juez, en este particular evento, no podía hacerse efectiva**, porque acudir al instrumento de la recusación no tuvo por finalidad dilatar el proceso, advirtiéndose que el trámite de la misma suspendía los términos de prescripción, de modo que ninguna incidencia tenía sobre la vigencia de la acción penal en ese caso.

Surge de lo consignado que **al no existir razones para mantener la sanción impuesta** a la procesada MESL, **la decisión impugnada tendrá que ser revocada».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

36. PREVARICATO POR ACCIÓN ***Se configura al emitir acto administrativo contrario a la ley, modificando los requisitos para el desempeño de cargo público***

Al casar la sentencia del Tribunal, para en su lugar, declarar al procesado autor responsable del delito de *prevaricato por acción*, en concurso *homógeno y sucesivo*, la Sala tuvo ocasión de referirse al citado tipo penal, enfatizando no sólo en su configuración objetiva, sino especialmente en el análisis del tipo subjetivo. En este sentido, luego de advertir la concurrencia de un *falso raciocinio* por desatención de los *principios de la lógica*, así como de un *falso juicio de identidad por cercenamiento* de la prueba, procedió al examen del evento concreto en que la conducta

dolosa del servidor público se materializó, entre otros, mediante la expedición de un *acto administrativo* contrario a la ley y a los principios de la función pública, a través del cual se modificaron irregularmente los requisitos para acceder a un cargo público del nivel directivo.

SP790-2019 (45058) del 13/03/19

Magistrado Ponente:

José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Dolo: demostración || PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Vulneración || FALSO RACIOCINIO - Configuración: desconocimiento de los principios de la lógica || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** se configura || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Se configura:** al emitir acto administrativo contrario a la ley, modificando los requisitos para el desempeño de cargo público || **FUNCIÓN PÚBLICA - Principio de acceso al servicio público por méritos || FUNCIÓN PÚBLICA - Principio de profesionalización de todos los servidores del estado || SERVIDORES PÚBLICOS - Deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución y la ley || SERVIDOR PÚBLICO - Responsabilidad penal:** por no ceñir su conducta a la Constitución y la ley || **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN - Se vulnera || CASACIÓN - Es deber del casacionista desvirtuar el acierto y legalidad de la sentencia || SENTENCIA - Fallo de reemplazo**

«En cuanto a la expedición de la Resolución 001 del 2 de enero de 2008, el Tribunal sentó la carencia de dolo en el siguiente planteamiento:

“Ante el escaso grado de formación profesional del alcalde, que no era abogado, y debidamente conceptuado por su asesor jurídico como procedente el nombramiento de la aspirante al cargo de secretaria de hacienda y tesorera sin los requisitos legales, hubo entonces de ajustar la falta de nivel académico de la candidata al cargo con su experiencia, procediendo a expedir la Resolución N° 001 de enero de 2008, precisamente ante el afán de no transgredir requisito alguno y en procura de hacer las cosas bien, de donde se concluye, la conducta del alcalde deja de ser dolosa y tan solo podría ventilarse en el grado de culpa, no pudiéndose configurar en ella el prevaricato por acción ante su disposición dolosa”.

Frente a tal postura, la censora acusa al Tribunal de incurrir en **falso raciocinio por violación al principio de no contradicción**, en la medida en que, afirma, si el juzgador aceptó que la Resolución 001 de 2008 fue expedida para *“ajustar la falta de nivel académico de la candidata al cargo con su experiencia”*, ello conduce a concluir que actuó con dolo y no a pregonar la ausencia del mismo.

Asiste razón a la actora en su reparo, pues si, como lo adujo el Tribunal, quedó demostrado que el procesado confeccionó la Resolución 001, del 2 de enero de 2008, a la medida de las

circunstancias de su candidata, ajustando la carencia de estudios a la presunta experiencia, ello lo que significa es que sabía y tenía claro, por una parte, que para fungir como secretario de despacho el aspirante debía cumplir unos requisitos mínimos fijados en la ley y en el manual específico de funciones y requisitos del municipio, y por la otra, que ELO no cumplía el perfil. Empero, como ya había tomado la decisión de nombrarla, necesitaba expedir una norma a su medida, sin importarle que con ella desconociera el orden jurídico al cual debía estricta obediencia, lo que evidencia **su conocimiento de los hechos y su voluntad de realizarlos (elementos constitutivos del dolo, según el artículo 22 del Código Penal)**.

Como lo arguye la recurrente, al mismo tiempo que el Tribunal admite que MEFM tenía afán de ajustar la situación particular de EL a una norma del nivel municipal y que con tal propósito expidió el acto administrativo cuestionado, predica la ausencia de dolo sobre la base del *“escaso grado de formación profesional del alcalde, que no era abogado, y debidamente conceptuado por su asesor jurídico ...”*, incurriendo en **falso raciocinio por desconocimiento del principio lógico de razón suficiente**, toda vez que asumió de manera injustificada que los profesionales de áreas distintas al derecho tienen un *“escaso grado de formación profesional”*, el cual, en su sentir, solamente puede predicarse de los abogados, sin que precise la razón de tal inferencia.

Igualmente, **dejó de apreciar** la hoja de vida del procesado, así como los testimonios de EEPH, JDCT, RBC y MEFM, con los cuales la Fiscalía demostró las altas calidades profesionales e intelectuales de este último [...]

[...] El curriculum brevemente resumido demuestra que el encausado es un destacado profesional, lo que le ha permitido tener una vasta trayectoria, incluso en el ejercicio de cargos públicos de alto nivel, a tal punto que, según los testigos PHCT y BC, antes citados, era un referente intelectual para la sociedad [...].

No sobra señalar que el fallador **cercenó** el testimonio de JLCT, secretario de planeación de [...] durante la administración del procesado, quien sostuvo que éste *“traía un conocimiento más amplio de la administración pública, y eso le ayudó al municipio a tener un cambio muy rotundo y uno se daba cuenta en la gestión ...”* (se resalta), de donde se colige que cuando se

posesionó como alcalde de [...] FM no era un neófito en temas de administración pública, como se pregona en el fallo.

La consideración de que en este caso el concepto del asesor jurídico descarta el dolo en el actuar del procesado, tiene asiento en **un falso juicio de identidad por cercenamiento del testimonio** de MEFM, quien pese a realizar una amplia disertación sobre diferentes temas, incluso jurídicos, jamás hizo mención a la complejidad que le habría representado, en su condición de ingeniero civil, el entendimiento de los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 785 de 2005 (invocados en la Resolución 001 de 2008), como tampoco que tales normas ofrecían para él diversas interpretaciones, por lo cual no le quedó otro remedio que acoger, sin más, el concepto de su asesor jurídico.

Contrario sensu, al ser inquirido por su defensor de confianza acerca de la forma y circunstancias en las cuales se gestó y emitió la reforma al Manual Específico de Funciones y Requisitos de [...] (mediante el citado acto administrativo), puso de presente la existencia de un acuerdo previo con su asesor de cabecera, el abogado RBC para “montar” con el fin de “convalidar” un nombramiento. [...]

[...] el procesado no hizo alusión a su falta de comprensión del alcance de las normas legales invocadas en la resolución, sino a que previo acuerdo con su asesor jurídico, la montaron para forzar el ingreso de JC (quien tampoco cumplía los requisitos legales para desempeñarse como secretario de gobierno), y no el de EL, lo cual **no tiene ninguna incidencia en la configuración del tipo subjetivo del prevaricato por acción, porque es igual proferir una decisión manifiestamente contraria a derecho para forzar el ingreso a la función pública de uno o de otra.**

Expresado en otro giro, el encargo dado por el acusado al profesional del derecho lo fue para que le confeccionara una norma a su capricho y necesidades, así eso conllevara el **total y abierto menosprecio de los principios y reglas que rigen la función pública**, entre ellos, **el de acceso al servicio público por méritos y el de la profesionalización de todos los servidores del Estado**, sobre cuya observancia ninguna instrucción impartió.

Por otra parte, dada la meridiana claridad de los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 785 de 2005,

para su aplicación el señor FM no requería de especiales conocimientos de administración pública y, menos aún, del manejo de intrincadas reglas de hermenéutica jurídica, pues su texto no genera diversas interpretaciones ni fuertes controversias jurídicas. Es tal la especificidad y claridad de dicha norma, que su contenido literal no requiere ningún tipo de interpretación, menos aún para el procesado, quien, como se vio, es un competente y destacado profesional, con estudios de posgrado en el extranjero, al que, por tal motivo, le quedaba muy fácil entender los grados de educación superior a los que allí se hace alusión (posgrado, posdoctorado, doctorado, maestría, especialización, tecnólogo, técnico), así como el significado de las palabras “no”, “podrán”, “disminuir”, “mínimo”, “máximo”, “estudio”, “título”, “adicional”, “terminación”, “aprobación”, “experiencia”, “laboral”, “profesión”, “arte”, “oficio”, contenidos en tales preceptos legales.

En el contexto precedente, para cualquier persona, incluso para un lego en temas jurídicos, le era fácil comprender que si la norma exige que para fungir como secretario de despacho de un municipio de sexta categoría, como [...], el candidato debe demostrar, como mínimo, el título de tecnólogo en materias afines con las profesiones de economía, contaduría pública, administración y finanzas, administración financiera o ingeniería financiera, en ningún escenario puede prescindirse de dicho requisito.

El mismo examen procede respecto de las equivalencias introducidas en el acto administrativo prevaricador, pues el artículo 25 del Decreto 785 de 2005 señala, también de manera sencilla, clara y expresa, las equivalencias permitidas, esto es, que solo proceden en tratándose de títulos de posgrado en las modalidades de especialización, maestría, doctorado o postdoctorado, pero no cuando se trata del título profesional y menos aún el de tecnólogo, porque estos son los **requisitos “mínimos” a exigir para desempeñar un cargo del nivel directivo**, aspecto que podía ser advertido por cualquier persona con mediana capacidad intelectual, mucho más por el enjuiciado, dado su alto nivel intelectual.

En consecuencia, con la simple comparación de los artículos 25 y 26 en cita, con la propuesta presentada por el abogado BC, el procesado estaba en capacidad de constatar, sin ninguna dificultad, que su texto se distanciaba por

completo de aquéllos, de modo que lo obvio es que procediera a objetar el proyecto y pedir que se elaborará uno que se ajustara al orden jurídico.

Así las cosas, **el incumplimiento voluntario del deber funcional denota la existencia de dolo** en el actuar del acusado, quien **deliberadamente abandonó el cumplimiento de sus funciones al expedir un acto administrativo con el único propósito de permitir el acceso al servicio público de personas que no cumplían ninguno de los requisitos legales** para fungir como secretarios de despacho.

La consideración del juzgador ad quem, según la cual el propósito de FM al expedir la cuestionada Resolución 001 era el *“de no transgredir requisito alguno”*, riñe con el **principio de no contradicción**, estructurándose de este modo un error de hecho en la modalidad de falso raciocinio, pues si, como se dice en el fallo, esa hubiera sido la finalidad del procesado, lo obvio es que designara como secretaria de hacienda y tesorera a una persona que reuniera a cabalidad la totalidad de los requisitos legalmente previstos (estudios y experiencia), en lugar de proferir dicho acto administrativo para allanar el camino de quien no los cumplía, como es el caso de ELOM, entre otros.

La premisa según la cual el propósito del enjuiciado fue el de *“hacer las cosas bien”*, también desconoce el **principio de no contradicción**, en la medida en que no puede afirmarse válidamente que en un estado de derecho, como el colombiano, un funcionario público que emite un acto administrativo abiertamente contrario a la Constitución y a la ley actúa conforme a derecho.

Los artículos 6° y 123 de la Constitución Política disponen, en su orden, que **todos los servidores públicos, sin excepción alguna, son responsables por infringir la Constitución y la ley, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones**, y que están al servicio de la comunidad y **ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, en la ley y en el reglamento**, lo que significa *“que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a los funcionarios actuar si no es con fundamento en la*

Carta Política y en la ley. De allí que, actuar de conformidad con la Constitución y la ley es un mandato vinculante para todos los servidores públicos. Ahora bien, la remisión a la Constitución y a la ley significa derecho positivo, es decir, se incluyen los reglamentos, en los términos del artículo 123 Superior” (C.C. Sent. C-335 de 2008, subraya y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, solo del funcionario público que ciñe su conducta de manera estricta al ordenamiento jurídico puede predicarse que *“hace las cosas bien”*, de donde resulta absurdo sostener lo contrario.

Dicha postura del fallador de segundo grado conlleva a sostener que los servidores públicos con funciones de nominación no están sometidos a las normas Superiores antes citada, o que por algún sortilegio están habilitados para modificar, a su acomodo y según sus intereses particulares, los manuales específicos de funciones y requisitos de las entidades que regentan, dejando de lado los principios y reglas que rigen la función pública, entre ellos el de acceso al servicio público por méritos y el de la profesionalización de todos los servidores del Estado, normas éstas que son de orden público y de imperativo cumplimiento. Permite afirmar, igualmente, que se ajusta a derecho el comportamiento de quien contraría groseramente el ordenamiento jurídico cuando existe una relación medial entre dos decisiones.

Los yerros develados en precedencia llevaron al Tribunal a concluir **equivocadamente** que el procesado obró **culposamente**, *“no pudiéndose configurar el prevaricato por acción, ante su disposición eminentemente dolosa”*, cuando, como se vio, **está plenamente demostrado el dolo en su actuar**.

Corolario de lo expuesto, en este caso se logró **desvirtuar la presunción de acierto y legalidad** que ampara el fallo de segundo grado en lo que respecta al delito examinado, motivo suficiente para **casar la sentencia absolutoria impugnada y dictar, en su remplazo, el respectivo fallo de condena**, en lo que respecta al **delito de prevaricato por acción** materializado en la expedición de la Resolución 001 de 2008».

(Textos resaltados por la Relatoría)

37. PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS – APELANTE ÚNICO

Cuando limita la controversia a la selección de la norma aplicable al caso, el Tribunal no tiene competencia para modificar las decisiones favorables acerca de los hechos

La Sala casó la sentencia impugnada, para declarar la nulidad de la actuación a partir del fallo de segundo grado, luego de advertir que el Tribunal vulneró las garantías fundamentales del procesado, al desbordar el *principio de limitación* que rige la *apelación*, así como el postulado de *no reforma peyorativa*, porque a pesar que la controversia del *apelante único* se centraba en un aspecto netamente *jurídico* sobre la *norma aplicable al caso*, optó por modificar las decisiones favorables relativas a los hechos, imponiéndole condena por situaciones de las que había sido absuelto.

SP1598-2019 (54179) del 30/04/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE APELACIÓN - Principio de limitación: cuando solo se cuestiona la premisa jurídica del fallo, los asuntos inescindiblemente vinculados son los atinentes a la selección, interpretación y aplicación del componente normativo || **RECURSO DE APELACIÓN - Sustentación || RECURSO DE APELACIÓN -** Diferente al grado jurisdiccional de consulta || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Favorabilidad:** frente a la Ley 906 de 2004 || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS -** Prevalece sobre el principio de legalidad || **RECURSO DE APELACIÓN - Competencia limitada del superior:** asuntos inescindiblemente vinculados || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único:** alcance || **RECURSO DE APELACIÓN - Principio de limitación || DOBLE INSTANCIA - Se vulnera:** cuando el superior funcional se

pronuncia sobre hechos que no fueron considerados por el juez de primera instancia || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único:** concordancia con el principio de limitación || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único:** cuando limita la controversia a la selección de la norma aplicable al caso, el Tribunal no tiene competencia para modificar las decisiones favorables acerca de los hechos

«La Corte debe resolver si se viola el principio de limitación -que rige la competencia del juzgador de segunda instancia- **y se afecta el derecho del apelante único a que su situación no sea desmejorada, cuando: (i)** la condena es apelada únicamente por el procesado; **(ii)** la impugnación se limita a las normas aplicables a una realidad fáctica que no ha sido objeto de impugnación; y **(iii)** el fallador de segundo grado mantiene la condena, pero por hechos diferentes a los declarados en la decisión de primera instancia.

[...] El tema se encuentra regulado de la siguiente manera en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000:

“Competencia del superior. En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.

Cuando se trate de sentencia condenatoria el juez no podría en ningún caso agravar la sanción, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, teniendo interés para ello, la hubieran recurrido.

Tampoco se podrá desmejorar la situación de la parte civil o del tercero civilmente responsable cuando fueren apelantes únicos

La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia.”

Frente al alcance de esta norma, la Sala ha hecho las siguientes precisiones: **(i)** el artículo 194 de la Ley 600 de 2000 le impone al **apelante la obligación de sustentar el recurso**, so pena de que el mismo sea declarado desierto (Art. 194); **(ii)** esa obligación del recurrente, se traduce, a su vez, en una **limitación para el juzgador de segunda instancia, que solo se podrá pronunciar sobre los aspectos incluidos en la impugnación** y sobre aquellos que **“resulten**

inescindiblemente vinculados” al mismo, salvo lo que atañe a la materialización de las garantías debidas al procesado (CSJSP, 25 jul. 2015, Rad. 45894); **(iii)** ello, precisamente, constituye la principal **diferencia entre la apelación y la consulta**, pues esta, por expresa disposición legal, faculta al superior funcional para “*decidir sin limitación sobre la providencia*”; **(iv)** el **derecho del impugnante único a que su situación no sea desmejorada** tiene un desarrollo más amplio en la Ley 906 de 2004, que **debe ser aplicado, por favorabilidad**, a los casos tramitados bajo la Ley 600 de 2000 luego del año 2005 (CSJSP, 4 feb. 2015, Rad. 39417, entre otras); y **(v)** dicho derecho **constituye un elemento estructural del debido proceso**, por lo que debe ser protegido, **incluso en detrimento del principio de legalidad** (CSJSP, 28 oct. 2015, Rad. 43436, entre otras).

Ante este panorama, el análisis se contrae a establecer si en los eventos en que el procesado tenga el carácter de apelante único y limite la impugnación a las normas aplicadas por el Juzgado, puede entenderse que el Tribunal está habilitado para emitir la condena por hechos que fueron desestimados o que no fueron considerados por el fallador de primera instancia, bajo el argumento de que se trata de asuntos “*inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación*”.

En lo que concierne a hechos que no fueron considerados por el juzgador de primer grado, la Corte ha precisado que el superior funcional no puede emitir un pronunciamiento de fondo, no solo por la posible trasgresión del principio de limitación y del derecho del apelante único a que su situación no sea desmejorada, sino además porque ello entrañaría una evidente violación de los derechos de defensa y a la doble instancia, que, cuando se trata de la sentencia condenatoria, adquiere mayor relevancia a la luz de los recientes desarrollos del derecho a la doble conformidad (CSJSP, 11 ab. 2018, Rad. 43533; CSJSP, 26 mar. 2018, Rad.52018, entre otras).

De otro lado, **cuando el procesado, como apelante único, limita la controversia a la selección de la norma aplicable al caso, el Tribunal no tiene competencia para modificar las decisiones del fallador de primer grado acerca de los hechos, cuando las mismas le son favorables** al impugnante, toda vez que: **(i)** no se trata del grado jurisdiccional de la consulta,

que habilita esas revisiones ilimitadas; **(ii)** el ordenamiento jurídico le brinda iguales oportunidades a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la parte civil para impugnar las decisiones sobre la premisa fáctica de la decisión; **(iii)** igualmente, establece que la situación del condenado solo puede ser desmejorada si estos impugnan la sentencia; **(iv)** por tanto, si estas partes se muestran conformes con la premisa fáctica del fallo, lo que se desprende de su decisión de no interponer el recurso vertical, el superior funcional no podría revisarlas, simple y llanamente porque su competencia está limitada, según se dijo, por los argumentos expuestos por el recurrente; **(iv)** si esos aspectos no son objeto de debate, el procesado debe tener la tranquilidad de que, en su calidad de apelante único, los mismos no pueden ser modificados para perjudicarlo, pues un riesgo de esa naturaleza haría incierta la suerte del censor, al punto de desestimular el ejercicio de la impugnación; **(v)** si se aceptara la tesis contraria, el procesado se vería enfrentado a nuevas argumentaciones frente a asuntos no rebatidos, frente a los cuales, por razones obvias, no tuvo la oportunidad de pronunciarse; y **(vi)** así, **cuando solo se cuestiona la premisa jurídica del fallo, solo podrán tener el carácter de “asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”**, por ejemplo, **otras normas aplicables al caso u otros aspectos atinentes a la selección, interpretación y aplicación del componente normativo**».

RECURSO DE APELACIÓN - Principio de limitación: cuando solo se cuestiona la premisa jurídica del fallo, los asuntos inescindiblemente vinculados son los atinentes a la selección, interpretación y aplicación del componente normativo || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera** || **DERECHO DE DEFENSA - Se vulnera** || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único:** se vulnera cuando se desmejora ostensiblemente su situación al ser condenado por hechos por los que había sido absuelto || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura

«El Juzgado de primera instancia se pronunció de fondo sobre los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación. Finalmente, desestimó la mayoría de hipótesis fácticas propuestas por el fiscal, sobre las supuestas irregularidades en que incurrió el procesado RR en las tres actuaciones contractuales ya conocidas. Solo declaró probado que este no obtuvo dos ofertas previas, lo que, en

su opinión, solo es trascendente frente al contrato 256, del 13 de mayo de 2005.

A esos hechos, les aplicó una normatividad equivocada, según lo alegó el apelante y lo reconoció el Tribunal, en esencia porque no tuvo en cuenta una de las varias reformas introducidas por el legislador, a través de la cual se amplió el monto de la menor cuantía para la contratación para entidades con un determinado rango presupuestal, en el que se ubicaba el municipio [...] para el año 2005.

Aunque el Juzgado desestimó la mayoría de los hechos incluidos en la acusación, la Fiscalía no apeló la decisión, como tampoco lo hizo el Ministerio Público.

Bajo esas condiciones, **el debate suscitado en sede del recurso de apelación se redujo a un aspecto eminentemente jurídico, esto es, la selección de las normas aplicables a los hechos declarados por el Juzgado.** En ese ámbito, el Tribunal le concedió la razón al impugnante.

Sin embargo, como bien se anota en la demanda, **el juzgador de segundo grado decidió edificar la condena sobre una realidad fáctica sustancialmente diferente** a la declarada por el Juzgado.

Bajo ese contexto, abordó temas no tratados en la sentencia de primera instancia (como la inexistencia de estudios previos) y modificó sustancialmente la base fáctica del proveído impugnado, pues, a manera de ejemplo, mientras en este se declaró que buena parte de las irregularidades aludidas por la Fiscalía le eran atribuibles exclusivamente a una persona diferente -o, por lo menos, se declaró que existe duda razonable sobre el particular-, y se asumió que RR no actuó “*de forma torticera*”, el Tribunal edificó su decisión sobre un presupuesto

contrario, esto es, que el alcalde eligió “*a su antojo*” al proveedor de materiales.

Aunque en un apartado de su disertación el Tribunal se refirió al posible fraccionamiento de contratos, a renglón seguido manifestó que no era competente para modificar la absolución emitida por el Juzgado frente a los otros dos componentes del contrato supuestamente fraccionado (que el fallador de primer grado asumió como contratos independientes). Finalmente, concluyó que RR violó los principios de transparencia, moralidad, economía y subjetividad por razones diferentes [...]

[...] **el Tribunal violó el debido proceso, porque:**

(i) desbordó la órbita de su competencia, toda vez que la sentencia fue apelada únicamente por RR, quien clara y expresamente redujo la censura a la selección de las normas aplicadas a los únicos hechos que el Juez declaró probados; **(ii)** producto de esa irregularidad, tomó una nueva decisión acerca de los hechos, bien porque dio por probados algunos aspectos no tratados por el Juzgado -la ausencia de estudios previos-, ora porque modificó sustancialmente lo resuelto en primera instancia sobre la ausencia de prueba de la mayoría de irregularidades mencionadas por la Fiscalía en la acusación; **(iii)** de esta forma, **desmejoró ostensiblemente la situación del apelante único, en la medida en que lo condenó por hechos por los que había sido absuelto;** y **(iv)** lo que dio lugar, además, a la violación del derecho de defensa.

Así, **ante la evidente trasgresión de las garantías debidas al procesado, se casará el fallo impugnado, en orden a decretar la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo de segunda instancia,** inclusive, para que el Tribunal resuelva el recurso de apelación con apego al debido proceso».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

38. PROHIBICIÓN SOBRE REBAJAS PUNITIVAS Y BENEFICIOS

Inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, es improcedente en procesos que han terminado de manera ordinaria

Al casar parcialmente el fallo del Tribunal, referido a los delitos de *secuestro extorsivo* y *hurto calificado*, ambos en la modalidad *agravada*, la Sala recordó que la inaplicación del aumento de penas establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, resulta improcedente en asuntos que han terminado de manera ordinaria, pues lo que hace razonable tal decisión, es el hecho de que el procesado hubiere acudido a los mecanismos de justicia premial, que implican la culminación anticipada del proceso. De esta manera, encontró válidos los motivos de disenso de la Fiscalía, por lo que refrendó la sentencia de primer grado, en la que se había incluido dicho incremento punitivo.

SP2449-2019 (52091) del 03/07/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY 890 DE 2004 - Aumento de penas del artículo 14 || LEY 890 DE 2004 - Aplicable a procesos de Ley 600 de 2000 || LEY 890 DE 2004 - Aplicable al Sistema Penal Acusatorio || LEY 1121 DE 2006 - Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26): inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890, es improcedente en procesos que han terminado de manera ordinaria || **LEY 1121 DE 2006 - Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26):** inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890, únicamente cuando el implicado acepta los cargos

«Alcances del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como el debate se suscitó en torno a la **inaplicación de la referida norma** por parte del Tribunal [...], es pertinente recordar que mediante la Ley 906 de la misma anualidad se implementó el sistema penal acusatorio, vigente gradualmente a partir del 1° de enero de 2005. El 7 de julio de 2004 se sancionó la Ley 890 a través de la cual, básicamente, se incrementaron las sanciones establecidas en la Ley 599 de 2000, con el propósito de otorgar un margen de

maniobra a la Fiscalía General de la Nación en la negociación de las penas en procura de conseguir acuerdos y allanamientos con los procesados, según se constata en las exposiciones y debates que en el Congreso de la República se efectuaron sobre tal normatividad [...]

[...] fueron razones de política criminal las que llevaron a que el legislador estableciera un aumento de pena para las conductas delictivas, con el fin de evitar que por razón de las reducciones punitivas como consecuencia de la implementación de instrumentos de colaboración con la justicia los infractores se hicieran merecedores a sanciones muy bajas que no se compadecían con la ofensa a los bienes jurídicos que tutelan los tipos penales.

A partir de tal interpretación la Corte recogió la línea jurisprudencial definida hasta ese momento en torno a la aplicación en el tiempo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para casos reglados por la Ley 600 de 2000, y *“reafirmó el criterio de que la Ley 890 de 2004 tiene una causa común y está ligada en su origen y discurrir con la Ley 906 de 2004, por manera que el incremento punitivo de su artículo 14, sólo se justifica en cuanto se trate de un sistema procesal premial que prevé instituciones propias como el principio de oportunidad, negociaciones, preacuerdos y las reducciones de penas por allanamiento a cargos”*.

No obstante, la preocupación del legislador porque algunos comportamientos podrían tener penas no condignas con su gravedad, condujo a que se expidiera la **LEY 1121 de 2006, en cuyo artículo 26 se excluyen las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, condena de ejecución condicional, libertad condicional, o prisión domiciliaria** *“Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos”*.

[...] la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 tratándose de los punibles de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, **únicamente es procedente en el marco de procesos culminados en forma anticipada, no así para aquellos que han terminado de manera ordinaria una vez surtidas las etapas propias de las instancias**».

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL – Se configura || LEY 1121 DE 2006 - Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26): inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890, es improcedente en procesos que han terminado de manera ordinaria || **LEY 1121 DE 2006 - Prohibición**

sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26) || DEMANDA DE CASACIÓN - No recurrente || PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único: no se vulnera, evento en que la defensa no interpuso el recurso y la Fiscalía acudió a la casación para buscar el incremento de la pena || **CASACIÓN - Redosificación punitiva**

«[...] advierte la Sala, que **la Corporación de segundo grado incurrió en violación directa de la ley, al entender de manera equivocada el alcance que a tal norma le ha dado la jurisprudencia de esta Corte**, en cuanto es claro que no basta para su inaplicación que se trate de los delitos señalados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, **pues es preciso**, además, **que el proceso haya terminado de manera anticipada producto de allanamiento o preacuerdo, no así cuando como en este asunto, se surtieron íntegramente las instancias por la vía ordinaria.**

Resta señalar que en su intervención el defensor no demostró por qué razón era improcedente aplicar el incremento de pena establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 pues, en primer lugar, si su asistido le solicitó impugnara en casación el fallo del Tribunal, a lo cual no procedió, tal circunstancia no tiene injerencia alguna en la decisión que ahora corresponde adoptar.

En segundo término, no atinó a señalar por qué su representado tiene la condición de **apelante único** derivado del interés que motivó la

impugnación extraordinaria, en cuanto **el propósito de la Fiscalía no fue el de actuar en defensa de los intereses del acusado, sino en procura de aumentar la pena impuesta y, por ello, no se configura el instituto del apelante único** que impediría la modificación de la sanción con base en el principio de interdicción de la reforma peyorativa.

En tercer lugar, pese a cuestionar de manera general e imprecisa la individualización de la pena por parte del juzgado de primer grado, olvidó que tal aspecto fue suficientemente abordado por el Tribunal [...]

[...] si el defensor estaba inconforme con la motivación y tasación de la pena por parte de la funcionaria de primera instancia, aspectos que fueron confirmados por el Tribunal, salvo en cuanto atañe a marginar el incremento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2014, así debió plantearlo impugnando en casación y no, a la hora de nona, pretender habilitarse tardíamente en orden a suscitar un debate con el cual se mostró conforme.

Así las cosas, encuentra esta Corporación que **asiste razón a la Fiscalía en su carácter de recurrente** y, tal como lo solicitó también el Ministerio Público, **es necesario casar parcialmente la sentencia del Tribunal, en el sentido de cuantificar la pena incluyendo el incremento de pena reglado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004**, como en efecto se procedió en el fallo de primer grado, el cual, en consecuencia, será confirmado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

39. RECURSO DE APELACIÓN RESPECTO DE BENEFICIO, SUBROGADO O MECANISMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN

Es competencia del Tribunal, entre la emisión del fallo de primera instancia y su ejecutoria

Al abordar un asunto de *definición de competencia*, la Sala tuvo ocasión de reiterar la

postura vigente sobre la competencia para desatar el *recurso de apelación*, cuando versa sobre un *beneficio, subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena de prisión*, señalando que en estos eventos dicha atribución corresponde al Tribunal, en el período comprendido entre la emisión del fallo de primera instancia y su ejecutoria.

AP1146-2019 (54667) del 27/03/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Viscaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - recurso de apelación: respecto de beneficio, subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, es competencia del tribunal, entre la emisión del fallo de primera instancia y su ejecutoria

«En el asunto examinado, **se reiterará la postura** plasmada en las decisiones AP4315-2016 y AP499-2016, toda vez que al interior de las mismas se resolvieron asuntos de similar connotación.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que frente a las apelaciones, formuladas contra los autos en que el Juzgado [...] Penal Municipal con Función de Conocimiento [...] negó a L.A.C.A. permiso administrativo de hasta 72 horas y el sustituto de la prisión domiciliaria, no opera la cláusula del artículo 36, numeral 1, del Código de Procedimiento Penal, con base en la cual se asignaría la competencia para resolver dichos asuntos al juez penal del circuito.

Ello, por cuanto el Juzgado [...] Penal Municipal con Función de Conocimiento [...], el 9 de marzo de 2016, profirió sentencia condenatoria, y actualmente se está surtiendo el recurso

extraordinario de casación, de modo que la naturaleza interlocutoria de las providencias confutadas no es un factor con base en el cual debe determinarse la autoridad judicial llamada dirimir la respectiva controversia, sino que **lo preponderante es el momento procesal en que se encuentra la actuación.**

Desde esa perspectiva, es claro que **durante la fase comprendida entre la emisión del fallo de primera instancia y su ejecutoria, la postulación en torno al otorgamiento de cualquier beneficio, subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena de prisión debe ser analizado de cara a lo allí dispuesto, siendo éste entonces el parámetro para establecer, en el específico interregno, la autoridad que ha de ocuparse en segunda instancia de tales materias; la cual no es otra que la Sala Penal del correspondiente Tribunal**, en tanto funcionalmente le atañe dirimir la apelación propuesta contra la sentencia.

En ese orden, **no admite discusión que la competencia para resolver los recursos de apelación** promovidos por la abogada de L.A.C.A., contra las providencias del 5 y 13 de diciembre de 2018 dictadas por el Juzgado [...] Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, **es la Sala Penal del Tribunal Superior** [...], por consiguiente, se dispondrá el envío inmediato del expediente a esta autoridad judicial».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

40. RESOLUCIÓN INHIBITORIA

Es susceptible de los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público, así como del querellante, denunciante y el perjudicado o sus apoderados

La Sala decidió no casar la sentencia impugnada, en virtud de la cual se condenó a los procesados por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, bajo los parámetros procesales de la Ley 600 de 2000, determinación a la que arribó, luego de desestimar, entre otras, las alegaciones defensivas, alusivas a la confluencia de un vicio

de estructura por la *revocatoria* de la *resolución inhibitoria* emitida por la Fiscalía, a instancias del *recurso de apelación* formulado por los *denunciantes*, quienes a la vez ostentaban la condición de *Veedores Ciudadanos*. En este sentido, la Corporación consideró preciso recordar que esta providencia tiene una naturaleza *interlocutoria*, por lo que no sólo debe ser *notificada*, sino que es susceptible de los *recursos ordinarios* por parte del Ministerio Público, al igual que del *querellante* o *denunciante*, y el *perjudicado* o sus *apoderados*, de manera tal que ninguna *irregularidad sustancial* devino de cara al trámite que se

impartió en este caso, que fue respetuoso del *debido proceso*.

SP1638-2019 (50843) del 8/05/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEBER DE DENUNCIAR - Alcance ||
RESOLUCIÓN INHIBITORIA - Procedencia ||
RECURSO DE APELACIÓN - Legitimación ||
RECURSO DE APELACIÓN - Procedencia: frente a la resolución inhibitoria || **RECURSO DE APELACIÓN - Interés para recurrir:** denunciante || **RESOLUCIÓN INHIBITORIA - Es susceptible de los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público, querellante, denunciante y el perjudicado o sus apoderados** || **RESOLUCIÓN INHIBITORIA - Naturaleza:** interlocutoria || **RESOLUCIÓN INHIBITORIA - Debe ser notificada** || **RESOLUCIÓN INHIBITORIA - Revocatoria:** cuando surgen nuevas pruebas || **VEEDURÍA CIUDADANA - Funciones** || **VEEDURÍA CIUDADANA - Instrumentos de acción** || **NULIDAD - Debido proceso:** no se configura

«Los demandantes aducen la afectación de la estructura de la investigación y juzgamiento, debido a la concesión del recurso de apelación interpuesto por los denunciantes CRBG y JER contra el auto del 7 de septiembre de 2005, por medio del cual la Fiscalía [...] Seccional [...] se inhibió de abrir instrucción a DFAB y LARF, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y a lo decidió por parte de la Fiscalía [...] Delegada ante el Tribunal Superior [...], que mediante resolución del 7 de diciembre del mismo año lo revocó para que continuara la indagación preliminar.

Así mismo, porque el 9 de agosto de 2006 la Fiscalía [...] por solicitud de CRBG y EEG, revocó la nueva resolución inhibitoria proferida el 9 de febrero de esa anualidad y dispuso la apertura de instrucción contra los citados AB y RF.

A juicio de los recurrentes, los denunciantes así actuaran en condición de veedores públicos carecían de interés jurídico para impugnar y solicitar la revocatoria de las mencionadas providencias. Primero, porque el deber

ciudadano de denunciar un presunto delito no legitima a apelar a quien lo hace; y, segundo, el veedor no adquiere la calidad de sujeto procesal por su participación en el proceso penal, tal como lo precisara la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2003, en ejercicio del control previo de constitucionalidad del proyecto de Ley número 850 de 2003.

Consideran que el interés jurídico surge de la existencia del daño real y concreto derivado del hecho objeto de investigación, luego para recurrir la decisión inhibitoria el denunciante debe acreditarlo de acuerdo con el artículo 186 de la Ley 600 de 2000, y para la resolución de preclusión y otras intervenciones en el proceso, ha de constituirse parte civil en su carácter de víctima.

En tales circunstancias, al no hallarse legitimados los veedores ciudadanos por la falta de interés jurídico y no ser sujetos procesales, todas las decisiones proferidas a partir de la apertura de instrucción son nulas.

Pues bien, **el artículo 27 de la Ley 600 de 2000**, en su inciso primero **impone a toda persona el deber de denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que sean perseguibles de oficio**, salvo que esté exonerada de hacerlo por alguna de las razones contempladas en el artículo 33 de la Carta Política.

Esta obligación legal ínsita en los fines esenciales del Estado para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, **no demanda la existencia de la condición de víctima o perjudicado sino únicamente la de persona denunciante**, que procura evitar la impunidad de los presuntos delitos y de sus autores con su decisión de ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes.

Ahora bien, **el artículo 327 faculta al Fiscal General de la Nación o su Delegado para abstenerse de iniciar instrucción** cuando aparezca que la conducta no ha existido, es atípica, la acción penal no puede iniciarse o está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.

Y en su inciso segundo, dispone que **contra tal decisión que debe tomarse mediante resolución interlocutoria proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del**

perjudicado o sus apoderados constituidos para dicho efecto; luego contrario a lo señalado por los recurrentes, **el veedor ciudadano está legitimado para impugnarla por mandato legal cuando es denunciante.**

La obligación de notificar las providencias interlocutorias impuestas en el artículo 176, **la resolución inhibitoria es una de ellas** conforme con el 327, **obedece al propósito de facilitar su conocimiento e interposición de los recursos legales** por quienes están facultados para hacerlo sin ninguna condición distinta a la sustentación de la apelación.

Del mismo modo, **la ley autoriza al denunciante o querellante a solicitar la revocatoria de tal decisión**, aunque se encuentre ejecutoriada, **siempre que surjan nuevas pruebas** que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 328 de la misma ley.

El asunto que ocupa la atención de la Sala, tuvo origen en la denuncia formulada por CRB, EEG y JER, quienes aduciendo la condición de **veedores ciudadanos** informaron a la Fiscalía del presunto fraccionamiento de contratos por parte de la alcaldesa [...] y del gerente de planeación ingeniero LARF, invocando los artículos 15 y 16 de la Ley 850 de 2003.

Las citadas disposiciones legales en sus literales c y d respectivamente, prevén que **las veedurías ciudadanas tendrán como funciones** las de “Vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales” y como **instrumentos de acción** los de “Denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos y omisiones de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas, que puedan constituir delitos”, **de modo que al acudir a la fiscalía estaban habilitados, no como sujetos procesales sino como simples denunciantes, para interponer el recurso de**

apelación contra la resolución del 9 de septiembre de 2005, **mediante la cual la Fiscal [...] Seccional [...] se abstuvo de iniciar instrucción** por los hechos denunciados por ellos.

De modo que **el otorgamiento del recurso interpuesto** por CB y JER, decidido el 7 de diciembre de 2005 por la Fiscalía [...] Delegada ante el Tribunal Superior [...], para revocar aquella y disponer la continuación de la indagación previa, **no constituye irregularidad alguna que afecte la estructura del debido proceso.**

Tampoco lo es, que la Fiscal [...] Seccional haya atendido la solicitud de revocatoria del auto inhibitorio proferido el 9 de febrero de 2006, elevada esta vez por CRB y EEG, toda vez que ambos **en condición de veedores ciudadanos denunciaron los hechos y acompañaron a su petición nuevas pruebas**, cumpliendo las exigencias previstas en el artículo 328 de la ley 600 de 2000.

Si finalmente la inconformidad de los demandantes radica en la precaria motivación de la decisión del 21 de julio de 2006, que revocó la decisión inhibitoria y ordenó la apertura de instrucción contra los imputados, tal vicio no socava la estructura del proceso.

En las anteriores condiciones, no acreditaron la irregularidad invalidante de la actuación, toda vez que conforme con las disposiciones legales mencionadas, **los veedores ciudadanos en su condición de denunciantes estaban facultados para impugnar la resolución inhibitoria como para solicitar la revocatoria de la nueva inhibición**, luego los funcionarios judiciales no incurrieron en ninguna situación constitutiva de la nulidad alegada.

Los cargos no prosperan».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

41. ERROR ARITMÉTICO

Oportunidad de corrección no constituye una facultad para modificar aspectos

fácticos o jurídicos del contenido sustancial de la decisión

La Sala casó la sentencia recurrida, en la que se condenó al acusado como autor responsable del delito de *violencia intrafamiliar*. En tal sentido, explicó que si bien existe la posibilidad -en cualquier tiempo- de *corregir errores* puramente *aritméticos* en que se puede incurrir al emitir la decisión definitiva, no es dable utilizar dicha facultad para introducir modificaciones de fondo, pues ello constituye irregularidad sustantiva que afecta el *debido proceso*. Así, advirtió que en el caso examinado el Tribunal no podía remover la *cosa juzgada* de la decisión preclusiva que había emitido, con el pretexto de corregir un *error aritmético*, para seguidamente emitir el fallo de condena, dado que tal determinación devino ilegal. Consecuentemente, invalidó lo actuado con posterioridad a la audiencia en la que se declaró la *preclusión* del asunto por *prescripción*.

SP1687-2019 (52716) del 8/05/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PROCESO PENAL - Finalidad || DERECHO SUSTANCIAL - Prevalencia: no implica que el juez pueda desconocer el debido proceso del acusado || **RECURSOS - Oportunidad para interponerlos || SENTENCIA - Error aritmético:** oportunidad de corrección || **LEY - Interpretación:** flexible o funcionalista es contraria a la que se sustenta en principios || **SENTENCIA - Error aritmético:** oportunidad de corrección, no constituye una facultad para modificar aspectos fácticos o jurídicos del contenido sustancial de la decisión || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura || **PRESCRIPCIÓN - Acción penal || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la actuación**

«Una reflexión del derecho compatible con los fundamentos políticos de la Constitución Política de 1991 permite asumir que las instituciones del sistema penal fueron diseñadas para realizar principios y fines y no para defender formalidades. En esa perspectiva, el proceso penal se concibe como un escenario para la realización de derechos y garantías fundamentales. Sin embargo, **la primacía de las**

finalidades del procedimiento no puede llevar al malentendido de que bajo el pretexto de “corregir actos irregulares”, y de imponer lo sustancial sobre lo formal, el juez pueda desconocer otros derechos, como el debido proceso, sin referirse siquiera a la necesaria ponderación entre la necesidad de justicia y los derechos del acusado.

[...] Hay que convenir en que **el error judicial se corrige a través de los recursos** que el sistema penal consagra y que se deben interponer “oportunamente.” Incluso hay eventos en que ni siquiera constatado el error se puede enmendar el yerro, como ocurre con la prohibición de agravar la situación frente al apelante único, pese a que objetivamente se constate un error en el fallo (la *reformatio in pejus*). De manera que **es por lo menos exótico que con la disculpa de corregir un error “aritmético”, se reabra una audiencia ya concluida, se revoque una decisión ejecutoriada, y luego se decida de mérito un recurso que válidamente no podía resolverse**. Esta forma de proceder se podría asumir en lo que podría denominarse **interpretación flexible o funcionalista de la ley, contraria a la interpretación que se sustenta en principios**, mediante los cuales se le brinda coherencia y seguridad a instituciones como el debido proceso, entendido éste como “la exigencia a las autoridades públicas de sujetar sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley.”

[...] Toda interpretación debe reconocer además la situación que se juzga. En este caso, el Tribunal ha debido aceptar que la audiencia en la cual se precluyó la actuación concluyó sin que aquella determinación fuera impugnada; no de otra manera se explica que en el acta se haya consignado que se reabría la audiencia, lo cual significa que si se reabría es porque había concluido. De modo que **es evidente que la preclusión de la investigación quedó en firme al no haberse interpuesto recursos, y por eso su remoción, so pretexto de corregir un “error aritmético” es ilegal**.

Ilegal, porque prosiguió un trámite que el Tribunal no podía continuar, y mucho menos con el argumento inaceptable de que se trataba de **solucionar un error aritmético, el cual se puede realizar en cualquier tiempo** porque no

afecta la esencia de la decisión, en tanto **no constituye una facultad de modificar aspectos -fácticos o jurídicos- que, finalmente, impliquen un cambio del contenido jurídico sustancial de la decisión**, lo cual desde luego no acontece en este caso.

En tal sentido, **es cierto que el artículo 286 del Código general del proceso autoriza la corrección cuando se haya incurrido en error puramente aritmético, por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte. Pero** lo que esa disposición **no autoriza**, ni aun acudiendo a la integración de esa norma con los artículos 10 (actuación procesal), 27 (moduladores de la actividad procesal) y 139 -3 (deber del juez: corregir actos irregulares) de la Ley 906 de 2004, es **que un error no aritmético, sino de contenido y sustancial, se modifique con el pretexto de privilegiar lo sustancial sobre lo formal**, ecuación que claudica **si se asume que el derecho al debido proceso del acusado también es una cuestión sustancial**.

[...] Por supuesto, con la aclaración de que el error no implica que se juzgó al acusado dos veces por el mismo hecho, como el defensor lo alega, sino que se continuó una actuación que no podía proseguirse por haberse decretado la preclusión de la investigación, el cargo prospera.

En consecuencia, **la Sala casará la sentencia y decretará la nulidad de lo actuado con posterioridad a la diligencia del 21 de febrero de 2018, audiencia en la cual se decretó la preclusión de la actuación penal.**

[...] Al margen de ello, y a manera de obiter dicta, no deja de llamar la atención que no se haya considerado para efectos de apreciar los tiempos de prescripción de la acción penal, circunstancias que pudieron incidir en la imputación jurídica del resultado más grave (la perturbación psíquica), pues la conducta juzgada se sustentaba en lo ocurrido el día 4 de junio de 2011, y no en episodios anteriores (artículo 9 del Código Penal)».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

42. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO

En casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante contrainterrogatorio

En la determinación por virtud de la cual no se casó el fallo impugnado, la Corporación estimó importante recordar, frente a las *declaraciones rendidas antes del juicio oral*, que en eventos de retractación o variación, su incorporación y valoración implica la observancia del principio de confrontación. De esta manera, advirtió que se respetaron estos parámetros, en un evento de *testimonio adjunto*, que cumplió con los protocolos requeridos para su introducción al juicio como medio probatorio, cuya apreciación en estas condiciones no configuró los falsos juicios *de convicción y de legalidad*, alegados por el recurrente.

SP2667-2019 (49509) del 17/07/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Declaraciones rendidas antes del juicio:** como medio de prueba, eventos de admisión excepcional || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, alcance para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, hacen parte del testimonio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto o complementario || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Declaraciones rendidas antes del juicio:** en casos de retractación o variación, su

incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante contrainterrogatorio || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - No se configura || FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - No se configura**

«[...] acorde con lo que se viene señalando, **es necesario descartar la existencia del error de derecho por falso juicio de convicción postulado**, por cuanto, contrario a lo señalado por la demandante, **está claro que no obstante la restricción legal general en orden a incorporar y valorar como prueba las declaraciones previas al juicio oral, existen algunas excepciones que permiten su ingreso al plexo probatorio según se trate** de prueba de referencia, del uso del interrogatorio cruzado con fines de refrescamiento de memoria e impugnación de credibilidad, o **de prueba complementaria o adjunta en eventos de retractación o modificación de la versión inicial**, siempre que se cumpla con las previsiones atrás anotadas.

En ese orden, inicialmente corresponde verificar si la exposición rendida por ATP antes del juicio oral fue incorporada adecuadamente como medio de prueba y, de ser afirmativa la respuesta a ese cuestionamiento, evaluará si el mérito asignado a ella por el ad quem como fundamento de la condena, responde a los postulados de la sana crítica, de cara al resto del acervo probatorio.

Frente al primer aspecto, se tiene que ATPO compareció al juicio oral y estuvo disponible para el interrogatorio y contrainterrogatorio, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2012.

Así mismo, el registro de su testimonio enseña que, durante el interrogatorio directo, dicho deponente negó haber observado al que portaba el arma de fuego y menos los momentos en que éste disparó dentro del establecimiento de comercio de copropiedad del primero.

[...] A continuación, el declarante fue requerido por la Fiscal para que explicara las razones por las que en su exposición previa manifestó haber visto cuando la persona que discutía con su hermano sacó de su chaqueta el arma, lo amenazó y después disparó y tiró el revolver hacia un lado, mientras en su declaración en el juicio se desdijo de lo dicho para afirmar que no se percató de nada porque estaba en la bodega del establecimiento comercial.

El deponente, bajo marcado nerviosismo y ansiedad, respondió que lo que narró ante “el

cuartel” de Policía se basó en lo que le contó su hermano y que lo expresó así porque estaba tensionado y preocupado por éste, dado su carácter problemático cuando está borracho, además que no estaba acostumbrado a que sucedieran cosas como estas en su negocio.

Así mismo, aclaró que i) sí distinguía al sujeto con el que discutió su familiar debido a que es un cliente del café e incluso se lo ha encontrado, con posterioridad a los hechos, un par de veces, ii) cuando salió de la bodega vio a su hermano discutiendo y forcejeando, ante lo cual le preguntó qué había sucedido y éste le expresó que un tiro, tras lo cual llegaron los policías, iii) le manifestó a los uniformados que ese día estaba en la bodega y iv) después de que le manifestó a los policiales que un señor había hecho un tiro, estos salieron a buscarlo, volviendo con un sujeto bajito, moreno y canoso que es el mismo que estuvo «*palabreando*», es decir, discutiendo con su hermano.

Por su parte, en el escenario del **contrainterrogatorio**, el testigo insistió en que no percibió por sí mismo los acontecimientos criminales porque estaba en la bodega, ante lo cual fue interrogado por el defensor acerca de la inconsistencia derivada de haber narrado en su entrevista que vio cuando un señor hizo un disparo, explicando que lo que expuso en el “cuartel” de policía es porque le preguntó a su hermano qué pasó y éste le dijo «*tal y tal cosa*», de manera que lo único que sintió fue la detonación y al salir solo vio el forcejeo, la bulla y el arma encima del mostrador.

Del mismo modo, se advierte que la funcionaria investigadora **solicitó la introducción de la referida declaración anterior como testimonio adjunto, petición acogida por la juzgadora** y frente a la cual la defensa expresó que no tenía ninguna manifestación que hacer.

Así las cosas, **se advierte que la entrevista de ATP cumplió los protocolos para su introducción como medio de prueba en tanto testimonio complementario**, pues fue leída por el testigo -en los apartes atrás transcritos- y el deponente estuvo disponible para el interrogatorio y el contrainterrogatorio en punto de los aspectos contradictorios suscitados entre la exposición previa y la atestación realizada en el debate oral, salvaguardando, entonces, el principio de confrontación; **por modo que, el Tribunal tampoco incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad**».

Inicio

**43. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA**
***No interrumpe la audiencia de formulación
de imputación***

Al decidir sobre la impugnación de competencia, la Sala precisó que dicho trámite, establecido en la Ley 906 de 2004, no conduce a la *interrupción de la audiencia de formulación de imputación*, razón por la cual consideró incorrecto el procedimiento impartido por un Juez de Control de Garantías en este sentido. De este modo, se decidió la remisión del asunto al Estrado Judicial para la continuación y culminación de la referida diligencia.

AP2889-2019 (55693) del 17/07/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia: no interrumpe la audiencia de formulación de imputación || **DEBIDO PROCESO - Estructura procesal:** antecedente, consecuente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia territorial, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** connotación procesal

«[...] erró el juez [...] penal municipal con función de control de garantías de Tunja en el trámite impartido en la audiencia de formulación de imputación, pues pese a que se pronunció sobre la impugnación de competencia y concluyó que en efecto le asistía el deber de adelantar dicha diligencia, optó por remitir la actuación a esta Corporación, sin que se terminara tal acto procesal, pues lo lógico era que se procediera a su culminación.

Lo anterior, por cuanto **no existe en la Ley 906 de 2004 norma que indique que la audiencia de formulación de imputación se interrumpe con la impugnación de competencia**, máxime

que se reitera, se presentaba una situación de urgencia por la que la Fiscalía había acudido a los jueces de Tunja, la cual cobijaba no solo la declaratoria de legalidad de la captura, sino además, la imputación.

Aunado al hecho que la formulación de imputación *«con la cual se abre el proceso a través de la comunicación que el fiscal hace al indiciado de la investigación que se le adelanta por una determinada conducta punible, tiene una connotación procesal innegable dentro del principio antecedente consecuente, pues, sin ella no es posible, en primer lugar, hablar del inicio formalizado del proceso, y en segundo término, viabilizar la posibilidad de formular acusación al imputado, si se trata de la vía ordinaria, o permitir la terminación extraordinaria por el camino del allanamiento a cargos o los acuerdos entre las partes.* (CSJAP6049-2014, rad. 42452).

[...] Así las cosas, advierte la Sala que si bien en el caso objeto de análisis la audiencia de legalización de captura se efectuó y el procesado quedó en libertad ante el retiro de la Fiscalía de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento por cuenta de la presente actuación, lo cierto es que **el Juzgado [...] Penal Municipal con función de Control de Garantías era competente para adelantar la audiencia de formulación de imputación, que además, ha debido culminarse en dicho estrado judicial.**

Lo anterior, por cuanto no se ha verificado si se cumplió lo establecido en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, tampoco se le han informado a OR los derechos que le asisten como imputado ni se le ha indagado sobre la posibilidad que tiene de allanarse o no al cargo formulado y sus consecuencias y se reitera, el Juzgado en mención, tenía competencia excepcional para adelantarla.

Así las cosas, no resulta lógico y razonable que la diligencia que se inició en Tunja se concluya en Fortul (Arauca), por lo que no le queda camino diferente a esta Corporación que declarar que **el competente para continuar con la audiencia de formulación de imputación** contra BOR **es el Juzgado [...] Penal Municipal con función de Control de Garantías** de Tunja al que se

remitirán de manera inmediata las diligencias para lo pertinente».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

44. TESIS DE LA RAZÓN OBJETIVA FRENTE A DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE

Es aplicable el procedimiento previsto en la ley 600 de 2000, si las labores de policía judicial e inteligencia se iniciaron antes de la vigencia de la ley 906 de 2004

La Sala decidió *no casar* la providencia impugnada, en la que se impuso condena a los procesados como coautores del delito de *Lavado de Activos Agravado*, desestimando, entre otros aspectos, las alegaciones defensivas orientadas a la invalidación de la actuación, por la circunstancia de haberse surtido el procedimiento bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, en lugar de las atinentes a la Ley 906 de 2004. Concretamente precisó que, bajo la *tesis de la razón objetiva*, fue correcta la utilización de la ley adjetiva propia del sistema inquisitivo mixto, teniendo en cuenta que las *labores de policía judicial e inteligencia* tendientes a descubrir el delito y sus autores, se efectuaron antes de la entrada en *vigencia* del *sistema acusatorio* y en un momento en que regía la citada normatividad. En este sentido, aclaró la diferencia entre la *resolución de indagación preliminar* con las *actividades de investigación* previas a la judicialización, cuyo despliegue en este caso validó la aplicación del procedimiento en mención.

SP1208-2019 (51285) del 3/04/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE - Iniciados en un sistema penal y concluido en vigencia de la ley 906 de 2004: tesis de la razón objetiva || **INDAGACIÓN PRELIMINAR** - Diferente a las actividades de investigación atinentes a las labores de inteligencia y policía judicial previas a su judicialización || **DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE - Tesis de la razón objetiva:** es aplicable el procedimiento previsto en la ley 600 de 2000, si las labores de policía judicial e inteligencia se iniciaron antes de la vigencia de la ley 906 de 2004 || **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - Aplicación de la ley procesal vigente al momento de los hechos || **PRINCIPIO DE LEGALIDAD - No se vulnera** || **DEBIDO PROCESO - No se vulnera** || **NULIDAD - Debido proceso:** no se configura

«El casacionista alega que la sentencia del Tribunal es nula por vulnerar el principio de legalidad, toda vez que el proceso debió rituarse bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004 y no de la 600 de 2000, en acatamiento a la **tesis de la razón objetiva** de la Sala expuesta en su decisión del 9 de junio de 2008.

En su demostración, expresa que el primer acto de **indagación** corresponde a la solicitud del 3 de agosto de 2006 de la investigadora de la Djin [...], dirigida a la Jefe de la Unidad de Fiscalías para la Extinción del derecho de Dominio y el Lavado de Activos, con la finalidad de interceptar abonados telefónicos fijos y celulares, petición sustentada en el oficio del día primero del mes y año citados, suscrito por [...], agente especial del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los Estados Unidos.

Añade que la Fiscalía el 31 de agosto de 2006 dispuso la indagación preliminar, en ninguna de cuyas diligencias se mencionaba a SMD, razón por la cual era imperativo adelantar la actuación de acuerdo con la Ley 906 de 2004, por ser el procedimiento en vigor al momento de iniciarse los actos de investigación.

El impugnante no se equivoca cuando afirma que la **razón objetiva es el fundamento que la Sala por vía de jurisprudencia acogió ante la coexistencia de sistemas, para frente al delito de ejecución permanente determinar cuál era el que debía regir su investigación**, en orden a evitar la mezcla de procedimientos.

En la decisión del 9 de junio de 2008, rad. 29586, la Corte al descartar que la favorabilidad fuera el fundamento para decidir el aplicable, sostuvo que:

“se inclina la Sala por acudir a criterios objetivos y razonables, edificados estos esencialmente en determinar bajo cuál de las legislaciones se iniciaron las actividades de investigación, la que una vez detectada y aplicada, bajo su inmodificable régimen habrá de adelantarse la totalidad de la actuación, sin importar que (al seleccionarse por ejemplo la Ley 600) aún bajo la comisión del delito -dada su permanencia- aparezca en vigencia el nuevo sistema.”.

Sin embargo, carece de fundamento al señalar que el primer acto de investigación se produjo el 3 de agosto de 2006, cuando la investigadora solicitó la interceptación telefónica, de modo que rigiendo la Ley 906 de 2004 para esa fecha en el Distrito Judicial de Bogotá, la acusada tenía derecho a ser investigada y juzgada conforme al procedimiento contemplado en ella.

En principio, pierde de vista lo señalado por el Tribunal, que siguiendo la línea jurisprudencial inmodificable de la razón objetiva, sostuvo que las labores de indagación se adelantaban desde 2004 por el agente especial del Servicio de Inmigración de los Estados Unidos y la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, y como resultado de la operación “Aguiles”, Emir Abreu “suministró un listado de posibles personas que al parecer eran lavadores de activos de la organización liderada por Fabio Ochoa Vasco, quien para entonces estaba prófugo de la justicia”.

La circunstancia de haber sido informada la Fiscalía el 3 de agosto de 2006, fecha para el cual según lo dicho regía la Ley 906 de 2004 en Bogotá, acerca de esas indagaciones a través de la solicitud de interceptación de los abonados telefónicos de tales personas, indica que al amparo de la tesis de la razón objetiva el procedimiento que debía aplicarse era el previsto en la Ley 600 de 2000, como acertadamente lo decidió la Fiscalía General de la Nación y lo avaló la instancia.

Para el impugnante las indagaciones adelantadas por el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas ICE y la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional de Colombia en desarrollo de la operación “Aguiles”, no son punto de partida de las averiguaciones que continuó la Fiscalía una vez enterada de los resultados de aquella, precisando que *“el primer acto formal y jurídico de investigación”*, lo constituye la resolución de apertura de indagación preliminar del 31 de agosto de 2006.

Tal conclusión no es cierta por varias razones. Una, dicha pesquisa estaba relacionada con el descubrimiento de actividades ilícitas vinculadas con el narcotráfico, en cabeza de FEOV. Dos, en ella fue detectada la intervención de testaferros y lavadores de activos, algunos identificados y otros no. Y, tres, el vínculo entre los delitos de narcotráfico y lavado de activos, es indiscutible, toda vez que en este asunto el último es consecuencia del primero.

Así las cosas, el recurrente no puede escindir como lo pretende, las indagaciones adelantadas en el curso del operativo adelantado por autoridades de los Estados Unidos y de Colombia, con las derivadas a partir de ellas, toda vez que es evidente que este proceso se explica únicamente a partir del descubrimiento de las actividades de narcotráfico ejecutadas por FEOC y sus socios.

Pretende restringir el alcance de la jurisprudencia en la que sustenta el reparo, al **equiparar la resolución de apertura de indagación preliminar con las “actividades de investigación”**, concepto este **omnicomprensivo de toda labor tendiente a descubrir el delito y sus partícipes, la cual corresponde a la inteligencia y trabajo de policía judicial previos a su judicialización.**

En este sentido, **el conjunto de tareas desarrolladas por la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional** en asocio con la ICE, en cumplimiento de la operación “Aguiles” para combatir organizaciones delincuenciales dedicadas al narcotráfico y capturar a sus integrantes, sin duda, **constituyeron actividades de investigación** que, además de permitir la aprehensión de algunos de los partícipes, dejó en evidencia la existencia de testaferros y lavadores del producto derivado de dicha actividad ilícita.

Labores que **se cumplieron en el año 2004**, esto es, **antes de la validez de la Ley 906**, sin que la circunstancia de **su conocimiento en agosto de 2006**, **impusiera a la Fiscalía la obligación de iniciar la investigación bajo el sistema acusatorio** consagrado en ella.

De ahí que luego se estableciera que **la conducta imputada a SMD venía ejecutándose desde 1996, incluso antes de la vigencia la Ley 600 de 2000; de modo que si no aparecía mencionada en el oficio** remitido a la Fiscalía por el agente especial [...], **ni en la resolución del 31 de agosto de 2006 de apertura de investigación previa, no quiere decir** según el libelista parece entenderlo, **que el delito se ejecutó el día en que fue descubierta su participación en él.**

La Sala no encuentra que el Tribunal se haya apartado de la **línea jurisprudencial** refrendada recientemente; por el contrario, observa que **el casacionista hace una lectura equivocada de ella** para mostrar la supuesta trascendencia de la irregularidad alegada, a partir de dar por cierto que este asunto ha debido tramitarse conforme con el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004.

Por este motivo, aduce que dejaron de aplicarse las ritualidades y garantías propias del sistema acusatorio, que según él mostrarían la violación del principio de legalidad que rige al **debido proceso**, sin evidenciar por qué este asunto no podía regirse por la Ley 600 de 2000, teniendo en cuenta que la ejecución del delito y su

permanencia en su vigencia permitía su aplicación, y cómo su trámite bajo este procedimiento afectó garantías fundamentales de la acusada.

Por eso, **frente a la posibilidad de selección del trámite aplicable tratándose de delitos permanentes**, cuya ejecución abarca ambos procedimientos como en este caso, también la jurisprudencia ha dicho que **es preciso verificar si i) el asunto podía adelantarse por cualquiera de los dos sistemas, y ii) el debido proceso**, las garantías y derechos fueron respetadas, en cuyo caso no habría lugar a su invalidación

[...] **existía evidencia concreta del proceder ilícito** atribuido a la procesada, **proveniente de las actividades de investigación** ya reseñadas, **de manera que no son vinculantes las resoluciones de investigación previa y de apertura de instrucción proferidas en el 2006 y 2009**, para considerar que era imperativo su trámite bajo el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004.

De modo que **en aplicación de la tesis de la razón objetiva, al tratarse de un delito permanente** cuya ejecución empezó en 1996 y concluyó en 2007, **en cuyo lapso coexistía y coexiste la Ley 600 de 2000, su adelantamiento bajo los postulados de esta disposición penal no viola el principio de legalidad procesal** alegado en la demanda.

El cargo no prospera».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

45. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Cuando es agravado por la cantidad de sustancia incautada, no tiene ninguna incidencia su grado de pureza, proceso o mezcla con otras

Al decidir no casar la sentencia impugnada, referida al delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, la Corte tuvo ocasión de precisar que, para la configuración del

agravante alusivo a la cantidad de sustancia incautada, no tiene ninguna incidencia su grado de pureza, proceso de fabricación o mezcla con otros elementos, pues el legislador no hizo ninguna distinción a este respecto, de modo tal que bajo los postulados de la hermenéutica jurídica, no les es dable al intérprete proceder a distinguir. Así mismo, enfatizó en la importancia y valor probatorio de la *prueba de identificación preliminar homologada*, en la que se realiza el denominado *narcotest* y se efectúa el pesaje del alcaloide.

SP2201-2019 (48288) del 18/06/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DICTAMEN PERICIAL - Prueba de identificación preliminar homologada (PIPH): determina el peso de la sustancia incautada || **DICTAMEN PERICIAL - Prueba de identificación preliminar homologada (PIPH):** no está contemplado algún precepto legal que le reste valor probatorio a los análisis de narcotest || **LEY - Interpretación:** principio de hermenéutica jurídica, si la norma no distingue, no le corresponde al intérprete distinguir || **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** por la cantidad de sustancia incautada, no tiene ninguna incidencia su grado de pureza, proceso o mezcla con otras || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de libertad probatoria || TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** se configura

«[...] en relación con los cargos segundo y cuarto en los cuales el censor añora el examen químico definitivo de la sustancia que permitiría aclarar su peso, se debe aclarar que por regla general el análisis definitivo de la droga se hace sólo sobre una muestra que se envía al perito químico con el fin de que realice la comprobación, no le llega a él todo el material incautado, de ahí que **es en la prueba preliminar homologada PIPH que se determina el peso**, aspecto que sirve también para fijar competencia.

[...] para los juzgadores se corroboraba que la sustancia hallada el 13 de noviembre de 2014 en poder del procesado correspondía a la inicialmente examinada en el aeropuerto por el policial, JR y a la analizada al otro día por el Técnico del Cuerpo Técnico de Investigación LR, pruebas que de manera coincidente develaron que se trataba de cocaína, además, debe destacarse que **no está contemplado algún precepto legal que le reste valor probatorio a los análisis de narcotest o PIPH**, máxime que aquí acudieron a juicio los servidores públicos que hicieron tales valoraciones con el fin de

declarar sobre los procedimientos y conclusiones hechas.

Y en cuanto a la falta del examen que habría establecido la pureza del alcaloide y eventualmente disminuir su cantidad, lo que pudiera incidir frente a la causal de agravación predicada y aun en el factor de competencia del juez que conoció, **para la Corte no resulta acertada la diferenciación que en el segundo cargo hace el demandante al decir que el artículo 376 del Código Penal abarca cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína, en tanto que el numeral 3° del artículo 384 del mismo ordenamiento se refiere únicamente a cocaína dejando por fuera cualquier otra sustancia estupefaciente a base de ella, porque pasa por alto el principio de hermenéutica jurídica que si la norma no distingue, no le corresponde al intérprete distinguir.**

Ciertamente, se muestran vanas lucubraciones tendientes a diferenciar que uno es el delito que sanciona, según los varios verbos rectores relacionados con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas y otro es **la causal de intensidad punitiva basada en que la sustancia supere los cinco (5) kilos de cocaína, toda vez que en esta última ninguna incidencia tiene el grado de pureza.** El legislador no hace alguna diferencia en el estado de la cocaína o su proceso (base de coca, pasta base de coca, clorhidrato de cocaína) o su mezcla con otras sustancias, por eso **con acierto el juzgador concluyó que, ante el peso de 5,150 gramos de cocaína, era plenamente aplicable la aludida causal de agravación.**

Finalmente, la queja que en el cuarto cargo hace el defensor relacionada con que el Tribunal acudió a internet para argumentar las varias presentaciones que puede tener la cocaína se torna también intrascendente, porque se insiste, **ninguna incidencia tiene el grado de pureza frente al peso de la sustancia de 5.150 gramos incautada a GM.**

Tampoco el libelista dedica espacio a derruir la regla de la experiencia a la que también acudió el juzgador para construir prueba circunstancial relacionada con el doble fondo hallado en la maleta que portaba en su mano el procesado, forma generalmente utilizada para camuflar estupefacientes y tratar de eludir la acción de las autoridades, máxime que aquél no dio alguna

explicación a esa modificación encontrada en su equipaje.

En este orden, la pretensión del censor no logra salir adelante, ya que si bien la fiscalía no aportó el álbum fotográfico de la incautación ni la prueba química definitiva, **con base en el principio de libertad probatoria** se tuvieron en cuenta los análisis de narcotest y PIPH, acta de destrucción de las sustancias, avalados cada uno de estos con las declaraciones de los respectivos servidores

públicos que los practicaron **acreditando la autenticidad de la evidencia física y por ende la materialidad de la infracción penal.**

Vista así la realidad contenida en el fallo impugnado, se concluye que carece de fundamento la pretensión del censor y, por consiguiente, como lo solicitan los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público ante esta sede, las censuras no están llamada al éxito»

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

46. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La esencia definitoria del núcleo familiar es la convivencia conjunta

Al declarar infundada la causal de revisión invocada, la Sala estimó relevante referirse al delito de *Violencia Intrafamiliar*, y concretamente, al concepto de *núcleo familiar*, así como al parámetro que lo define, consistente en la *convivencia conjunta*. De este modo, consideró que, en el caso concreto, si se configuró el comportamiento delictivo, teniendo de presente que el sujeto activo continuaba *vinculado a la unidad doméstica*, así fuera de manera *arbitraria y disfuncional*, por lo que no resultaba procedente su alegación, relativa a la aplicación de un cambio jurisprudencial favorable.

SP2251-2019 (53048) del 18/06/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: núcleo familiar, concepto de convivencia ||
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: núcleo familiar, etapas o fases de convivencia ||
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – Configuración: mediante un acto de violencia de género ||
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:

núcleo familiar, su esencia definitoria es la convivencia conjunta || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:** núcleo familiar, no puede deducirse de la sola existencia de hijos en común || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura:** evento en que el sujeto activo seguía integrado de manera arbitraria y disfuncional a la unidad doméstica

«Ahora, como quiera que la revisión de la sentencia es solicitada con fundamento en los elementos reseñados en precedencia [...], que aplican a la construcción de la premisa mayor del silogismo en que se basa el juicio de adecuación típica, en la fase de verificación de la tipicidad objetiva, **la Sala ha de determinar las condiciones en que vivían CAMC y la señora TO, a fin de establecer si entre ellos existía o no un núcleo familiar.**

Dentro del proceso penal se tuvo conocimiento de que, para el momento en que se materializaron las agresiones, CAMC y la víctima **ya no hacían vida marital como pareja.**

Tal perspectiva fáctica, en efecto, se acreditó en el juicio con el testimonio de la señora LET.

[...] Ello acredita, contrario a lo expuesto por el accionante, que **el victimario no había abandonado la residencia para la fecha en que se ocasionaron los maltratos físicos.** Y así se constata al ahondar en el contexto fáctico que rodea las agresiones que dieron lugar a la condena del señor MC como autor de **violencia intrafamiliar**, pues **lo que hay que establecer es si la manera en que aquéllos vivían permite**

verificar la existencia o inexistencia de un núcleo familiar.

Como se verá, del relato de la víctima es dable sostener que **si bien su vida marital con el señor MC había culminado por razones de violencia -de género-**, que más adelante se pondrán de manifiesto, **aquél permaneció aposentado en su vivienda**, prácticamente establecido en su hogar, **instalado a una cercanía tal, que debió convivir con él** por mucho tiempo, en condiciones agobiantes, hasta el día en que, con ocasión de la denuncia que dio origen al proceso penal por violencia intrafamiliar, *aquél “se fue”*:

[...] Es menester destacar que la vivienda en mención no se caracterizaba por unas adecuadas condiciones urbanísticas y arquitectónicas, sino que correspondía a un asentamiento irregular [...]. Por lo general, ese tipo de establecimientos irregulares son asentamientos que abarcan a comunidades o individuos albergados en viviendas autoconstruidas bajo deficientes condiciones de habitabilidad. Sobre tales condiciones, la víctima dio información en el juicio.

Al relatar los momentos previos en que el sentenciado la agredió, [...].

Ahora bien, **de esas condiciones de convivencia es dable identificar tres fases de la relación de familia -bastante disfuncional-** sostenida entre la agredida y CAMC. **La primera etapa**, caracterizada por la vida marital entre aquéllos bajo el mismo techo, perduró pese a una cotidianidad de maltrato y violencia; **la segunda**, correspondiente a la ruptura de la relación por tales causas, provocó la instalación del señor MC en la entrada del inmueble, sin dejar el entorno familiar; **la tercera** fase se identifica con el verdadero abandono del hogar por parte del sentenciado, quien atemorizado por las consecuencias penales de la agresión a L.E.T.O., se fue definitivamente.

Sobre la primera etapa de convivencia entre la denunciante y el condenado, en calidad de compañeros permanentes, aquél tuvo problemas de drogadicción y alcoholismo que hicieron problemática la relación, máxime que se presentaron episodios de violencia física y moral que LE no denunció por temor e intimidación.

[...] Tales condiciones de **violencia doméstica**, no denunciadas, ocasionaron que la señora TO expulsara de la casa a su compañero, situación

que dio inicio a la segunda etapa de convivencia. En el contexto fáctico hasta aquí reconstruido, es claro que esa separación, a lo sumo, fue de cuerpos -aplicando analógicamente las disposiciones del Código Civil referentes al matrimonio-, pues **si bien ya el agresor no compartía lecho con la denunciante, la convivencia entre aquél y ésta, así como con los demás integrantes del núcleo familiar -conformado por las hijas y nietos de aquéllos-, no cesó** con la ubicación de CAM en la puerta de la casa. En las ya conocidas condiciones de precariedad de la vivienda y **en el marco de tan disfuncional relación de familia, la convivencia con el sentenciado mutó, pero no cesó**.

Si bien agresor y agredida ya no dormían como pareja, el señor MC se instaló a un metro de la puerta de su hogar, en un “*cambuche*”. En esas circunstancias, no sólo continuó con sus actos de maltrato y agresión, cuyas víctimas eran tanto LE como sus hijas, sino que, en una típica actitud de hostigamiento propio de la **violencia de género contra la mujer**, asediaba a aquélla, por entender que “*le pertenecía*”.

Sobre ese particular, la víctima declaró que el sentenciado no asimiló que ella quería separarse de él, pues le decía que no podía verla con otro hombre, porque “*si no era para él, no era para nadie*”. En ese marco de asedio y dominación al que CMC siguió sometiendo a LET, los maltratos continuaron: [...].

Adicionalmente, se presentaron agresiones físicas motivadas en que el sentenciado se acercaba a pedir comida y ésta le era negada por LET

Pero ese insoportable ciclo de **violencia de género** de la que aquélla fue víctima finalmente fue denunciado, con ocasión de un especial acto de maltrato físico, acaecido el 9 de enero de 2010, en el que el condenado la sujetó del cabello y la arrastró por la calle. Esta agresión física y humillación pública marcó la determinación de la agredida de poner fin, definitivamente, a cualquier vínculo con CAMC, a quien denunció por **violencia intrafamiliar**, dada la magnitud del maltrato [...]

[...] Pues bien, contrastados los anteriores enunciados de hecho [...] con los criterios jurisprudenciales con fundamento en los cuales se demanda la revisión de la sentencia [...], la Sala encuentra que **no hay lugar a modificar el**

juicio de adecuación típica que condujo a declarar responsable a CAM como autor de violencia intrafamiliar agravada.

Dadas las particulares circunstancias que rodearon la vida familiar entre el señor MC y la señora TO, en compañía de sus hijas y sus nietos, para la Corte, **la separación del sentenciado de ese núcleo familiar apenas se dio cuando, después de haber atacado físicamente a la víctima, abandonó definitivamente el sitio donde aquéllos residían**, no con la simple ubicación de aquél a la salida de la casa.

Desde luego, **se trataba de una unidad doméstica disfuncional y disgregada, en la que las condiciones de marginalidad, sumadas a la drogadicción del sentenciado, condujeron a que éste siguiera conviviendo con todos ellos**, pese a haber interrumpido su vida marital con LE. Antes de “desaparecer”, CM tan sólo salió de las paredes de la casa familiar, mas no por ello es dable sostener que dejó de convivir con la denunciante, sus hijas y sus nietos.

En el entorno de una vivienda autoconstruida, en un asentamiento irregular y bajo deficientes condiciones de habitabilidad, afirmar que el sentenciado dejó de convivir con su familia, pese a que cesó la vida marital con su compañera, es insostenible.

Convivir significa vivir en compañía de otro u otros; en este caso, en compañía de su familia. Y **esa convivencia no pudo haber cesado** cuando, estando el señor MC a un metro de la casa, la denunciante, así como sus hijas y sus nietos, debieron interactuar diariamente con él, viéndose en la obligación de soportar su presencia y malos tratos. Ni siquiera las paredes de la casa los resguardaban de aquél, pues como se reseñó, los muros solían caerse cuando había fuertes lluvias.

El contexto fáctico arriba descrito no sólo muestra que el accionante se equivoca al afirmar que el condenado y la víctima no vivían bajo el mismo techo, pues en tales condiciones de precariedad no había un resguardo seguro para ninguno. Además, **en una cercanía tan próxima en la que se instaló el señor MC, difícilmente puede decirse que éste abandonó el hogar**. Antes bien, sus familiares tuvieron que vivir la dura realidad de tener que verlo diariamente -en estado de indigencia- en su hogar. Muestra de

esa permanente interacción se evidencia en que aquél se acercaba a pedir comida y se tornaba agresivo cuando le era negada, al tiempo que asediaba a LE para dejarle en claro -desde su perspectiva-, que le seguía perteneciendo como mujer.

Además, en el informe de la perito psicóloga que se introdujo en el juicio oral, se advirtió de la potencial existencia de *«un nivel de riesgo alto para la denunciante y un nivel de peligrosidad alto por parte del señor CAM»*.

Y tan cruda realidad socio-familiar muestra, igualmente, que los conceptos jurisprudenciales también han de ser sometidos a interpretación. Las dinámicas familiares son un fenómeno social que evoluciona permanentemente, de la mano de nuevas formas de relacionamiento entre los seres humanos.

La esencia definitoria de un núcleo familiar, en tanto ámbito más profundo de las relaciones de familia, **es la convivencia conjunta**. Y ésta viene definida por múltiples factores que influyen en la conformación de tan íntimo entorno de relacionamiento, motivo por el cual no es posible que, a fin de identificar cuando dos personas conviven en un escenario de tal naturaleza, se acuda a conceptos rígidos, que lejos de ser equivalentes -per se- a un núcleo familiar, son apenas referentes para identificar cuando existe tal forma de composición social, sin excluir otros factores que también son pertinentes para entender la constitución de un determinado núcleo familiar.

Por consiguiente, **al margen de que los juzgadores de instancia hubieran deducido la pertenencia de víctima y victimario al mismo núcleo familiar en la mera existencia de hijos en común -algo que ciertamente es insostenible a la luz del nuevo criterio jurisprudencial** invocado por el accionante-, por las razones aquí expuestas **es claro que CAMC, al tiempo de los maltratos denunciados por LET, seguía integrado -aunque arbitraria y disfuncionalmente- a la unidad doméstica** que aquélla mantenía con sus hijas y nietos. **De suerte que la declaratoria de responsabilidad de aquél por violencia intrafamiliar agravada es correcta y ha de mantenerse»**

(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

