



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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2019

Octubre a Diciembre 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

<b>1. ACCIÓN DE REVISIÓN</b> - Hecho y prueba nuevos	<b>3</b>
<b>2. CALUMNIA</b> - No se configura, por atipicidad subjetiva, cuando el sujeto activo obra con la convicción errada y superable de que las sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas	<b>6</b>
<b>3. CAMBIO DE RADICACIÓN</b> - Procedencia, para garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia	<b>10</b>
<b>4. CONDUCTA PUNIBLE</b> - Antijuridicidad	<b>14</b>
<b>5. DEFENSA TÉCNICA</b> - No se vulnera, por el hecho que el procesado se acoja o no a sentencia anticipada	<b>16</b>
<b>6. DOBLE CONFORMIDAD</b> - Impugnación especial	<b>18</b>
<b>7. ERROR DE TIPO</b> - Invencible: no se configura, el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales	<b>20</b>
<b>8. ESTAFA</b> - Configuración, el hecho de que el ejecutor del delito no ostente la posición de garantía respecto del sujeto pasivo, no descarta la imputación objetiva del resultado	<b>21</b>
<b>9. ESTAFA</b> - Delito masa, la cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas	<b>24</b>
<b>10. EXTINCIÓN DE DOMINIO</b> - Régimen de transición	<b>25</b>
<b>11. FALSO JUICIO DE EXISTENCIA</b> - Se configura	<b>28</b>
<b>12. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD</b> - Se configura	<b>31</b>
<b>13. FRAUDE PROCESAL</b> - Se configura, cuando se utilizan medios fraudulentos para inducir en error al servidor público que selecciona al contratista	<b>35</b>
<b>14. INASISTENCIA ALIMENTARIA</b> - No se configura	<b>36</b>
<b>15. LEY DE JUSTICIA Y PAZ</b> - Medidas cautelares, terceros de buena fe, deben demostrar que obraron respecto del bien, con prudencia, diligencia y cuidado extremos en su conducta	<b>39</b>
<b>16. LIBERTAD CONDICIONAL</b> - Procedencia	<b>40</b>
<b>17. NULIDAD</b> - Juez natural	<b>43</b>

<b>18. PECULADO POR APROPIACIÓN</b> - Se configura, mediante la apropiación por parte del contratista de los dineros públicos entregados a título de anticipo	<b>47</b>
<b>19. PREVARICATO POR ACCIÓN</b> - No se configura	<b>49</b>
<b>20. PREVARICATO POR OMISIÓN</b> - No se configura, cuando no se acredita la carencia de razonabilidad de la conducta endilgada	<b>52</b>
<b>21. PRUEBA PERICIAL</b> - Técnica en casación	<b>53</b>
<b>22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Captura en flagrancia, la atribución de responsabilidad fundada exclusivamente en tal hipótesis, es insuficiente para emitir fallo condenatorio	<b>54</b>
<b>23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Captura, derivada del anuncio de sentido de fallo condenatorio, no le es aplicable el término de duración de las medidas de aseguramiento	<b>56</b>
<b>24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Defensa técnica	<b>58</b>
<b>25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Principio de congruencia, se vulnera, cuando el juez condena por hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la imputación de cargos, que no consten en la acusación	<b>60</b>
<b>26. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Recurso de apelación, interés para recurrir, de la Fiscalía y el Ministerio Público, cuando en la decisión de preclusión se modifica la causal invocada	<b>62</b>
<b>27. SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS</b> - Constituyen un concepto de naturaleza jurídica que ha de ser determinado por el juez en cada caso	<b>64</b>
<b>28. TESTIMONIO</b> - Apreciación probatoria	<b>67</b>
<b>29. TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL</b> - Competencia	<b>72</b>
<b>30. UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS</b> - No se configura	<b>74</b>
<b>31. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR</b> - Agravada	<b>80</b>



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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2019

Octubre a Diciembre de 2019

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

### Inicio

#### 1. ACCIÓN DE REVISIÓN - HECHO Y PRUEBA NUEVOS

**Quando se acredita que el procesado era menor de edad y fue juzgado y condenado como adulto**

La Sala declaró *fundada* la causal de revisión, referida a la aparición o surgimiento de nuevas pruebas y/o hechos no conocidos al tiempo de los debates, luego de establecer que el sentenciado fue juzgado y condenado por el delito de *homicidio agravado*, bajo la condición de tratarse de una persona adulta, pese a que para la época de la conducta punible contaba con quince años de edad. En tal sentido, precisó el concepto de *imputabilidad diferenciada*, predicable de los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad. De este modo dispuso dejar sin valor y efecto el fallo condenatorio, así como la libertad inmediata del procesado y la remisión del asunto al Juez Promiscuo de Familia, conforme a la competencia que regía para el momento de materialización del comportamiento.

**SP1805-2019 (50611) del 22/05/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

#### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** requisitos || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado ||

**ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** cuando se acredita que el procesado era menor de edad y fue juzgado y condenado como adulto || **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Imputabilidad diferenciada:** respecto de adolescentes entre los 14 y 18 años de edad || **INIMPUTABILIDAD - Evolución jurisprudencial || INIMPUTABILIDAD - Edad:** inferior a los 18 años, no constituye supuesto o causal

«Se demanda la revisión de la sentencia que condenó a HVV por el delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo, bajo la premisa de que **fue investigado y juzgado como adulto, cuando debió serlo por la justicia de menores** porque contaba con solo 15 años de edad cuando se ejecutaron las conductas punibles que se le atribuyen (21 de agosto de 1999).

El artículo 220 del C.P.P./2000 describe las hipótesis en que una sentencia ejecutoriada, como es la demandada, se torna en manifiestamente injusta y, por ello, habilitan su revisión, previa remoción de la fuerza de cosa juzgada que la ampara.

Una de esas causales de revisión se configura «Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad» (numeral 3, ibídem). Es decir, según este precepto, la decisión judicial es revisable siempre que exista un hecho o prueba que, en primer lugar, sean novedosos porque se conocen con posterioridad al juicio, y, en segundo lugar, tengan la eficacia suficiente para establecer la irresponsabilidad o inimputabilidad del sentenciado.

Pues bien, la Corte ha sostenido, de manera reiterada, que **el supuesto consistente en que una prueba nueva acredite que un menor de**

**edad fue juzgado y condenado por el procedimiento y los jueces reservados por las leyes penales para las personas adultas, se adecua a la precitada causal de revisión** porque es una situación que **incide**, necesariamente, **en la imputabilidad del condenado**.

Sin embargo, a diferencia de algunas decisiones emitidas en la primera década del presente siglo, en las que se consideró que el menor de edad era una especie de inimputable por inmadurez psicológica, como rezago del derogado Código del Menor (art. 165); en la sentencia SP, jun. 29/2011, rad. 35681, se corrigió tal postura, especialmente con fundamento en las prescripciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, para reconocer que **los adolescentes, entre los 14 y los 18 años de edad, ostentan una condición de «imputabilidad diferenciada»**.

Los principales fundamentos de esa aclaración jurisprudencial fueron los siguientes:

*... la minoría de edad (por lo menos a partir de los catorce años) no implica una deficiencia total en el individuo para comprender la ilicitud de su comportamiento o para adecuarlo conforme a esa comprensión. En otras palabras, no es posible sostener que todos los menores son inimputables en materia penal en razón de una supuesta o presunta inmadurez psicológica. Veamos:*

*En un principio, la capacidad para responder por las infracciones a la ley penal en las que los menores eran autores o partícipes se asumía desde una perspectiva paternalista, pues el Estado los ubicaba en la categoría de inimputables inmersos en una situación irregular y, debido a ello, buscaba brindarles un tratamiento especial con fines de protección.*

*Actualmente, la opinión dominante en el derecho contemporáneo considera que, a partir de cierta edad (que en nuestro país es a los catorce años), los menores no sólo son titulares de derechos con capacidad para ejercerlos por sí mismos, sino que a la vez deben responder ante el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, por lo que podrían estar sometidos al poder punitivo del Estado en los eventos en que cometan violaciones a la ley penal, pero siempre bajo el criterio de imputabilidad diferenciada, es decir, de aquella en la que se tiene en cuenta tanto sus condiciones personales como el grado de evolución de sus facultades, en aras de imponerles una medida, no asimilable al tradicional concepto de pena, que pretenderá reintegrarlos a la sociedad.*

*(...).*

*En el Decreto 2737 de 1989, anterior Código del Menor, se preservó la filosofía de la doctrina tutelar,..., como se deriva de lo dispuesto en el*

*artículo 30, en el que el legislador previó nueve circunstancias totalmente incompatibles por las cuales se consideraba al joven en situación irregular; entre ellas, la de haber realizado una conducta punible o la de contribuir a su ejecución.*

*Así mismo, dicha normatividad contemplaba en su artículo 165 que, para tales efectos, los menores de edad debían ser tenidos como inimputables:*

*“Inimputabilidad del menor de dieciocho años. Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años”.*

*Con la entrada en rigor (gradual y sucesiva) de la Ley 1098 de 2006 (o Código de la Infancia y Adolescencia) se asimilaron los conceptos que acerca de la responsabilidad penal de los menores y de su imputabilidad diferenciada habían desarrollado los tratados e instrumentos internacionales. (...).*

*(...).*

*De esta forma, el modelo adoptado por el sistema penal para adolescentes de Colombia es uno de los que en la doctrina se han denominado de responsabilidad, es decir, que corresponde a un procedimiento independiente, especializado y autónomo, revestido con la garantías básicas del debido proceso, a la vez que reforzado con otras de índole especial, en el que el adolescente es susceptible de ser declarado responsable por la realización de una conducta punible de graves connotaciones, pero con la particularidad de que la consecuencia jurídica adoptada por el funcionario no puede ser catalogada como pena en un sentido tradicional del término, sino como una medida que tan sólo pretende ser educativa y busca su reintegro a la sociedad.*

Para terminar, en la misma decisión, de una parte, se advirtió que, no obstante se aclaraba que **la edad inferior a los 18 años no constituía un supuesto o una causal de inimputabilidad**; en todo caso, **la protección del interés superior del menor justificaba la procedencia de la revisión de la sentencia por la vía de la causal tercera**. Y, de la otra, se reiteró la postura que ya se había expresado en la SP, jul. 11/2007, rad. 25056, en cuanto a que el carácter novedoso de la minoría de edad no se desdibujaba si en el proceso, a pesar de haberse ventilado, «materialmente no fue valorada ni tomada en cuenta por los falladores»

**ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** cuando se acredita que el procesado era menor de edad y fue juzgado y condenado como adulto || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben tener el carácter de novedosas || **PRUEBA DOCUMENTAL - Partida eclesiástica:** autenticidad || **TESTIMONIO -**



**Apreciación probatoria || ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** sobrevivientes || **EDAD - Demostración || SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Competencia:** juez de menores o promiscuo de familia

«En esa actuación se tuvo como hecho probado que el sindicado nació el 13 de mayo de 1981, por lo que, al tiempo de las conductas punibles, era mayor de edad. Este dato, ciertamente, fue aportado por aquel mismo en la diligencia de indagatoria reiterándolo en la audiencia de juzgamiento, y es el mismo que aparece consignado en el registro civil de nacimiento con indicativo serial [...] y NUIP [...], así como en la tarjeta de preparación de la cédula nro. [...].

[...] Los medios probatorios que a continuación se señalan no fueron conocidos ni, por ende, debatidos en el proceso penal seguido contra «DVV», por lo que su **carácter novedoso** es evidente. Inclusive, el acta religiosa que se mencionará en primer lugar, aunque es preexistente a aquella actuación (14 de abril de 1984) no fue allegada porque los sujetos procesales, incluido el mismo sindicado, y los funcionarios judiciales carecían de la información necesaria para establecer su existencia o ubicación. Además, como se pudo ver en el anterior acápite, a pesar de que en el proceso algunos medios cognoscitivos indicaron la minoría de edad del sindicado, en contravía del registro civil de nacimiento tramitado por orden de un fiscal, esa incoherencia no fue debatida ni abordada por los jueces.

[...] de las **pruebas sobrevivientes** que se acaba de enlistar las dos primeras son las fundamentales: **la partida de bautismo y el testimonio** de LMVG, porque las demás, esto es el registro civil de nacimiento y las decisiones judiciales, derivan o se soportan, esencialmente, en aquella.

De entrada, se advierte que **la autenticidad del documento eclesiástico es irrefutable** porque fue obtenido en una inspección judicial practicada por la Jueza [...] Penal del Circuito [...], en desarrollo de la comisión que con ese objetivo ordenó esta Corporación. En esa diligencia, además, se recibió declaración jurada al presbítero VHOG, quien hizo constar, por escrito, que aquél era *«fotocopia del libro original»* y, luego, explicó que *«el sacerdote que firma da fe que lo que está transcrito en la hoja es fiel copia de lo que está escrito en el libro de bautismo...»*, tal y como lo hizo también en la certificación de la partida nro. [...] del 26 de diciembre de 2017, aportada por el demandante.

De otra parte, a más de que **la veracidad del contenido de la certificación del bautismo** de HVV no fue cuestionada o tachada, no puede olvidarse que la misma fue elaborada en el año 1984 por un representante de una institución religiosa (Pbro. AOA) que ningún interés podía tener en actuaciones judiciales aún inexistentes; por lo que, aquella es digna de credibilidad. Por si fuera poco, las demás pruebas incorporadas en el presente trámite, inclusive algunas obrantes en el proceso penal, respaldan su mérito

[...] Con el testimonio de LMVG, se ratificó: (i) que es la madre de HVV y JOV el padre; (ii) que su hijo nació el 18 de marzo de 1984; y (iii) que bautizó a su hijo ese mismo año, en el municipio [...], y que sus padrinos fueron AG y N «C» (en la partida el apellido es «F»).

Además, la declarante aportó un dato que refuerza el crédito de la referida fecha de nacimiento, cual es que el aquí demandante es el tercero de los tres hijos que tuvo con JOV, después de N y AM. Entonces, si éstos nacieron el 15 de octubre de 1980 y el 13 de julio de 1982, respectivamente, según consta en las certificaciones de sus partidas de bautismo, aportadas con la demanda, es claro que la fecha de nacimiento de H no podía ser el 13 de mayo de 1981, como se estableció en el proceso penal, sino una a partir del año 1983.

[...] **Las pruebas nuevas allegadas en el trámite de la acción de revisión**, en especial la partida de bautismo de HVV y el testimonio de su madre LMVG, **acreditan que aquél nació el 18 de marzo de 1984; por lo que, cuando ocurrieron las conductas punibles que se le atribuyen (21 de agosto de 1999) tenía 15 años de edad.**

Siendo así, **conforme lo establecía el entonces vigente Código del Menor (art. 165), el procesado era «penalmente inimputable» y, en consecuencia, debía ser juzgado por «los Jueces de Menores o los Promiscuos de Familia... con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad» (art. 167 ibídem).**

**ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** se configura || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** efectos, evento en que se declara fundada la causal || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** efectos, se declara sin valor la sentencia y se ordena la remisión del proceso al juez competente || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Libertad**

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del C.P.P./2000, **se declarará sin valor la sentencia de segunda instancia proferida** el 21 de febrero de 2011 por el Tribunal Superior [...],

mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado [...] Penal del Circuito Especializado de esa misma ciudad, en el proceso nro. [...], en el sentido de condenar al accionante como coautor de un doble homicidio agravado.

Además, **se ordenará la devolución del proceso al Juzgado** [...] Penal del Circuito Especializado [...], de donde provino, **para que, a su vez lo remita al Juez Promiscuo de Familia de esa ciudad** -reparto- y éste reponga, desde su inicio, el proceso seguido contra de HVV por el delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo.

Por último, **se decretará la libertad inmediata del accionante**, la que no estará sujeta al pago

de caución según los derroteros trazados desde el fallo de revisión proferido el 24 de septiembre de 2002 (rad. 14298), reiterados en los del 12 de noviembre de 2003 (rad. 19010) y 11 de julio de 2007 (rad. 25056).

Ahora bien, la liberación del procesado sólo se hará efectiva si no es requerido por virtud de proceso diferente, como parece serlo porque en la demanda de revisión se informa que aquél también se encuentra ejecutando la pena que le fue impuesta en el proceso nro. [...].

(Texto resaltado por la Relatoría)

## Inicio

### 2. CALUMNIA – NO SE CONFIGURA: *Por atipicidad subjetiva, cuando el sujeto activo obra con la convicción errada y superable de que las sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas*

En la decisión, a través de la cual la *Sala de Casación Penal*, por vía mayoritaria, confirmó la preclusión emitida por la *Sala Especial de Primera Instancia* de la Corporación, se efectuó un estudio minucioso de los tipos penales de *calumnia e injuria*, denotándose que, en el caso analizado, no tuvieron configuración por atipicidad subjetiva, al tratarse de comportamientos eminentemente dolosos, que no admiten la modalidad culposa. En tal sentido, se explicó, que no es predicable la materialización del proceder atentatorio de la integridad moral, cuando el sujeto activo obra con la convicción errada -así sea superable-, de que las sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas.

**AP3639-2019 (54994) del 27/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**CALUMNIA - No se configura:** por el uso de calificativos que no constituyan sindicaciones delictivas falaces, claras, concretas y categóricas | **CALUMNIA - No se configura:** evento en que no se consideró estructurada por la utilización de

los calificativos como delincuente, criminal o vándalo | **CALUMNIA - Tipicidad objetiva** | **CALUMNIA - Tipicidad subjetiva:** dolo | **CALUMNIA - Configuración:** es imprescindible que exista ánimo de ocasionar lesión a la integridad moral | **CALUMNIA - Configuración:** es imprescindible que se reproche a una persona su autoría o participación en una conducta descrita penalmente, a sabiendas de su falsedad | **CALUMNIA - No se configura:** por atipicidad subjetiva, cuando el sujeto activo obra con la convicción errada y superable de que las sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas | **CALUMNIA - Tipicidad subjetiva:** no admite la modalidad culposa | **INJURIA - Elementos:** animus iniuriandi (intención de faltar a la verdad) | **INJURIA - No se configura:** por atipicidad subjetiva

«La situación del Brigadier General MG no es similar y exige un análisis diferente y particularizado que explica la decisión que se adopta en esta oportunidad. Lo anterior, por cuanto lo afirmado por él el 3 de octubre de 2013 reviste las características objetivas del delito por el que fue denunciado y es esa conclusión la que viabiliza el estudio de la **tipicidad subjetiva** de cara a la decisión de preclusión por la causal invocada por la Fiscalía.

Una vez verificada la decisión atacada se concluye que, en efecto, como lo indicó el recurrente durante la sustentación, ni en la reseña fáctica, ni en las consideraciones, la Sala Especial de Primera Instancia estudió el contenido y alcance de las declaraciones rendidas por el General MG, el 3 de octubre de 2013, a La W y a RCN.

Igualmente, en la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía, la mención a esas dos entrevistas fue enteramente secundaria, incompleta y sin mayor análisis concreto de la causal que soportaba su petición pues centró su atención en la falta de intención dañina en la elaboración y publicación del cartel el 30 de agosto de 2013 y lo declarado ese día.

[...] Esta Corporación reitera que, en los cuatro cuadernos puestos a disposición para resolver el recurso, no obra la querella interpuesta por OC, ni dentro de los 34 EMP facilitados por la Fiscalía General de la Nación, ni dentro de los documentos aportados por los representantes de las víctimas, situación cierta y ajena que impide definir con certeza si, efectivamente, en la denuncia presentada fueron incluidas esas precisas manifestaciones de MG como marco fáctico objeto investigación.

No obstante, el recurrente en la sustentación, afirmó reiteradamente que las declaraciones del General M, del 3 de octubre de 2013, si fueron relatadas y hacían parte de la querella, al punto que fue una de las razones esgrimidas para petitionar que fuera esa la fecha a tener en cuenta para calcular la caducidad de la querella.

Así mismo, el Fiscal Delegado las mencionó y afirmó que no estructuraban la calumnia por ausencia de dolo del autor de las declaraciones, motivo por el cual, para esta Corporación, deben hacer parte del análisis y posterior pronunciamiento.

Definido lo anterior, se considera que las manifestaciones del General MG, expresadas el 3 de octubre de 2013, a través de dos medios de comunicación nacional, constituyen una referencia inequívoca al contenido y publicación del cartel el 30 de agosto de 2013, hecho jurídicamente relevante en la posible configuración del ilícito denunciado, y a lo decidido por un Juez de Control de Garantías, el 2 de octubre de 2013, es decir se trató de nuevas manifestaciones de la opinión que una decisión judicial le merecía en el contexto de los graves desmanes ocurridos en la Plaza de Bolívar de esta capital, durante las marchas relacionadas con el paro agrario, el 29 de agosto de 2013.

**Tales expresiones, a diferencia de lo manifestado por PL, sí configuran objetivamente el punible de calumnia, empero no reflejan una intención dañina de atribuir**

**falsamente conductas típicas concretas, específicas y circunstanciadas.**

Lo anterior se afirma en el claro entendido que si bien las expresiones del General fueron genéricas y abstractas (esos desadaptados sociales; el cartel no se hizo caprichosamente, el cartel se hace de acuerdo con unas imágenes de bandidos, de delincuentes de criminales), éste sí realizó imputaciones delictivas novedosas, concretas, particularizadas y especificables frente a quien descartó se tratara de un “angelito”.

La jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, tiene establecido que **el uso de calificativos como “delincuente, criminal o vándalo”**, empleadas por el General, **no estructuran el punible de calumnia mientras no se trate de sindicaciones delictivas falaces, claras, concretas y categóricas**, no surgidas de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada, que fue lo que tuvo lugar en este caso. [...]

[...] Para la Sala refulge evidente que, si bien MG se refirió indirectamente a OC como **“delincuente, criminal o vándalo”**, esa manifestación genérica fue acompañada de las siguientes sindicaciones delictivas inequívocas, diáfanas y concretas, a saber: **i)** uno de los jóvenes que participó en las manifestaciones que dejaron daños cuantiosos; **ii)** los reales responsables de los daños a la infraestructura; y **iii)** la foto se le tomó en la esquina de la Plaza de Bolívar, cuando estaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo.

En el contexto de lo denunciado por OC y de lo acreditado en esta actuación, refulge claro que, al realizar esas manifestaciones, MG se refería indirectamente al querellado, pues fue él quien acudió ante el Juez Penal con función de control de garantías.

Indirectamente, el indiciado declaró que ese joven generó daños a la infraestructura, agredió a miembros de la Policía Nacional y utilizó armas blancas al ejecutar ese comportamiento.

De esas afirmaciones se desprende que si le fueron atribuidas por el uniformado al querellante, al menos, los punibles de daño en bien ajeno agravado (artículos 265 y 266.4 del Código Penal) y violencia contra servidor público (artículo 429 ejusdem), lo que se traduce en una sindicación de una conducta típica concreta, clara, verificable, determinable y vehemente, aspecto de la mayor trascendencia, para la



tipicidad objetiva de la conducta, si se tiene en cuenta que, conforme a la prueba puesta a disposición no resultan veraces tales expresiones, en la medida en que no se aprecia al querellante ejecutando tales conductas, al punto que no fue judicializado, posteriormente, por tales hechos.

Con sus declaraciones, MG realizó un señalamiento criminal indirecto pero determinable a OC, mas no a los otros dos querellantes, de ser el responsable de al menos dos conducta típicas, concretas y no verificables, pues de su dicho resulta posible extractar la clase de punibles en los que éste habría incurrido con la posibilidad de particular fáctica y jurídicamente, así como espacial y temporalmente, el contexto caótico en el que efectivamente fueron agredidos miembros de la fuerza pública, ciudadanos, afectados inmuebles y locales comerciales, alterado el orden público, generado temor en la población, empero no por el querellante pues tales situaciones a él atribuidas no fueron debidamente acreditadas.

En últimas, en total rigor, al establecerse las conductas típicas que MG le atribuyó falsa e indirectamente, con sus declaraciones, a OC, es posible afirmar la tipicidad objetiva de su conducta y verificado tal presupuesto dogmático estudiar la existencia o no del tipo subjetivo de la calumnia.

**Para que el tipo penal que define la calumnia tenga realización es imprescindible que, en la locución tildada como tal, exista el ánimo de ocasionar lesión y se reproche a una persona su autoría o participación en una conducta descrita penalmente, a sabiendas de su falsedad,** como requisito que no se satisface en esta actuación.

En razón de la conclusión que viene de exponerse y vista la insistencia, como no recurrentes, del Fiscal Delegado y de la Agente del Ministerio Público en la atipicidad subjetiva de las conductas, así como la apreciación positiva de tal postulación por parte de la Sala Especial y del correlativo inconformismo del recurrente tratándose de las declaraciones de MG, como planteamiento de la sustentación, es posible afirmar que no se observa la existencia de una actuar deliberado adoptado con la intención de agravar la integridad moral del querellante, en el marco de una reacción espontánea a una decisión judicial.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que las expresiones **“delincuente, criminal o vándalo”**, si bien no comportan una sindicación delictiva concreta y específica, si constituyen expresiones objetivamente idóneas y con potencialidad de lesionar la honra del sujeto pasivo y causarle daño al patrimonio moral de aquél, tal y como ocurre con los falsos señalamientos de haber incurrido en daño en bien ajeno y violencia contra servidor público.

Sin embargo, tales imputaciones que pudieron menoscabar la honra del afectado, para considerarse típicas, debían ser efectuadas con consciencia y voluntad, con el ánimo de causar daño a la integridad moral del destinatario de las mismas, es decir deben haberse expresado dolosamente, entendido éste con criterio avalorado en sede de tipicidad y valorado en la fase de culpabilidad.

Al analizar tal arista es posible entender la insistencia del delegado de la Fiscalía en solicitar y priorizar la atipicidad subjetiva de la conducta atribuida a MG.

El recurrente insiste en su particular interpretación de hechos y evidencias, empero no desacreditó fáctica, probatoria, ni jurídicamente el pronunciamiento de la primera instancia que concluyó, con acierto y rigurosidad la inexistencia de una actuar voluntario, de un ánimo específico en afectar a los querellantes.

Ya precisados los términos exactos de las manifestaciones del General MG, con fundamento en las evidencias sobre la publicación del cartel y un fallo de tutela, es viable sostener que todo **lo afirmado en tales declaraciones fue indudablemente motivado por la convicción errada y superable de que tales sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas, [...]**

[...] Constituye un hecho notorio que el 29 de agosto de 2013, la Plaza de Bolívar de Bogotá, así como sus inmediaciones, se convirtió en un peligroso escenario en el que un grupo de encapuchados y desadaptados cometieron graves actos violentos y desproporcionados que causaron lesionados, cuidanos atemorizados, inmuebles afectados, fachadas destruidas, agentes del orden heridos, afectación de la movilidad, daños en bienes privados y públicos, así como las estaciones del transporte masivo.

Por ello cuando los Generales denunciados realizaron unas manifestaciones y dieron la



orden de elaborar y publicar el cartel, perseguían el auténtico y real propósito de retomar el orden público, asegurar la convivencia pacífica, garantizar la seguridad de los ciudadanos e identificar, con la ayuda de la comunidad, los videos y la información, a los responsables de los desmanes, empero no afectar la integridad moral de personas que desconocían y con las que nunca habían tenido contacto, en los términos ya expuestos.

En el marco de lo analizado, resulta relevante señalar que los actos vandálicos sí se presentaron efectivamente y que los responsables de tales comportamientos sí existieron, así no hayan sido identificados o se haya podido incurrir en un error, como ocurrió en el caso de los tres querellantes.

Al respecto, debe señalarse cómo los Generales denunciados, los mayores y capitanes entrevistados refirieron que además de identificar a los responsables, el objetivo del cartel *“era que las personas se acercaran y manifestaran su grado de participación o dieran indicios para la identificación de las personas que habían realizado este tipo de desmanes”*

Por lo anterior, la existencia de fotografías e información para la elaboración del cartel, la gravedad de los hechos y el cumplimiento de las funciones legales de la Policía Nacional son elementos que no pueden ser marginados en la valoración de las conductas denunciadas.

Aunque no fue planteado en esos términos y en su intervención de no recurrente el Fiscal Delegado se limitó a afirmar que lo dicho por MG, **aunque podía ser objetivamente típico, como en efecto quedó evidenciado, no había sido manifestado con dolo**, pues el propósito era identificar a los responsables, **ahora sí resulta posible advertir la existencia de convencimiento personal, fundado, errado y vencible en el actuar** del Brigadier General MG **que excluye el elemento estructural tanto del ilícito de calumnia, como de injuria consistentes, respectivamente, en obrar con consciencia de la falsedad en la atribución de un delito a otra persona o de una imputación difamatoria.**

[...] Todo lo anterior, a pesar de no ser concluyente, sí constituía un presupuesto serio para realizar inferencias que, de manera ligera, realizó el General M quien, sin ahondar en más,

hizo el señalamiento contra OC, **como actuar que no fue doloso y que puede ser culposo.**

Con fundamento en la información suministrada por sus subalternos y la recaudada por la institución (fotos, videos, correo, trámite de tutela), para el 3 de octubre de 2013, MG estaba convencido de que el promotor de la acción de tutela y de la medida de protección sí estaba involucrado en los desmanes y esa creencia, errónea como se pudo establecer posteriormente, tenía unos fundamentos que analizados en las condiciones temporales y espaciales, en las que se produjeron las declaraciones, resultan atendibles para excluir la intención de lesionar la integridad moral de los querellantes.

Lo anterior, **desvirtúa el dolo de la conducta**, en tanto el General no sabía, en ese momento, que **i)** la atribución de responsabilidad por cierto delitos y los calificativos difamatorios podían resultar falaces y **ii)** el actor de las acciones judiciales no era responsable de los actos que se investigaban, por lo que su honra podía ser afectada con ese tipo de señalamientos delictivos y deshonorosos.

Lo dicho por MG, objetivamente valorado, no permite afirmar que lo expresado estuvo dirigido a dañar la honra de quien fue señalado como autor o partícipe de unos delitos por información cierta suministrada por F G al correo de la Policía Nacional [...].

De las evidencias recaudas y de lo alegado por la Fiscalía y el Ministerio público, como no recurrentes, se advierte que la conducta de MG estuvo determinada por una errónea y superable convicción que, a pesar de no haber sido alegada de manera expresa y específica, permite explicar la consideración de aquellos en cuanto a la ausencia de dolo.

Una debida y actualizada consulta sobre las fotos, videos, correos e información judicialmente ventilada, para octubre de 2013, **permiten concluir condición culposa no dolosa de esa convicción** que determinó las declaraciones, pues dada la experiencia del General le era posible superar el erróneo convencimiento al que se le indujo, esto es, sobreponerse a aquella falsa percepción de la realidad que sus subalternos y los medios de comunicación lo llevaron, de haber obrado con la diligencia y cuidado que le eran exigibles.

Luego, entonces, como se acreditó **la ausencia de dolo por existencia de un error determinante**

y superable en el actuar del aquí indiciado, el cual elimina el elemento subjetivo dolo en su comportamiento se torna atípica la conducta, pues en nuestra legislación penal no se prevé la conducta de injuria en modalidad culposa, por lo que la Sala confirmará la decisión impugnada por las razones aquí expuestas.

La configuración típica de la conducta no se agota con la sola existencia de imputaciones delictivas o deshonrosas, según se trate, con potencialidad para afectar el bien jurídico tutelado.

En el caso de la **calumnia** se exige, además de su existencia y carácter falaz, un mínimo e especificidad y concreción en el señalamiento y la verificación de un ingrediente subjetivo: el

conocimiento de la condición mendaz de las sindicaciones delictivas, la conciencia de su naturaleza falsa y típica, así como la voluntad de exteriorizarlas con la intención inequívoca de agraviar al sujeto pasivo, de causarle daño; mientras que, tratándose de la **injuria**, adicional a la imputación deshonrosa se requiere un **animus injuriandi** acompañado de la conciencia de que lo imputado ostenta esa capacidad lesiva, para menguar o deteriorar la honra de la otra persona.

Tales elementos brillan por su ausencia en la presente actuación, como ha quedado expuesto en precedencia.»

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

### 3. CAMBIO DE RADICACIÓN - PROCEDENCIA:

*Para garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia*

Al decidir sobre la solicitud de cambio de radicación, la Sala consideró que, en el caso particular, resultaba dable su estudio y excepcional decisión favorable, por advertir que la ubicación del Juzgado, respecto a la víctima, el acusado y los testigos, correspondía a un lugar distante, con ostensibles dificultades de transporte terrestre, fluvial y aéreo, así como carente de cobertura de tecnologías de la información y telecomunicaciones, que impedían la aplicación de la garantía del *debido proceso* y, particularmente, del derecho de *acceso a la administración de justicia*. En tal sentido, la Corporación instó al Consejo Superior de la Judicatura a la adopción de las medidas administrativas pertinentes, para que se puedan materializar los citados mandatos constitucionales en la *Amazonía*, región de la que ponderó su relevancia en el contexto del medio ambiente y la necesaria protección que requiere en el ámbito judicial.

**AP5169-2019 (56359) del 04/12/19**

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia:** para garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia | **AMAZONÍA COLOMBIANA - Abandono Estatal | AMAZONÍA COLOMBIANA - Sujeto de derechos:** titular de la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado | **DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho de acceso a la administración de justicia | CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Deberes:** desplegar las gestiones de suministro de medios técnicos, tecnológicos y de talento humano, requeridos para garantizar el servicio de administración de justicia | **CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia:** cuando la víctima, el acusado y los testigos, residen en un lugar distante de la ubicación del juez, con dificultades de transporte terrestre, fluvial y aéreo | **CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia:** ante la carencia de cobertura eficiente e igualitaria de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, en el lugar de ubicación del juez | **CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia:** constituye

excepción a las reglas de competencia por el factor territorial, cuando no existe acceso a la administración de justicia | **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - La Sala de Casación Penal:** lo insta a celebrar contratos y convenios interinstitucionales, para el cumplimiento del deber de garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los habitantes del Amazonas

«[...] se considera que **el cambio de radicación deprecado debe analizarse de cara a la garantía judicial del debido proceso, en su acepción de acceso a la administración de justicia**, porque en el presente asunto ha sido imposible dar apertura al juicio oral, en razón de las serias dificultades en las que se encuentra inmerso el Departamento del Amazonas.

Pues, la víctima, el acusado y los testigos de cargo y descargo residen en un lugar -corregimiento La Pedrera- que, además de distante al sitio donde está ubicado el fallador de conocimiento -Puerto Nariño-, **experimenta las penurias de vías o rutas de transporte para salir y entrar al mismo**, ya que sólo puede accederse vía aérea o fluvial, siendo la primera de alto costo y poca frecuencia; y la segunda regida por el caudal de los ríos, de acuerdo con la temporada de lluvias, y el excesivo tiempo de traslado (8 días por trayecto, aproximadamente, según la Fiscal).

La circunstancias descritas también fueron dadas a conocer, grosso modo, por la víctima, el acusado y un testigo, incluso desde antes de la audiencia de formulación de imputación y acusación.

[...] A las anteriores manifestaciones se les otorga credibilidad, por cuanto ratifica una situación problemática que es de público conocimiento: esa región del país, donde habitan varios sujetos procesales intervinientes en este asunto, a pesar de ser considerada como *“el pulmón del mundo”* por su abundancia en flora y fauna, así como por la riqueza de sus costumbres, usos y tradiciones ancestrales, ha sido abandonada por el Estado en todos los sentidos, especialmente en ambiente, transporte y acceso a la administración de justicia.

Por ese motivo, la Sala de Casación Civil, en pronunciamiento STC4360-2018, 5 ab. 2018, Radicación n° 11001-22-03-000-2018-00319-01, declaró a la **Amazonía colombiana** como una entidad, **“sujeto de derechos”**, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y

restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran.

Tal postura es compartida por la Sala de Casación Penal esta vez y por razón del presente asunto, siendo que la deficiencia que se actualiza es precisamente el de la administración de justicia, sin cuya eficacia operativa, la Amazonía, como sujeto de derechos, tampoco tiene oportuna y efectiva defensa, protección y cuidado en favor de sus actuales habitantes y de las generaciones futuras, déficit que si sigue persistiendo se proyecta en disfavor de las necesidades de la humanidad en general, en la medida que la Amazonía es estimada como *“el pulmón del mundo”*.

En el contexto contemporáneo, las necesidades de supervivencia del ser humano y del planeta Tierra tiene por desiderátum no aplazar más la adopción de medidas y regulaciones que eviten la extinción del medio ambiente y, con su deceso, el de la especie humana misma, al punto que ese cometido (preservación de la naturaleza) por supuesto que reclaman el ejercicio de la soberanía colombiana mediante la presencia significativa del aparato jurisdiccional, indispensable para la solución de los conflictos que en torno a temas ambientales que son de gran actualidad, como a los tradicionales de divergencias y disputas entre los ciudadanos como el que reporta el caso analizado, cuyas soluciones no pueden continuar siendo postergadas sino asumidas con la seriedad que demanda el acceso a la administración de justicia de acuerdo con la prestación de su servicio enmarcado en la civilidad pregonada por las democracias que siguen, como la nuestra, el modelo occidental.

[...] Dicha realidad obedece, en gran medida, a que las autoridades no hacen real presencia en esa región para satisfacer las diferentes necesidades de sus pobladores, situación advertida desde cuando grupos armados ilegales han ejercido de hecho poder y control sobre esa zona, inclusive regulando la explotación de la fauna y la flora, siendo imperativo que en los actuales momentos la desidia estatal cese, para que en su lugar, en materia de servicio de justicia, proceda a ejercer la soberanía que ese territorio de plurales y extensas fronteras exige a fin de que a los ciudadanos que allí habitan se les garantice la pronta y cumplida justicia a cargo de la Rama Judicial, cuya implementación corresponde, como deber, al **Consejo Superior de la**

**Judicatura**, conforme al pacto social político dispuesto por el constituyente en 1991.

Se afirma que el **Departamento del Amazonas carece de cobertura en el servicio público de la administración de justicia**, porque el Consejo Superior de la Judicatura, en el informe rendido al Congreso de la República sobre la Administración de Justicia durante el período 2018 y sus perspectivas en el año 2019 y siguientes, sólo mencionó a ese territorio para indicar que existen dos edificaciones donde funcionan varios juzgados: una en Leticia y otra en Puerto Nariño, con lo cual queda desprovisto la mayoría de ese territorio, si se tiene en cuenta su inmensidad geográfica.

En efecto, esta situación si bien es cierto alude a la infraestructura, también lo es que no contempla las circunstancias esenciales requeridas para la prestación del servicio de justicia, pues tratándose de un territorio donde sólo hay dos municipios, situados al sur del departamento, el área restante compuesta por 9 corregimientos departamentales, en la práctica está desprovista del cubrimiento de ese servicio esencial como lo plasma holgadamente el caso de la especie, esto es, el corregimiento La Pedrera, **distante a 8 días de camino a la sede del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Nariño**.

Otro aspecto, no menos importante que el anterior, es el relacionado con el **notorio atraso que padece** el corregimiento La Pedrera y gran parte del Amazonas **en cuanto a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)**, al punto que, según la Fiscal, no ha sido posible establecer “comunicación (...) siquiera telefónica [y] mucho menos virtual [con los sujetos procesales que habitan en ese territorio], que permitan (...) buscar alternativas idóneas y adecuadas para la realización del juicio oral”.

La aludida problemática obedece a que la prestación del servicio de telecomunicaciones, mediante cableado de fibra óptica y de conectividad de alta velocidad, se da particularmente en Leticia y en otros lugares como el corregimiento de Puerto Alegría, lo cual no alcanza la totalidad de ese departamento, situación anómala que contradice el espíritu de la Ley 1341 de 2009, que pretende garantizar una cobertura eficiente e igualitaria a las telecomunicaciones para favorecer a las personas que se encuentran en una situación menos favorable, en aras de *“disminuir las brechas sociales que existen”*.

Empece tales dificultades, a fin de que la soberanía judicial del Estado tenga presencia efectiva en la Amazonía, es por lo que la Corte considera que el **Consejo Superior de la Judicatura debe desplegar todas las gestiones y realizar la contratación pública necesaria para materializar su obligación constitucional de garantizar, con el suministro suficiente de medios técnicos y tecnológicos, de comunicación avanzada y de eficaz y suficiente talento humano, tal servicio**.

Pues, de no hacerlo, ese deber superior de garantizar pronta y cumplida justicia como expresión del poder público seguiría mostrando las deficiencias que hoy acusa en detrimento de los ciudadanos, quienes aspiran a que los conflictos en que se vean inmersos tengan la solución civilizada que la administración de justicia del Estado está encargada de ofrecer, conforme lo establece el ordenamiento jurídico, en orden a quitarle espacio a formas de justicia por propia mano y vindicativa, que en un todo desdican de una organización estatal como la colombiana, sustentada en los valores del Estado Social y de Derecho, incluso con improntas de uno Constitucional de Derecho que tanto se promociona en la jurisprudencia.

En el contexto resaltado, **se advierten los motivos por los cuales la víctima, el victimario y los testigos no han podido desplazarse de su lugar de residencia** -corregimiento La Pedrera- a la sede física del juzgado -Puerto Nariño-, ni accedido a un sistema virtual de administración de justicia (telejusticia), **pues existen serias dificultades en materia de transporte terrestre, fluvial y aéreo en esa zona alejada del centro de poder nacional, así como una deficiente cobertura de telecomunicaciones en esa región**, cuya satisfacción precisamente es la que se demanda implementar por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

Las aludidas limitaciones evidencian la potencialidad de constituir un riesgo cierto a la garantía judicial del debido proceso, en su acepción de acceso a la administración de justicia, porque, desde el 12 de septiembre de 2018 -primera citación a la audiencia de juicio oral- a la fecha, ha transcurrido más de un (1) año -con nueve citaciones para idéntica finalidad-, y, a pesar de tantos llamados realizados por la autoridad competente, ha sido imposible dar apertura a la misma.



Lo precedente impone la necesidad de superar tales obstáculos, **para lo cual y de manera excepcional**, en aras de facilitar el desarrollo del juicio oral seguido a CP, **la Corte procederá a alterar la competencia territorial del asunto**, con el objeto de que la actuación efectivamente avance, en aras de materializar los principios de la igualdad de partes, contradicción, concentración, inmediación y publicidad, a efectos de lograr la eficacia del **ejercicio de la pronta y recta administración de justicia**.

Esta solución, se itera, es excepcional, pues con ella no puede sustituirse el deber de implementar en todo el territorio nacional los medios tecnológicos de comunicación para la cumplida administración de justicia que, se repite, está a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, que, además de administrar los recursos destinados al servicio de la justicia, también tiene el deber de implementar con prioridad el cubrimiento físico y/o virtual de las áreas del territorio nacional en los que la realización de audiencias virtuales resulta ser la mejor solución para que la justicia sea constante y permanente, sin alterar principios de competencia anejos al juez natural.

De no adoptarse la medida anunciada, se causaría grave detrimento a los intereses de la víctima y el acusado, quienes están a la espera -desde hace más de 5 años- de que sea resuelto el conflicto que ocasionó el presente litigio. Igualmente, la sociedad en general, la cual tiene derecho a saber la verdad y obtener justicia.

En consecuencia, se estima razonable y proporcional que **se conceda la solicitud de cambio de radicación**. De esa manera, es conveniente que la citada causa sea remitida al juzgado más cercano y menos costoso, en términos económicos y de tiempos de traslado. Así, se pretende lograr la comparecencia de los sujetos procesales a la celebración de la audiencia de juicio oral y conjurar, de ese modo, la dilación que ha padecido el proceso.

Entonces, de acuerdo con lo analizado, se estima que la autoridad judicial llamada a continuar con el curso de este asunto es el Juzgado Promiscuo Municipal de Taraira (Vaupés), dado que, al confrontar lo dicho por la peticionaria con el mapa político de Colombia, resulta ser cierto que es el más cercano al lugar de residencia de la víctima, el victimario y los testigos.

Recuérdese que el desplazamiento del corregimiento La Pedrera a Leticia también envuelve serias dificultades económicas y operacionales, lo cual muy probablemente seguirá redundando en dilaciones como las registradas, dado el alto costo del transporte aéreo, la escasez del terrestre y la tardanza del fluvial entre los puertos existentes en esas territorialidades, con ocasión del régimen de lluvias, por cuanto el caudal de los ríos es el que determina el tipo de navegación permisible en esa zona, así como las limitaciones tecnológicas, pues donde residen la víctima, el acusado y los testigos es compleja la comunicación.

Por ende, la Corte procederá a cambiar la radicación del presente asunto y, en consecuencia, lo remitirá al Juzgado Promiscuo Municipal de Taraira (Vaupés); insistiendo en que se trata de una medida excepcional aplicable al presente asunto, pues las dificultades que llevan a esta extrema decisión deben ser conjuradas en el menor tiempo posible por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme sus competencias y obligaciones, a fin de que en regiones del país alejadas del centro de poder nacional (como la Amazonía) sus habitantes sientan que existe Estado Judicial con presencia, así sea virtual, de una pronta y cumplida justicia.

Lo analizado conduce necesariamente a la **Corte Suprema de Justicia a instar al Consejo Superior de la Judicatura , para que celebre contratos y convenios interinstitucionales , en orden a que cumpla eficazmente su deber de garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los habitantes del amazonas**, en condiciones acorde con la dignidad humana y la preservación y defensa de la extensa frontera con tres países, que sólo se logra con la presencia real y efectiva del Estado colombiano, para el asunto de la especie, con la garantía real del servicio de justicia dadas las particularidades de esa zona alejada de los centros de poder nacional.

Igualmente, atendiendo las dificultades de acceso a la justicia que tienen los habitantes del Departamento del Amazonas, el Consejo Superior de la Judicatura bien puede considerar la modificación del mapa judicial para que, por ejemplo, el corregimiento de La Pedrera pueda ser servido en su demanda de justicia por el juzgado con asiento en el municipio de Taraira, perteneciente al Departamento del Vaupés».

Inicio

**4. CONDUCTA PUNIBLE -  
ANTI JURIDICIDAD**

***La afectación al bien jurídico no guarda  
relación con el fenómeno jurídico de la  
prescripción***

Al inadmitir la demanda casacional, la Sala encontró necesario precisar, frente a los argumentos del impugnante, que el tema alusivo a la *afectación del bien jurídico protegido* dentro de la teoría dogmática de la conducta punible, no tiene ninguna relación con el fenómeno jurídico de la *prescripción*. Adicionalmente, recabó las diferencias existentes entre la *acción de cobro coactivo* y la *acción penal*, así como frente a las figuras prescriptivas de cada especialidad, y evocó el principio de no retractación respecto del allanamiento a cargos que, en el caso concreto, fue exteriorizado por el sentenciado en relación con el delito de *omisión del agente retenedor o recaudador*.

**AP3166-2019 (53823) del 05/08/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL**

- **Modalidades:** técnica en casación || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL**  
- **No se configura || CONDUCTA PUNIBLE -**  
**Antijuridicidad:** la afectación al bien jurídico no guarda relación con el fenómeno jurídico de la prescripción || **PRESCRIPCIÓN - Acción penal:** diferente a la prescripción de cobro coactivo || **ACCIÓN DE COBRO COACTIVO** - Naturaleza y características || **ACCIÓN DE COBRO COACTIVO** - Finalidad || **ACCIÓN PENAL** - Diferencia con la acción de cobro coactivo

«[...] de acuerdo con el **artículo 181-1, la casación procede por** falta de aplicación, aplicación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

Esta causal en la que el recurrente inscribe el único cargo, conlleva la carga de precisar si el reparo obedece a: **i)** la falta de aplicación o

exclusión evidente, que ocurre cuando el juez no da aplicación a la norma que regula el caso concreto, porque la ignora o la desconoce; **ii)** la aplicación indebida, que tiene lugar cuando los supuestos que contempla el precepto no coinciden con la situación fáctica procesalmente reconocida o **iii)** la interpretación errónea, que se presenta cuando el funcionario judicial acierta en la selección de la disposición, pero le da un alcance que no tiene.

Encuentra la Corte que **la disertación ofrecida** como sustento de la inconformidad **no evidencia** objetivamente **vicios determinantes de una declaración contraria a derecho**, requisito lógico formal sin el cual la Sala carece de habilitación legal para revisar los fundamentos del fallo censurado en procura de hacer efectivos los fines inherentes a este recurso extraordinario, según reiterada jurisprudencia de la Corporación.

Sea lo primero señalar que habiendo terminado la actuación por el **allanamiento del procesado**, quien contó con la asesoría de quien hoy hace las veces de demandante, éste **no propuso en las instancias ninguna solicitud acerca de la antijuridicidad de la conducta** imputada a MA. Solo en la demanda de casación menciona en forma ambigua e imprecisa tal situación, haciéndola consistir **‘en la prescripción de la acción de cobro fiscal’**.

En efecto, aunque el actor anuncia la violación directa de la ley por omisión en la aplicación del artículo 11 del Código Penal, denominándolo falta de lesión al bien jurídico que ampara el tipo penal de omisión de agente retenedor, no presenta argumento alguno a partir del cual demuestre que la conducta aceptada por LEMA en la audiencia de formulación de imputación es atípica ante la ausencia de lesión al bien de la administración pública.

Si bien al principio de su alegato parece que la queja se dirige a la violación directa de la mencionada norma, su reclamo se desvía hacia el reconocimiento de la prescripción de la acción penal, aduciendo unos presupuestos que no guardan fidelidad con la actuación procesal, y menos con los requisitos previstos en la ley sustantiva en relación con la extinción de la potestad punitiva del Estado debido al transcurso del tiempo.

En todo caso, **la propuesta del actor, según la cual, producto de la ‘prescripción de la acción**

**de cobro coactivo', surge la antijuridicidad del tipo penal**, lejos de demostrar que estructura un yerro del fallo que deba corregirse en sede de casación, **solo representa su opinión personal, sin que tan particular postura encuentre sustento en la teoría dogmática de la conducta punible**, ni en la noción de lesividad, **puesto que el impacto en el bien jurídico que se afecta con el accionar, ninguna relación guarda con el fenómeno jurídico de la prescripción.**

Más aún, **confunde los términos de la prescripción de la acción de cobro coactivo administrativa o judicial** que como facultad exorbitante ostenta la DIAN frente a las acreencias fiscales de las que es titular, tal y como se estudió por esta Sala en la SP8463- 2017 (radicación 47446), **con la prescripción de la acción penal** derivada en general de los delitos y que se encuentra regulada en los artículos 83 y sucesivos de la Ley 599 de 2000.

**El mecanismo de cobro coactivo**, cuya finalidad se asemeja a la acción ejecutiva, es un instrumento del cual la ley dotó a algunas entidades de la administración pública, entre ellas a la DIAN, para ejercer directamente el cobro forzoso de las deudas fiscales que tiene el deber de recaudar, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. (CSJ SP8463-2017, 14 jun. Radicado 47446).

**Este mecanismo autónomo que encuentra regulación en el Estatuto Tributario, tiene como fin el cobro de las deudas fiscales** por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales (art. 823 E.T), **mientras que la acción penal investiga la conducta desplegada por el agente retenedor o recaudador.** [...].

**OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Elementos:** sujeto activo, retenedor, servidor público || **OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Delito de conducta instantánea y de resultado** || **OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Consumación** || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta a partir de la formulación de la imputación** || **PRESCRIPCIÓN - No se configura** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: Principio de no retractación** || **CASACIÓN - Principio de inescindibilidad:**

sentencias de primera y segunda instancia; unidad jurídica || **CASACIÓN - Es deber del casacionista desvirtuar el acierto y legalidad de la sentencia** || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

«[...] siendo acciones diferentes, autónomas e independientes, cada una cuenta con su regulación. Para el caso del **proceso penal, se extingue** en un tiempo igual, cuando es privativa de la libertad, al máximo de la pena prevista para el delito, sin que en tal caso pueda ser inferior a cinco años ni exceder de veinte, salvo los casos expresamente excepcionados en la norma (Ley 599 de 2000, artículo 83, incisos 2º y 3º).

Además, según el aludido precepto, cuando la conducta punible es cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o por un particular que ejerza de manera transitoria o permanente aquéllas - como para este delito lo es el agente retenedor- ese lapso se incrementa en una tercera parte (esto según el citado artículo, vigente al tiempo de los hechos, antes de la reforma de la Ley 1474 de 2011, artículo 14).

El comentado lapso ha de computarse con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 84 del Código Penal, las que aplicadas al **tipo penal de omisión de agente retenedor o auto-retenedor**, por tratarse de un **delito de conducta instantánea y de resultado**, permiten concluir que la conducta se consuma y se torna ilícita cuando el pago del respectivo tributo no se verifica dentro de los dos meses siguientes a la fecha de exigibilidad establecida por el fisco.

En ese orden de ideas, en este asunto el período más antiguo en los que se omitió el pago del correspondiente recaudo de la retención, con base en la formulación de imputación, a la que se allanaron los procesados, es el 2º y 3º del año 2013, esto es, los meses de febrero y marzo de ese año, fecha a la que deben sumarse los dos meses de gracia señalados en el tipo penal (artículo 402 de la ley 599 de 2000) a fin de concretar el momento a partir del cual se consumó la acción omisiva, que para ese preciso evento sería el mes de junio de 2013.

De acuerdo con lo anterior, el delito en cuestión está sancionado con una pena privativa de la libertad de nueve (9) años, lapso que debe incrementarse en una tercera parte atendida la condición especial del sujeto activo, el término de prescripción es de doce (12) años, surge evidente

que contabilizado ese lapso desde la fecha últimamente precisada hasta el momento de formulación de la imputación, ocurrida el 26 de julio de 2017, para ese momento no se había cumplido el término previsto en la ley para el decaimiento de la potestad punitiva del Estado frente a ese específico acto omisivo, y menos respecto de los sucedáneos que por obvias razones se consumaron en fechas posteriores.

No sobra señalar que entre la fecha de la formulación de la imputación (26 de julio de 2017), momento en el que se interrumpe el cómputo del plazo prescriptivo de la acción penal y comienza a correr de nuevo por un período igual a la mitad del inicialmente indicado (6 años), y el del fallo de segunda instancia (proferido el 25 de abril de 2018), tampoco se alcanzó el límite temporal para la configuración del fenómeno que infundadamente reclamó el censor a través de la demanda estudiada.

En síntesis, advierte la Sala que el demandante, además de no demostrar la existencia de yerro alguno en el fallo recurrido, **pretende desconocer los efectos vinculantes del allanamiento a cargos**, mediante la presentación sesgada de la actuación y los supuestos facticos aceptados por su prohijado,

**incurriendo de esa manera en una inaceptable y proscrita retractación.**

De otra manera, no se explica que después de que su representado aceptara la responsabilidad en la comisión del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, en sede de casación presente argumentos dirigidos a desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta.

Conforme con lo expuesto, el recurrente no demostró la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia contenida en **las sentencias de primera y segunda instancias**, las cuales, al coincidir en el mismo sentido **forman una unidad jurídica inescindible** que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la **doble presunción de legalidad y acierto** que la cobija, razón por la cual, **se impone la inadmisión de la demanda**, como lo dispone el artículo 184, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322)».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

## Inicio

### **5. DEFENSA TÉCNICA - NO SE VULNERA: Por el hecho que el procesado se acoja o no a sentencia anticipada**

En la decisión, a través de la cual se inadmitió la demanda, pero a la vez se casó oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, la Sala tuvo ocasión de recordar, frente a la procedibilidad de la figura jurídica de *sentencia anticipada*, la propia de la Ley 600 de 2000, que la facultad de renunciar a los derechos procesales y *autoincriminarse* se encuentra radicada exclusivamente en el procesado, razón por la cual la circunstancia consiste en que libremente opte por acogerse o no a esta modalidad, no implica vulneración alguna a su derecho de *defensa técnica*.

**SP3949-2019 (55929) del 17/09/19**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DEFENSA TÉCNICA** - Nuevo apoderado no puede argumentar la violación a este derecho por disparidad de criterios con anterior apoderado || **NULIDAD - Defensa técnica:** el recurrente debe explicar la trascendencia de los yerros atribuibles al anterior defensor || **NULIDAD - Defensa técnica:** es necesario acreditar que el resultado dañoso para el procesado proviene de abandono, negligencia o manifiesta contrariedad con la *lex artis* del abogado || **DEFENSA TÉCNICA - No se vulnera:** por el hecho que el procesado se acoja



o no a sentencia anticipada || **SENTENCIA ANTICIPADA - Procedibilidad:** es en el procesado en quien recae la facultad exclusiva de renunciar a sus derechos procesales y autoincriminarse

**«El recurrente denuncia que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de defensa técnica.**

En relación con las deficiencias que puedan aquejar el ejercicio de ese derecho, consustancial al debido proceso, la Corte ha señalado que **la ausencia absoluta de defensor, el abandono de la gestión o la falta temporal en una fase de la actuación, puede conducir a la invalidación del trámite siempre que termine siendo relevante en las circunstancias particulares del caso concreto**, esto es, cuando la deficiencia sea de tal entidad que con la adecuada asistencia profesional durante el respectivo intervalo y con la mejor gestión que del apoderado se esperaba, el resultado del proceso inexorablemente habría sido distinto y favorable al acusado .

En tal sentido, tiene igualmente decantado la Corte, el cargo en casación por deficiente defensa técnica, **no puede reducirse a exponer una crítica simplista a la gestión profesional o de plantear la posibilidad de una estrategia defensiva diferente**, toda vez que esta varía según la percepción jurídica y el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción (CSJ SP del 18 de enero de 2017, Rad. 48128).

Se trata, en suma, de acreditar la transgresión cierta de las garantías procesales del acusado y la necesidad perentoria de restablecerlas, exclusivamente, a través del mecanismo extremo de la nulidad.

La propuesta examinada incurre en el reduccionismo señalado. El actor se empeña en cuestionar la estrategia trazada a lo largo de la actuación por los defensores de confianza y públicos que asistieron a RG en el proceso, para lo cual enumera las solicitudes presentadas, las decisiones que dejaron de impugnarse y la actividad del defensor en la audiencia pública, sin advertir que ese discurso descalificador, paradójicamente, deja en evidencia que **al acusado se le aseguró en el proceso el derecho a la defensa técnica**, y que la misma, además, cumplió los presupuestos que la legitiman, pues la circunstancia de haber

contado en las fases instructiva y de juzgamiento con un profesional, inicialmente de confianza, luego uno asignado por el Estado, sumada a la activa participación de los profesionales en el trámite, deja en evidencia que la gestión fue intangible, real o material y permanente, lo que de suyo desvirtúa el fundamento fáctico sobre el cual se propone la anulación del proceso en sede extraordinaria.

El fundamento de la postulación lo centra el recurrente en el hecho de que el procesado no se acogió a sentencia anticipada, omisión que le atribuye al deficiente desempeño profesional, ya que desde su perspectiva no existía opción diferente, merced al cúmulo probatorio allegado en contra del procesado, incluido el dictamen pericial legalmente recaudado el cual refiere que OC, al momento de los hechos, tenía capacidad para comprender y autodeterminarse, de donde concluye que resultaba inútil contrarrestar la pretensión acusatoria alegando inimputabilidad o proponiendo cualquiera otra alternativa jurídica; argumento frágil con el que, en vano, persiste en cuestionar la labor de los abogados anteriores, cuando quiera que no hay forma de saber si hubo o no asesoría profesional en ese sentido y, en últimas, porque **es en el procesado en quien recae la facultad exclusiva de renunciar a sus derechos procesales y autoincriminarse, conforme lo establece el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal (L. 600/00), por lo que resulta un completo sinsentido predicar deficiente defensa técnica si el procesado se acoge a sentencia anticipada, como si no lo hace.**

De esa manera, surge sin dificultad que el actor no acredita en el reproche formulado la existencia de irregularidades trascendentes que afecten las garantías fundamentales del acusado, razón por la cual **la demanda no será admitida a trámite**».

**CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación de la pena || INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS - Legalidad de la pena**

**«Casación oficiosa.** En la sentencia de primera instancia, confirmada en su integridad por el Tribunal Superior, se le impuso al procesado, como pena accesoria, la **interdicción de derechos y funciones públicas** por igual término al de la pena de prisión, es decir, 360 meses; determinación que **desconoce el**

**principio de legalidad de las sanciones** y lo dispuesto por el artículo 51-1 del Código Penal, que prevé para esa sanción un lapso máximo de **20 años**.

En razón de lo anterior, en orden a restablecer la garantía aludida, **la Corte casará, de oficio y en forma parcial, el fallo recurrido**, en el sentido de ajustar a ese monto la pena de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

## Inicio

### **6. DOBLE CONFORMIDAD - IMPUGNACIÓN ESPECIAL**

***La Sala dispone oficiosamente el desarchivo del expediente y la habilitación de términos, para permitir al procesado ejercer el derecho a impugnar la primera condena***

La Sala encontró necesario -en un caso referido a la imposición de sentencia condenatoria de única instancia respecto de aforados constitucionales- disponer de manera *oficiosa* el desarchivo del expediente y la habilitación de términos, en orden a permitir a los procesados ejercer el derecho al mecanismo de *impugnación especial*, para garantizar el principio de *dobles conformidad*. En tal sentido, advirtió que esta actuación procesal resultaba viable en aplicación, por similitud sustancial, de la sentencia SU-373 de 2019, emitida por la Corte Constitucional.

**AP3982-2019 (51142) del 17/09/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala dispone oficiosamente el desarchivo del expediente y la habilitación de términos, para permitir al procesado ejercer el derecho a impugnar la primera condena || **FUERO - Magistrado de Tribunal Superior de Distrito:** competencia de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento || **FUERO - Aforados constitucionales:** competencia de la Sala de Casación Penal, Acto Legislativo 01 de

2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas especializadas de instrucción y juzgamiento de aforados || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** actuación oficiosa para aplicar, por similitud sustancial, la providencia SU- 373 de 2019 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** evento en que la notificación se efectúa bajo los parámetros de ley 600 de 2000 y los términos para la interposición y sustentación del mecanismo se regulan por la ley 906 de 2004 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** respecto de la primera condena emitida contra un aforado constitucional por la Sala de Casación Penal, no se aplican las reglas provisionales establecidas en la providencia AP1263-2019 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** En caso de sustentarse oportunamente, la actuación se remitirá al despacho de un magistrado que no haya integrado la Sala que suscribió el fallo, quien, conformará con conjueces una Sala para conocer el asunto

«Este asunto cursó por conductas punibles cometidas entre el 25 de febrero de 2010 y el 24 de junio de 2011, por los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior [...], aforados constitucionales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 235, num. 4° de la Constitución Política.

La sentencia fue proferida el 21 de febrero de 2018 por la Sala de Casación Penal (en la actuación que inició bajo el esquema procesal de única instancia), es decir, días después de haberse promulgado el Acto Legislativo 01/2018 mediante el cual se modificaron los artículos 234 y 235 de la Constitución Política.

Si bien el 18 de enero de 2018 se promulgó el Acto Legislativo 01 del mismo año, por medio del cual se crearon nuevas reglas de competencia al

interior de la Corte Suprema de Justicia para garantizar a los aforados el derecho a la doble instancia, fue solo hasta el 18 de julio siguiente, cuando tomaron posesión los magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento, que se viabilizó el envío de los expedientes, materializándose el traslado competencial.

Ante esa realidad y la imposibilidad de interrumpir los términos procesales o cesar el cumplimiento de sus funciones, por cuanto no había mandato legal que sustentara determinaciones de tal naturaleza, la Sala mayoritaria optó por continuar el trámite y proferir la sentencia, considerando que era la forma más ecuánime y proporcionada de resolver el limbo temporal producido por la ausencia de régimen de transición que previera estas situaciones.

Bajo esa lógica y en consideración a que se trató de un fallo de única instancia, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en las facultades de los referidos artículos de la Constitución Política, se consideró que contra esa decisión no procedía recurso alguno [...].

[...] No obstante, **la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 373 del 15 de agosto de 2019**, dictada en el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas, en primera instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por el señor MEMD contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *«con ocasión de la sentencia condenatoria emitida en su contra en única instancia el 31 de mayo de 2018 y el auto que rechazó el recurso de apelación formulado contra esa sentencia, adoptado el 6 de julio siguiente»*, declaró que al aforado constitucional se le debe garantizar el derecho a impugnar la sentencia.

Si bien el tribunal constitucional le dio razón a la Sala mayoritaria de esta Corporación [...].

[...]precisó la Corte Constitucional que tratándose de sentencias proferidas en contra de aforados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01/2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, el derecho a

impugnar la primera sentencia condenatoria se protegía habilitando el espacio para que el procesado cuestione todos los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos, *«ante un juez diferente -no necesariamente de mayor jerarquía- del que impuso la condena.»*

En consecuencia, dejó sin efectos el numeral noveno de la parte resolutive de la sentencia condenatoria adoptada el 31 de mayo de 2018 por la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente radicado con el número 49.315 y ordenó dar aplicación a lo preceptuado en el numeral 7 del artículo 235 de la Constitución, para lo cual dispuso que la solicitud de **doble conformidad judicial** de la primera condena, se resuelva por magistrados que no suscribieron la decisión, o, de ser necesario, se designarán conjuces.

De acuerdo con lo anterior, y **ante la similitud sustancial que tiene este caso con el resuelto por la Corte Constitucional, la Sala encuentra necesario actuar oficiosamente con miras a garantizar el derecho** que tienen FMGR y FCC, juzgados bajo el trámite de aforados constitucionales en razón del cargo de magistrados de tribunal de distrito judicial, **a que la primera condena sea revisada por jueces diferentes a los que la profirieron.**

Lo anterior, por cuanto la sentencia en contra de los mencionados fue dictada por esta Sala con posterioridad al 18 de enero de 2018 y en ella se declaró la improcedencia de recurso alguno, realidad procesal que impidió el ejercicio del derecho a controvertir el fallo condenatorio, en los términos señalados por la Corte Constitucional en la SU-373/2019.

En consecuencia, se dispondrá solicitar al Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...], encargado de ejecutar la sentencia proferida por esta Sala el 21 de febrero de 2018, la devolución de la carpeta que contiene la actuación que cursa contra FMGR y FCC, por los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros -agravado- y prevaricatos por acción.

Por la secretaría de la Sala, **se procederá al desarchivo de la actuación** que reposa en esta corporación.

Una vez recibida y unificada, la secretaría notificará la sentencia SP364-2018, 21 feb. Radicado 51142, informándole a los procesados y su defensa técnica, que contra la misma

procede el mecanismo de impugnación especial, que deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la última notificación (art. 186 de la Ley 600 de 2000) y sustentarse dentro de los cinco días siguientes, luego de lo cual, correrán cinco días más para los no recurrentes (art. 179 Ley 906 de 2004).

Vale la pena precisar que bajo las reglas procesales de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite rige esta actuación, la sentencia se recurre dentro de la audiencia de lectura de la misma y la consecuente sustentación se presenta en ese acto procesal, cuando el impugnante así lo decide, o dentro de los cinco días siguientes, si opta por la sustentación escrita (art. 179 ib.).

Sin embargo, como en este evento la audiencia de lectura de fallo se surtió el 27 de febrero de 2018 y su validez no se cuestiona, **la Sala se remitirá a los términos previstos en la Ley 600 de 2000 para la notificación de la sentencia**, con el fin de habilitar el espacio procesal para que los acusados y la defensa la impugnen, remisión que cobija exclusivamente el trámite de notificación, **puesto que el plazo para la sustentación se encuentra contenido en el citado artículo 179 de la Ley 906 de 2004.**

**No aplica en esta oportunidad la Corte el procedimiento y términos provisionales fijados en el auto del 3 de abril de 2019 (CSJ AP1263-2019. Radicado 54215),** por cuanto dichas reglas operan *«para la primera condena*

*emitida en segunda instancia por los tribunales superiores».*

En caso de sustentarse oportunamente la impugnación especial, **la actuación se remitirá al despacho de un magistrado que no haya integrado la Sala que suscribió el fallo, quien, conformará con conjuces una Sala para conocer el asunto.**

Además de la comunicación a las partes e intervinientes en este proceso, se informará lo aquí decidido a la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, teniendo en cuenta que a ella correspondió el trámite propio de la reparación integral; a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, oficina de Cobro Coactivo, y a las autoridades mencionadas en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004, precisándoles que la Sala de Casación Penal habilitará los términos de notificación de la sentencia del 21 de febrero de 2018, con el fin de seguir los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la SU-373/2019».

(Texto resaltado por la Relatoría)

---

## Inicio

### **7. ERROR DE TIPO – INVENCIBLE: NO SE CONFIGURA**

***El conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales***

Al decidir no casar la sentencia impugnada, que impuso condena por los delitos de *falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación en favor de terceros*, la Sala tuvo ocasión de referirse a la causal de exclusión de responsabilidad, referida al *error de tipo*, todo para indicar que en el caso concreto, no tuvo configuración, en el entendido que el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra de la normatividad, no exige en el sujeto

activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales, en tanto como parámetro general, la ley se presume conocida y su ignorancia no sirve para excusar su incumplimiento.

**SP3477-2019 (45367) del 27/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ERROR DE TIPO - Invencible:** no se configura, el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de



conocimientos especiales || **ERROR DE TIPO - Invencible:** no se configura, la ley se presume conocida por todos los asociados y su ignorancia no sirve de excusa para su incumplimiento || **FALESDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura || PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros:** se configura

«[...] en cuanto al no reconocimiento de la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 32, numeral 10, la Ley 599 de 2000, se impone precisar que esa pretensión está soportada, en esencia en los mismos errores de estimación probatoria denunciados en el anterior reproche, los cuales, como ha quedado establecido no tuvieron efectiva configuración.

Además, en la disertación ofrecida por el actor es palmario que el argumento nodal de la queja se apoya en que por las características especialmente técnicas de la función que debía cumplir la torre de aireación en la planta de potabilización de agua y por la **falta de conocimiento del acusado en esa materia**, al firmar el acta de recibo final de la obra contratada no tuvo conocimiento y conciencia actualizada de que estaba consignado un hecho falso en ese documento —la construcción de la torre de aireación que no fue entregada— y que con el mismo propiciaba o favorecida la apropiación de recursos públicos en favor de terceros.

De cara a lo anterior baste con señalar que **el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales**, o una particular instrucción, **pues por principio general la ley**

**se presume conocida por todos los asociados y su ignorancia no sirve de excusa para su incumplimiento.**

Ahora en el caso del aquí procesado, aun aceptando que carecía de formación académica en el área de ingeniería o en otra a fin al objeto del Contrato [...], lo cierto es que se trata de un profesional del derecho, condición que le permitía avizorar que en razón de sus obligaciones constitucionales y legales por el cargo que desempeñaba como alcalde [...], debía extremar los controles para estar al tanto de la correcta actividad contractual del municipio, y en razón de ello no podía simplemente firmar sin ninguna consideración cualquier documento que le fuera presentado para esos efectos.

Un proceder semejante no se compadece de una persona en las condiciones en las que se desenvolvía el enjuiciado, y por lo mismo es apenas elemental colegir que aquél estuvo en condiciones de saber y conocer que la torre de aireación no se había construido, de hecho el propio TG refirió en su testimonio que aun cuando no le comentó al entonces burgomaestre la decisión en el comentado sentido, la ausencia de ese elemento era evidente cuando fueron a ver la puesta en marcha de la planta de tratamiento de agua potable .

Por lo anterior es indiscutible que BC **no obró amparado por la causal de ausencia de responsabilidad deprecada** por su defensor, y en consecuencia está censura tampoco tiene vocación de prosperidad».

(Texto resaltado por la Relatoría)

## Inicio

### **8. ESTAFA - CONFIGURACIÓN:**

***El hecho de que el ejecutor del delito no ostente la posición de garantía respecto del sujeto pasivo, no descarta la imputación objetiva del resultado***

En la providencia, a través de la cual *no se casó* el fallo impugnado, la Sala tuvo ocasión de precisar, en punto a las alegaciones del recurrente sobre la posible configuración de un evento de *autopuesta en peligro* en el delito de *Estafa*, que el hecho consistente en que el

agente no ostente *posición de garantía* respecto del sujeto pasivo, no descarta la *imputación objetiva del resultado*, menos si se considera que el comportamiento de este último no hace parte de la descripción típica de dicho tipo penal.

**SP3339-2019 (50870) del 21/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**AUTOPUESTA EN PELIGRO - Elementos** || **ESTAFA - Elementos:** artificio o engaño, debe ser precedente o concurrente al error de la víctima que la lleva a disponer de su patrimonio || **ESTAFA - Elementos:** artificio o engaño, deber de autoprotección de la víctima, no es elemento del tipo, explicación || **ESTAFA - Configuración:** el hecho de que el ejecutor del delito no ostente la posición de garantía respecto del sujeto pasivo, no descarta la imputación objetiva del resultado || **ACCIÓN A PROPIO RIESGO - No se configura** || **ESTAFA AGRAVADA - Se configura**

«El segundo punto de inconformidad radica en el desacuerdo del censor con haberse calificado los hechos como **estafa**, pues en su criterio las pruebas no comprobaron la existencia de un engaño en contra de la víctima.

No se equivocó el Tribunal en la aprehensión de los hechos, ya que existe claridad en torno a que el negocio en el que se le prometió participación al ofendido fue el asociado a la conformación de la sociedad “[...]”, tal como lo entendió la Corporación Judicial al apreciar la carta de intención, cuyo contenido no ofrece duda acerca de que la compañía en la que URL invirtió sus recursos era esa y no otra diferente.

Es cierto que en el párrafo tercero de la página 12 se indica que al “*denunciante se le ofreció convertirse en socio [...]*”, pero luego la argumentación del Tribunal es diáfana al sostener que los recursos que entregó la víctima estaban destinados a conformar una nueva sociedad, “[...]”, que sería dirigida por URL. Todo apunta a que la alusión a la primera de las empresas obedeció a un error mecanográfico que en nada incidió en la apreciación de las pruebas por parte del fallador de segundo grado, cuyo contenido valoró correctamente, sin la tergiversación o distorsión que denuncia el defensor.

La restante argumentación de la demanda se centra en la ausencia del artificio engañoso, en tanto para el recurrente el presunto engaño como causa del fallido contrato, se confunde con el riesgo de la inversión que es inherente a toda transacción comercial del que es consciente la persona que decide emprender un negocio.

Sin mencionarlo, **el demandante pretende que se descarte la imputación del resultado al tipo objetivo bajo la teoría de las acciones a propio**

**riesgo o auto puesta en peligro**, cuando afirma que URL decidió invertir su dinero a sabiendas de todas las condiciones de la transacción, de modo que la pérdida de la inversión fue simplemente el resultado de las contingencias inherentes al mercado de bienes y servicios.

La teoría de las acciones a propio riesgo ha sido acogida por la Corte en anteriores oportunidades para resolver casos de estafa.

En casación del 12 de septiembre de 2012, radicación 36824, se indicó que **la acción a propio riesgo como criterio excluyente de imputación al tipo objetivo, contempla tres elementos:**

*“(I) conocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo de la conducta (o capacidad para conocerlo), (II) Poder de control de esta persona acerca de la asunción de dicho riesgo y (III) ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente”*

[...] En relación con **la posición de garante**, la Sala ha indicado que, para efectos del delito de estafa (en el cual la víctima coopera en forma voluntaria al menoscabo patrimonial que constituye el resultado lesivo), los negocios jurídicos pueden ser fuentes de mentiras u ocultamientos relevantes para la configuración del elemento típico del engaño, pero cuando las partes están en igualdad de condiciones, ninguna tiene el deber de evitar el daño económico que la realización del contrato le represente a la otra

[...] En este asunto, las circunstancias en las que tuvieron lugar los hechos no permiten desligar la conducta de los procesados del resultado configurativo del daño al patrimonio económico de la víctima, puesto que los señores R ejercieron maniobras que impidieron a US conocer y controlar el riesgo de su inversión.

En efecto, desde un principio se otorgó información a la víctima indicativa de que sus recursos iban a ser administrados por personas con reconocimiento y experiencia en el campo comercial, pues se trataba de ampliar un negocio que ya estaba funcionando, el cual se le mostró como próspero y rentable. A ello se suma que la oficina de la empresa se instaló en un prestigioso sector de Bogotá caracterizado por ser un gran centro de negocios ([...]); según el dicho de la víctima allí había una maqueta de gran tamaño representativa del proyecto que funcionaría en la ciudad de Santa Marta para la producción de cerveza a gran escala, cuyo gerente era HRS, a

quien URL observó en su rol de importante empresario dirigiendo la compañía.

Fue también trasladado por el hijo de aquel, HRB, a las instalaciones de la empresa que ya funcionaba en la ciudad de Miami en donde pudo darse cuenta del movimiento de la compañía y concluyó que se trataba de una empresa sólida, cuya existencia legal fue respaldada con una serie de documentos, algunos de ellos públicos, que HRS le entregó cuando fue a la oficina a indagar sobre los pormenores de la oferta laboral anunciada en un periódico.

Bajo tales particularidades, URL no tenía por qué conocer, o al menos prever, que todo correspondía a una artimaña para despojarlo de sus recursos, mucho menos podía controlar la asunción del riesgo, ya que todas las condiciones para que lograra trabajar en los Estados Unidos como presidente y socio de la nueva empresa pertenecían al ámbito de dominio de quienes le hicieron la oferta de empleo y la propuesta de convertirse en accionista.

Es desatinado afirmar que como la víctima era una persona profesional y de edad madura, creó el peligro para su patrimonio económico y asumió el riesgo para así atribuir el resultado a su propia conducta, pues para la Corte emerge diáfano que los acusados utilizaron toda una serie de estrategias idóneas para persuadirlo de entregarles su dinero, mostrándole una serie de situaciones que le hicieron creer que la transacción era segura. Además, la víctima adoptó las medidas que estaban a su alcance para verificar que la oferta de negocio era real cuando decidió trasladarse hasta Miami a verificar personalmente el funcionamiento de compañía de la que fungía como propietario HRS, según los documentos que éste le entregó.

Fue después de entregar su dinero que surgieron circunstancias indicativas de que había sido engañado. No de otra forma se explica que una vez URL se despojó de sus recursos, la empresa que funcionaba en Word Trade Center desapareciera de forma intempestiva y la

compañía que operaba en Miami ya no lo hacía en las mismas condiciones que advirtió cuando se trasladó allí: la planta de personal fue sustancialmente reducida, laboraban medio tiempo, no en las dos bodegas que le habían mostrado, tampoco se observaba la mercancía que había visto, no existían estados financieros de esa empresa que simulaba ser una importante compañía, aunado todo a las insatisfactorias explicaciones que le suministraron los señores R acerca del destino de su dinero.

**No acierta el demandante al aludir a la figura de la posición de garante dentro del contexto de las acciones a propio riesgo, pues el hecho de que el ejecutor del delito no ostente la posición de garantía respecto del sujeto pasivo, como en efecto sucede en este caso, no descarta la imputación objetiva del resultado, pues por las razones ya explicadas no se está frente a una auto puesta en peligro.**

De todas maneras, es pertinente aclarar que de acuerdo con la casación 42548 de 2016, SP-488, la Corte aclaró que **incorporar al delito de estafa, la diligencia de la víctima a modo de un elemento del tipo, es un desacierto porque el comportamiento del sujeto pasivo no pertenece a la descripción típica.**

[...] Como se advierte, la tesis acerca de que el caso debe resolverse bajo la teoría de la acción a propio riesgo, no tiene asidero. **El resultado antijurídico es imputable** a HRB, quien **con su comportamiento agotó el delito de estafa**, hizo uso de maniobras para engañar a URL, logrando convencerlo de entregarle treinta mil dólares y su vehículo valorado para la época en \$38.000.000, bajo la falsa promesa de que se convertiría en socio y presidente de la empresa “[...]” con sede en O, todo ello respaldado en un contrato civil que fue justamente utilizado como un instrumento para convencerlo de la seriedad de la transacción».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## 9. ESTAFA - DELITO MASA:

***La cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas***

En la decisión, a través de la cual se casó parcialmente la sentencia impugnada, la Sala tuvo ocasión de recordar algunos de los parámetros básicos del denominado *delito masa*, modalidad que fue aplicada, en el caso concreto, al tipo penal de *Estafa*. Además, precisó que en estos eventos la *cuantía* se determina por el incremento o beneficio económico y no por la afectación individual de cada una de las víctimas.

**SP3997-2019 (47203) del 17/09/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Guillermo Salazar Otero**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

#### **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL**

- **No se configura** || **DELITO MASA** - Acción única con pluralidad de actos ejecutivos || **ESTAFA - Delito masa:** la cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas

«la segunda censura se manifiesta contradictoria en la medida en que por una parte admite la viabilidad de la agravante que por la cuantía prevé el artículo 267 del Código Penal en relación con el delito de estafa acá imputado, pero por otro pretende que cada aporte de las más de 48.000 víctimas se aprecie en una cantidad que no supera el equivalente a 10 salarios mínimos mensuales legales, contradicción que se acentúa aún más si se advierte que por igual se acepta fenomenológicamente cometido un **delito masa** que en sentir del recurrente no excluye la aplicación del inciso 3° del artículo 246 ídem.

A no dudarlo, la imputación y la acusación comprendieron fácticamente la descripción de un **delito masa** en la medida en que se señaló que, por medio de artificios y engaños se obtuvo de cada una de las más de 48.000 víctimas una cantidad de dinero que no superó el 10% de un

salario mínimo de 2007 y 2008, solo que jurídicamente no se hizo la indicación respectiva, lo cual motivó a que con sujeción al axioma de congruencia, no fuera posible, en las sentencias de instancia, deducir la agravante que así se configuraba en términos del parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Descrito, por tanto, de un lado, fácticamente esa clase de delito y, de otro, admitido por el censor, que la relación de hechos en torno al punible de estafa así ejecutado “*sin duda alguna corresponde a la descripción del llamado **delito masa***” mal puede arribarse a las conclusiones que en relación con la cuantía del ilícito pretende el censor.

Es que, **si tal tipo de ilicitud se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal**, dentro de un plan con el que se afecta el patrimonio económico de un número indeterminado de personas, **la cuantía del mismo no se determina por cada una de las conductas individualmente consideradas, sino por la suma de las mismas, pues** aunque en su ejecución se producen defraudaciones con relación a una cantidad de individuos diferenciados en relación con quienes el sujeto activo pretende extraer dinero en diversas cuantías, **el propósito de enriquecimiento deviene unitario.**

[...] Por demás, no es posible, como lo propone el censor, desnaturalizar el delito de estafa a partir de fragmentar el aporte económico de cada uno de los vinculados al programa de beneficios sociales de F, lo cual en sí mismo puede considerarse relativamente ínfimo a juzgar porque se trataba del 10% de un salario mínimo mensual de los años 2007 y 2008, pues, el beneficio patrimonial obtenido por quienes cometieron el punible, que a la vez perfecciona la ilicitud, lo representa la suma de todos esos pagos individuales. **La cuantía se determina precisamente por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas.**

[...] Por tanto, como **la cuantía del punible de estafa**, objeto de este juicio **se congloba en un solo monto**, constituido por el total recaudado por los procesados a través de la fundación, forzoso es concluir que no se incurrió en la violación directa de la ley denunciada, lo cual implica que tampoco esta censura puede prosperar».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**



## 10. EXTINCIÓN DE DOMINIO - RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

***La competencia está regida por la ley vigente y su aplicación es inmediata, sin que opere fenómeno semejante al de su prórroga***

Al desatar la colisión planteada entre dos Juzgados Penales del Circuito Especializados de Extinción de Dominio, la Sala estimó necesario recoger el *precedente* reciente, para precisar que no hay lugar a *abstenerse* de resolver el conflicto de competencia, en casos en los que el ente instructor adecuó su trámite a la directriz jurisprudencial establecida en providencia AP1890-2015 y con anterioridad a los parámetros expuestos en la decisión AP5012-2018. En este sentido, recordó que la competencia se rige por la ley vigente y su aplicación es inmediata, por lo que no es posible afirmar que opere la figura relativa a su prórroga. Consecuentemente, en el presente asunto se pronunció, asignando la competencia conforme al factor territorial.

**AP3516-2019 (55913) del 21/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

#### **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014)**

- **Régimen de transición:** los procesos en que se haya proferido resolución de inicio con base en las causales de la Ley 793 seguirán rigiéndose por ésta, aplica únicamente frente a las causales de extinción de dominio, no respecto al régimen de competencia || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición:** reglas de aplicación establecidas por la Corte Suprema de Justicia ||

#### **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014)**

- **Régimen de transición:** no hay lugar a abstenerse de resolver el conflicto de competencia, cuando el ente instructor realizó la adecuación del trámite con base en la directriz jurisprudencial de la providencia AP1890-2015 y con anterioridad al criterio establecido en la decisión AP5012-2018 || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición:** la competencia está regida por la ley vigente y su aplicación es inmediata, sin que opere fenómeno semejante al de su prórroga ||

**JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior

«El legislador, a través de la expedición de la Ley 333 de 1996, el Decreto Legislativo 1975 de 2002, la Ley 793 de 2002, -que a su vez fue objeto de varias modificaciones, de las cuales sobresalen las introducidas por las Leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011-, y el actual Código de Extinción de Dominio, Ley 1708 de 2014, ha regulado el trámite de dicha acción.

La última normativa compiló la regulación sobre la materia e introdujo variaciones sustanciales al procedimiento, así como un régimen de principios generales, con la pretensión de construir un auténtico sistema de normas para el ejercicio del mecanismo de extinción del derecho de dominio (Corte Constitucional, sentencia C-958-2014).

Su artículo 218 derogó *"expresamente las Leyes 793 y 785 de 2002, Ley 1330 de 2009, así como todas las demás leyes que las modifican o adicionan, y también todas las leyes que sean contrarias o incompatibles con las disposiciones de este Código"*.

Como excepción a la derogatoria, el inciso segundo del referido precepto señala: *"Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 18 de la Ley 793 de 2002, y los artículos 9º y 10 [de] la Ley 785 de 2002, seguirán vigentes"*.

A su vez, el canon 217 de la mencionada ley estableció un **régimen de transición** en los siguientes términos:

*"Los procesos en que se haya proferido resolución de inicio con fundamento en las causales que estaban previstas en los numerales 1 al 7 de la Ley 793 de 2002, antes de la expedición de la Ley 1453 de 2011, seguirán rigiéndose por dichas disposiciones."*

*"De igual forma, los procesos en que se haya proferido resolución de inicio con fundamento en las causales que estaban previstas en el artículo 72 de la Ley 1453 de 2011, seguirán rigiéndose por dichas disposiciones."*

Esta Corporación así se pronunció con relación a dicho tópico (**CSJ AP1890-2015, 16 abr. 2015**, rad. 45775):

*"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 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.” [negrilla original del texto]

Conforme a ese **criterio jurisprudencial, la competencia para conocer de la fase de juzgamiento dentro del trámite de la acción de extinción de dominio se determina con fundamento en las previsiones de la Ley 1708 de 2014**, mientras que en relación con los asuntos atinentes a **las causales** a partir de las cuales se puede promover ese mecanismo, **continúa aplicándose la normativa anterior**.

Lo anterior, no obstante, fue modificado 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 regirán 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.”*

En virtud de ello, **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.

En tal sentido, **esta Colegiatura en casos similares al que hoy ocupa su atención, decidió abstenerse de resolver el conflicto de competencia entre Juzgados de la naturaleza y ordenó la devolución de la actuación a la Fiscalía General de la Nación para que se ejecutara completamente el procedimiento indicado en el artículo 13 de la anterior normatividad**, con las modificaciones contenidas en la Ley 1453 de 2011 [por haberse iniciado el trámite en vigencia de la misma], pues no se abrió el proceso a pruebas, ni se corrió traslado para alegar y por consiguiente, tampoco se dictó la *«resolución declarando la procedencia o improcedencia de la acción de extinción de dominio»*, como pasos preliminares al envío de las diligencias al funcionario de conocimiento.

**Esa postura, sin embargo, debe recogerse para el asunto objeto de estudio y para todos aquellos donde en cumplimiento de la directriz del 16 de abril de 2015, el ente instructor haya realizado la adecuación del trámite al estipulado en el actual Código de Extinción de Dominio, con anterioridad al nuevo criterio de noviembre de 2018**, pues no se puede atribuir dicha carga a esa entidad cuando se encontraba atendiendo lo que en su momento se había establecido por este Tribunal de cierre.

En ese orden de ideas, no se admite lo manifestado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Cali, pues si bien es cierto la actuación inició al amparo de la anterior legislación, **la competencia está regida por la ley vigente y su aplicación es inmediata, sin que opere fenómeno semejante al de su prórroga** (CSJ AP2833-2017, 3 may. 2017, rad. 49968).

#### **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1849 de 2017)**

- **Funcionario competente:** Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio del lugar donde se ubica el bien

«[...] en cuanto al servidor judicial que debe asumir por el factor territorial la fase de juzgamiento y la emisión del consecuente fallo, el

artículo 35 ibídem, modificado por el canon 9° de la Ley 1849 de 2017, dispuso lo siguiente:

*“Corresponde a los Jueces del Circuito Especializados en Extinción de Dominio del Distrito Judicial donde se encuentren los bienes, asumir el juzgamiento y emitir el correspondiente fallo.*

*Cuando haya bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez del distrito que cuente con el mayor número de jueces de extinción de dominio.*

*Cuando exista el mismo número de jueces de extinción de dominio en distintos distritos judiciales se aplicará lo previsto en el artículo 28 numeral 7 del Código General del Proceso. La aparición de bienes en otros lugares después de la demanda de extinción de dominio no alterará la competencia.*

*Si hay bienes que se encuentran en su totalidad en territorio extranjero, serán competentes en primera instancia los Jueces del Circuito Especializados en Extinción de Dominio del Distrito Judicial de Bogotá.*

*La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tendrá competencia para el juzgamiento en única instancia de la extinción de dominio de los bienes cuya titularidad recaiga en un agente diplomático debidamente acreditado, independientemente de su lugar de ubicación en*

*el territorio nacional.”* [subrayado en esta oportunidad]

En el presente asunto, el inmueble objeto de la acción de extinción de dominio, se encuentra ubicado en el municipio de El Cerrito, Valle del Cauca.

El ya señalado Acuerdo PSAA16-10517, en su artículo 2° consigna:

*“Competencia Territorial. La competencia territorial de los Distritos Especializados de Extinción de Dominio quedará establecida de la siguiente manera: Distrito de Extinción de Dominio: Cali. Sede de los Juzgados: Cali. Competencia territorial en los distritos judiciales de: Cali, Buga, Mocoa, Pasto y Popayán.”*

Como en el presente conflicto no se discute la localización del bien, sino la norma aplicable para avocar el conocimiento del proceso, de lo expuesto en los acápites que anteceden se sigue que la determinación a adoptar es **atribuir el conocimiento** del presente trámite al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de la capital del Valle del Cauca, con fundamento en el artículo 35 de la Ley 1708 de 2014, por ende, a dicho despacho se remitirá el expediente, para lo de su cargo. Esta determinación será informada al homólogo Segundo de Bogotá».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

Inicio

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.

**11. FALSO JUICIO DE EXISTENCIA**  
***Se configura, cuando se supone, sin prueba alguna, la captura del procesado como evidencia de su presencia y participación en los hechos***

Al casar el fallo condenatorio del Tribunal para, en su lugar, validar el *absolutorio* emitido en primera instancia respecto del acusado por el delito de *hurto calificado y agravado*, la Sala encontró importante recordar que cuando el fallador realiza la apreciación uniforme de los medios de prueba, debe examinar que no ofrezcan desacuerdos en aspectos primordiales.

Del mismo modo, consideró configurado un *falso juicio de existencia por suposición*, habida consideración que el juzgador asumió, sin contar con evidencia alguna, la acreditación de la aprehensión del procesado como sustento de la coautoría y responsabilidad en el comportamiento imputado. Esto implicó que, a su vez, incurriera en *falsos juicios de identidad y raciocinio*.

**SP3209-2019 (52762) del 14/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Criterios de valoración:** el análisis conjunto es una regla estructural de

apreciación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Criterios de valoración:** apreciación uniforme de los medios suasorios, implica analizar que no tengan desacuerdos en aspectos esenciales || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** se configura

«[...] el reproche [...] en relación con los **errores** (no concretados en la demanda) en los que incurrió el juzgador, **al dar por probada la captura del procesado y deducir de ahí la coautoría**, cuando ni siquiera el único testigo presencial de los hechos puede afirmarlo, tiene vocación de éxito, como se estimó al principio de la parte considerativa de esta decisión, al evidenciarse la configuración de la causal 3ª del artículo 181 de Código Procesal Penal del 2004.

Para abordar cada uno de los errores, encuentra la Sala oportuno precisar que el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 estatuye que **las pruebas deben valorarse en conjunto** de acuerdo con los criterios fijados para cada una de ellas. Por lo tanto, **cundo el juzgador aprecia como uniformes unos medios suasorios y de ellos extrae una sola conclusión demostrativa, debe previamente analizar que las mismas no tengan desacuerdos entre sí en aspectos esenciales.**

En este caso, como se registra en las transcripciones de las consideraciones expuestas, el ad-quem, sin diferenciar las variables trascendentales en los relatos de los testigos que comparecieron al juicio, determinó una secuencia fáctica que no se ajustaba en estricto sentido a lo que se extracta de cada una de las declaraciones y ello condujo a las fallas que a continuación se señalan.

Así, como se glosó textualmente, sobre el «*delito de hurto calificado y agravado*», el Tribunal estimó que la conducta no fue desplegada en forma individual, sino en grupo y por lo tanto, el comportamiento penalmente relevante le era imputable a todos los integrantes a título de coautoría impropia. Para el efecto, partió de considerar que, de los testimonios de CAVC, CARV y YFOB se establecía que:

d. De los atacantes hacía parte un sujeto alto, delgado de cabello muy corto y que mandaba a los demás. Era el único con esas características morfológicas. Los agentes lo capturaron, conocieron sus nombres y apellidos y le dieron esa información a CA: se trataba de NRGD. (Subrayado fuera de texto)

En consonancia con lo anterior, estimó que el policía que llegó al lugar de los hechos, no presencié la agresión física ni el hurto; su misión se limitó a perseguir y capturar a las personas referidas por la víctima como autores de las



lesiones y el despojo. En consecuencia, que la falta de la incorporación del informe de captura y de la práctica de los testimonios de los uniformados, echada de menos en el fallo de primera instancia, no eran determinantes.

Al respecto, si bien es cierto, el debate acerca de las circunstancias de **la captura** tiene su escenario propio en las audiencias preliminares, esto para efectos de la legalidad del procedimiento, también lo es que, **como evidencia procesal no fue probada en este caso**, a pesar de lo cual en la sentencia de segunda instancia se afirmó que así ocurrió y que precisamente esa aprehensión recayó en NRGD.

Como resulta claro, **el agente que supuestamente hizo la retención** de uno de los integrantes de la pandilla y suministró a los testigos el nombre que permitió identificar al acusado, **no fue traído al juicio para declarar sobre ese hecho, en relación con el cual tampoco los restantes medios probatorios dan cuenta específica**.

De lo anterior se sigue que **la Fiscalía no presentó prueba alguna a través de la cual se pudiera determinar si realmente la persona fue capturada y puesta a su disposición**, si se legalizó el procedimiento o, por el contrario, cuál fue el motivo por el que, de haberse efectuado la aprehensión del inculpado, no se judicializó, aspectos que resultaban de trascendental importancia, en orden a demostrar la relación del retenido con el delito que se le imputa.

Para **el Tribunal** estos vacíos no tuvieron incidencia y **dio por hecho, sin prueba que lo demuestre, que GD fue capturado, lo que configura un falso juicio de existencia por suposición**.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura en flagrancia:** no es una prueba en sí misma sino una circunstancia que se debe probar en el juicio  
|| **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado:** su prueba es distinta a la que demuestra la responsabilidad en la conducta penalmente relevante || **FALSO JUICIO DE**

**IDENTIDAD - Modalidades:** técnica en casación  
|| **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por adición:** se configura || **FALSO RACIOCINIO - Se configura** || **PETICIÓN DE PRINCIPIO - Se configura** || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** se configura, cuando se supone, sin prueba alguna, la captura del procesado como evidencia de su presencia y participación en los hechos || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO - No se configura**

«De esta actuación surgida en el trámite del proceso, ajena por completo al debate probatorio propio del juicio, **no dimana que NRGD haya ingresado al sistema penal por información de la policía sobre la aprehensión o por señalamiento directo de algún testigo o por petición de la Fiscalía para la legalización del procedimiento**.

Esa inadvertida circunstancia, puede considerarse inane por tratarse de un tema eminentemente procesal; sin embargo, cobra importancia, si se tiene presente que, **de la supuesta captura se derivó la identificación y vinculación posterior del acusado**, al punto que los testimonios con base en los cuales el Tribunal encontró prueba suficiente de la participación de NRGD, lo inculparon por virtud de la información que les dio el policía que lo «capturó». Por manera que, la ciencia de la mención por sus nombres y apellidos que hicieron en el juicio —toda vez que, no existe constancia que en dicho acto procesal tuvieron contacto con el vinculado— no devino de su constatación personal o directa sino, según afirman, de lo que les dijo un policía, que no fue citado ni oído en juicio.

De suerte que, cuando **el Tribunal** aseveró que los policías «emprendieron la persecución de los pandilleros. Capturaron a dos, pero por motivos que se desconocen no fueron judicializados, y agregó que la ausencia de los testimonios o documentos emanados de quienes cumplieron esta labor no eran determinantes, **dio por demostrado el aspecto fáctico de la captura**

**del procesado, sin prueba que lo acreditara** y por contera, a más de incurrir en falso juicio de existencia, dejó de analizar la incidencia que tenía frente a la demostración de que la persona identificada por la policía como NRGD fuera la misma que formaba parte del grupo que despojó del bien a CARV.

En ese orden, **la suposición de la aprehensión del enjuiciado inmediatamente después de los hechos y/o por señalamiento realizado por los testigos, llevó al Tribunal a una cadena de errores** en la apreciación de los testimonios de cargo, con igual trascendencia respecto de la declaratoria de responsabilidad del procesado.

En esa medida, conviene recordar que el **error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad** estriba en que el juzgador al valorar la prueba, **(i)** deje de lado un segmento de ella, esto es, la cercena, **(ii)** le hace agregados al medio de convicción, es decir, se le adicionan expresiones que no hacen parte de la composición fáctica o **(iii)** tergiversa su contenido material, para hacerle decir al medio de persuasión aquello que no se desprende objetivamente del mismo.

Frente a ello, se encuentra que los errores del Tribunal emanan de apreciar bajo un mismo rasero las declaraciones de CARV, CAVC y YFOB, con los que solventó las fallas cometidas por la Fiscalía, por su inactividad probatoria, para lo cual de cara a la secuencia fáctica adicionó aspectos no señalados estrictamente en los testimonios, en torno a que la persona identificada por la policía fuera la misma que cometió la conducta punible.

[...] De lo referido por los testigos se advierte que, no participaron en aludido procedimiento de captura, pues mientras ello sucedía, se estaban desplazando al CAI, es decir que, no se enteraron de lo que sucedió entre el momento en que la policía salió en persecución de grupo que huía y cuando regresaron al CAI, intervalo en el que, al parecer, la fuerza pública obtuvo la información que la persona alcanzada respondía al nombre de NRGD.

En relación con ese tema, el Tribunal indicó que: «Los agentes lo capturaron, conocieron sus nombres y apellidos, y le dieron esa información a CA: se trataba de NRGD. Ello resulta ser un error por falso juicio de identidad por adición, toda vez que el vacío acerca de la forma o trámite que llevó a efecto la policía para identificar a la persona perseguida, no se podía suplir con el contenido material de la prueba testimonial, en tanto que los testigos no dieron a conocer como se desarrolló o cuál fue la fuente de información con la que contaron los uniformados, para establecer que el presuntamente capturado o retenido respondía a dichos nombre y apellidos y era la misma persona que cometió el delito.

En este orden de ideas, respecto del reconocimiento de la persona presuntamente capturada, a pesar de que, las respuestas dadas por CARV y YFOB Sugieren que dicho acto se cumplió en el Centro de Atención Inmediata, dicha circunstancia, además de no haber sido aclarada en el juicio y de ser desvirtuada, por CACV, el que, como ya se dijo testificó que el retenido no fue llevado al CAI y que se imagina que su hermano lo reconoció para el momento que le propinó el golpe, tampoco puede tenerse como demostrativa de la conexión entre la persona identificada por la policía y el autor de la conducta, pues se itera, los testigos no dan cuenta de por qué y cómo los agentes obtuvieron los nombres de la persona perseguida, lo que a la postre determina un **error de falso raciocinio, por no constituir razón suficiente para inferir que el procesado quedó identificado desde el mismo momento de los hechos como la persona que cometió el hurto.**

[...] Se extracta entonces que el Tribunal no podía tener como verdad sabida que el acusado respondía a las mismas características físicas de uno de los integrantes del grupo que cometió el punible, puesto que, **lo estipulado fue la plena identidad del procesado y no la del autor del delito** y adicionalmente, si bien, la víctima indicó algunos datos físicos de su atacante, no fueron comparados, ni reconocidos en juicio como los que individualizaban concretamente al procesado.

En este orden de ideas, cuando el Tribunal consideró irrelevante la falla de la Fiscalía de probar a través del testigo directo, esto es el policía que acudió al lugar, si el procesado fue capturado, por qué y cómo se obtuvo la información acerca de la identificación, soslayó la incidencia que tenía en la verificación de que NRGD, y no otro, fuera quien, en compañía de otras personas, hurtó el bien que tenía CARV.

De todo lo dicho concluye la Sala que, ha quedado demostrado cómo en efecto **el Tribunal incurrió en falso de existencia por suponer sin prueba alguna la captura del procesado como evidencia procesal de su presencia y participación en los hechos, falso juicio de identidad** al derivar la prueba testimonial rendida por CAVC, CARV, YFOB, una secuencia fáctica que no se extractan de su contenido material y **falso raciocinio** al incurrir en la falacia de petición de principio y razón insuficiente sobre la individualización y reconocimiento del procesado como integrante del grupo asaltante.

En esa forma como, lo alega el demandante y lo respaldan los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público ante la Corte, dejó de reconocer la duda razonable en favor del acusado, al tener por probado sin estarlo, que era la misma persona que actuó en compañía de otros para apoderarse de una cámara, cuando en relación con este singular aspecto, ninguno de los testigos pudo dar a conocer, más allá de toda duda, si la persona perseguida por la policía con los datos que identificaban al inculcado correspondían al mismo que con su grupo cometió el hurto, lo que a la postre excluía toda posibilidad de endilgarle la denominada coautoría impropia.

En consecuencia, se acredita que los errores de hecho cometidos por el ad quem son de tal entidad que obligan a variar el sentido de la decisión, esto es, **casar el fallo impugnado y validar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### **12. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD** ***Se configura, cuando el fallo se fundamenta en elementos probatorios incautados en registro y allanamiento de domicilio ilegales***

Al casar el fallo impugnado, para *absolver* a los acusados del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, la Sala ahondó en el tópico relativo a la protección de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, extensivos a la habitación de un hotel. En este orden, recordó los parámetros constitucionales y legales que permiten la realización de *allanamientos o registros*, así como las consecuencias que comporta el efectuar un procedimiento de tal naturaleza por fuera del marco constitucional y

legal, que no son distintas a la ausencia de valor de los *elementos materiales probatorios y evidencia física* recopilados de esa manera, así como su *exclusión* de la actuación.

**SP1862-2019 (48498) del 29/05/19**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DERECHO A LA INTIMIDAD - En la habitación de un hotel: protección constitucional ||**  
**DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL**

**DOMICILIO - En la habitación de un hotel:** se asimila al de un domicilio privado

**«El derecho a la intimidad en la habitación de un hotel**

La Ley 300 de 1996, por medio de la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones, en su artículo 83, modificatorio del canon 44 de la Ley 23 de 1982, dispuso que *“las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedajes que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado”*.

[...] Lo anterior significa que **las habitaciones de hotel gozan de protección constitucional** por tratarse de un espacio en el cual las personas se desarrollan como seres libres y autónomos, sin estar sometidos a la mirada de otros, es decir, se configura un espacio que debe ser protegido».

**DERECHOS FUNDAMENTALES** - Ninguno ostenta el carácter de absoluto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** limitaciones al derecho a la intimidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** procedencia y finalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** requiere de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** en situaciones de flagrancia y otras contempladas en la ley || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** requiere orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** eventos en que la Fiscalía debe someter la diligencia a control de legalidad posterior || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** si se efectúa por fuera del marco constitucional y legal, implica la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física

**«Limitaciones al derecho a la intimidad en el registro y allanamiento**

La Corte Constitucional ha sostenido que **los derechos fundamentales no son de carácter absoluto**, sino que por el contrario, existen eventos en los que la injerencia en el ámbito privado de la persona es necesaria y razonable.

El artículo 14 de la Ley 906 de 2000 señala que no podrán hacerse registros, **allanamientos** ni

incautaciones en el domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino **en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en dicho Código**. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

Las diligencias de registro y allanamiento afectan el derecho a la intimidad y a la libertad personal, de ahí que su validez esté condicionada al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 250 de la Constitución Política y en el canon 219 del Código de Procedimiento Penal ; es decir, **deberá existir una orden previa emitida por parte de la Fiscalía** con la finalidad de: **(i)** obtener elementos materiales probatorios y evidencia física, o de **(ii)** realizar la captura del indiciado, imputado o condenado cuando se trate de delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

La orden expedida por el Fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar, y si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia, conforme lo prevé el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal.

Además, la Ley 906 de 2004 también regula, en el Libro Segundo, las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización. **El precepto 229 ibídem autoriza a la policía judicial en situaciones de flagrancia para proceder al registro y allanamiento** del inmueble, nave o aeronave del indiciado, y dispone que en caso de éste refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, **los agentes policiales deben solicitar el consentimiento del propietario o tenedor**, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004, señala cuales son las **excepciones al requisito de la orden escrita**, así:

**(i)** Cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado,



sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

(ii) Cuando no exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

(iii) Cuando se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad.

En estos casos la Fiscalía General de la Nación deberá someter a control posterior la legalidad de la diligencia.

La exigencia de la orden para el registro y allanamiento, y su posterior examen de legalidad tienen como finalidad la protección del domicilio y de la intimidad de injerencias arbitrarias.

Ciertamente, **la consecuencia de realizar un registro o allanamiento por fuera del marco constitucional y legal es que los elementos materiales probatorios y evidencia física carecen de valor y deberán excluirse de la actuación** conforme lo disponen los artículos 232, 237 y 360 del mismo Código.

La razón de ser de una estipulación semejante, como ya lo ha precisado la Sala, descansa en los fundamentos que sirven de base al Estado de social de derecho, pues para asegurar y garantizar la dignidad humana, el debido proceso y la legalidad, se estableció la prohibición de valorar cualquier medio de conocimiento judicial que se obtenga con detrimento de las garantías y derechos fundamentales, ya 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”*.

**PRUEBA ILEGAL** - Diferente a prueba ilícita || **PRUEBA ILEGAL** - Concepto || **PRUEBA ILÍCITA** - Concepto || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** sus efectos se producen tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** Excepciones, fuente independiente, vínculo atenuado y

descubrimiento inevitable || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** Aplicación, prueba derivada de una ilícita o ilegal, fundamentos || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** juicio de ponderación que debe realizar el funcionario judicial

«[...] la jurisprudencia de la Sala ha distinguido entre la **prueba ilegal y la prueba ilícita**. La primera se refiere a la violación de las reglas de ordenación, práctica o incorporación a la actuación de material probatorio, y la segunda, tiene ocurrencia cuando las evidencias y los elementos materiales probatorios son obtenidos con desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de las personas. Es el caso de la violación de los derechos a la vida, a la no autoincriminación, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, entre otros.

**Respecto de ambas especies de prueba opera la cláusula de exclusión**, y la jurisprudencia se ha encargado de matizar el respectivo **efecto**, puesto que si se trata de **prueba ilegal** el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar su exclusión, ya que si la irregularidad no tiene ese carácter el medio probatorio puede continuar obrando dentro del proceso.

Por el contrario, tratándose de **pruebas ilícitas siempre opera la cláusula de exclusión probatoria**, excepto en unos precisos casos en los que la nulidad se extiende a toda la actuación, lo cual ocurre cuando la prueba es obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado.

No obstante, la Ley 906 de 2000, artículo 455, prevé criterios que permiten morigerar la cláusula de exclusión y atenuar los efectos del artículo 23 de la misma obra, como son el **vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable** y los demás que establezca la ley.

Esta Sala precisó que con el fin de establecer cuándo un medio de prueba reflejo debe ser excluido, el funcionario judicial debe realizar un **juicio de ponderación** que, en armonía con los criterios citados con anterioridad, comprende las siguientes pautas:

**“a) En primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente**

conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

**b)** La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

**c)** Por último, y esto es lo más determinante, no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, sino que debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad», es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran al rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.”.

En conclusión, siempre que exista una relación inescindible entre el acto violatorio de una garantía o derecho fundamental y el elemento de convicción obtenido, la prueba derivada debe ser excluida, lo cual implica la imposibilidad de repetirla a fin de depurarla, cuando exista una relación de causalidad entre la prueba ilícita y la nueva prueba lícita a la que se arriba con base en el conocimiento arrojado por el elemento de juicio ilícito. Por ello, la doctrina especializada en la materia ha señalado que “no debería admitirse su subsanación o convalidación mediante la práctica de un nuevo reconocimiento con todas las garantías o mediante su simple ratificación en el acto del juicio oral al estar viciado en su origen.”. Así, la ineficacia de la prueba ilícita se extenderá también a todos aquellos elementos probatorios

obtenidos de forma lícita, pero que han sido descubiertos gracias a los resultados obtenidos con una prueba ilícita.

Lo anterior, por cuanto el vínculo entre la fuente ilícita y la prueba derivada de ella no es ajeno a la vulneración del mismo derecho, sino que se presenta como su fruto, de manera que la protección debida al derecho fundamental solo será simbólica sino se excluye el material obtenido y derivado de la prueba espuria».

**TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** contradicciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** requiere de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** si se efectúa por fuera del marco constitucional y legal, implica la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** cuando no se cuenta con orden escrita, la autorización del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad ha de ser autónoma || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Policía judicial:** facultades, son diferentes a las de la Policía de vigilancia || **PRUEBA ILEGAL - Exclusión || FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** cuando el fallo se fundamenta en elementos probatorios incautados en registro y allanamiento de domicilio ilegales || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES -** No se configura

«La Sala observa que entre la versión del administrador del hostel [...] MGC, y la del patrullero RPL existen algunas contradicciones; sin embargo, resulta claro que **el procedimiento de ingreso al hotel y a la habitación no estuvo precedido de una orden judicial**, a pesar de que fue invocada para penetrar en el hotel conforme lo relatado por el administrador, y luego bajo la convicción errada de la existencia de la orden legítima, ante el pedido de los policías, procedió a abrirles la puerta.

En su declaración en el juicio oral, el policial SCQ manifestó que una fuente humana les informó que varias personas se encontraban reunidas en el hostel [...], de la ciudad [...], y que estaban planeando realizar varios atracos o que se dedicaban a actividades delictivas.

[...] El testimonio de SC deja en evidencia que **el consentimiento de los moradores para ingresar a la habitación no fue libre** como lo exige nuestro ordenamiento jurídico, **pues la autorización del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad ha de ser autónomo** y en el presente asunto no lo fue.

En efecto, la Sala observa que, en el acta de registro y allanamiento con autorización del morador, que constituye la evidencia física No. 1, se guardó silencio sobre las protestas que hicieron los ocupantes del inmueble y de las cuales dio cuenta el policial SCQ, lo cual refuerza el razonamiento de la Corte respecto de la ausencia de libertad y autonomía en la autorización de ingreso al inmueble en el presente asunto.

Además, **las facultades que ostenta un miembro de la policía judicial son diferentes a las que atañen a la de vigilancia**, conforme las funciones que para la época de los hechos tenían el patrullero RPL y los seis compañeros de institución que participaron en el operativo.

[...] De esta manera, las labores previas de verificación que facultan para allegar documentación, realizar el análisis de información y escuchar en entrevista a quienes se considera que pueden tener conocimiento de la comisión de una conducta punible, **se transformó en un allanamiento y registro sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales que le deben de preceder**.

La actuación de los miembros de la Policía Nacional en el presente caso **no encuentra cobijo en alguna de las excepciones para proceder al registro y allanamiento sin orden escrita como son:** i) el consentimiento del propietario o tenedor del bien objeto de registro, el cual debe ser expreso, pues no resulta

suficiente la ausencia de objeciones, y debe acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización, dado que el acceso a la habitación se hizo sin el consentimiento de los ocupantes, pues fue el administrador quien abrió la puerta, conforme se estableció en el juicio oral; **ii)** el arma de fuego no se encontraba en campo abierto o abandonado, **iii)** Existía una expectativa más que razonable de intimidad en la medida en que se trataba de la habitación de un hostel ocupada; **iv)** tampoco se encontraban los miembros de la policía ante situaciones de emergencia como incendio, inundación, que pusiera en peligro la vida o la propiedad, o situaciones de riesgo inminente para la vida, la salud, la integridad personal o sexual.

Como en materia de protección de derechos fundamentales las formas procesales no se justifican por sí mismas, sino que es necesario establecer en concreto de qué manera la incorrección sobre el mandato procedimental derivó en el quebranto efectivo de un derecho o garantía, señala la Sala que en este asunto **la ilegalidad del registro y allanamiento de la habitación del hotel** que ocupaban desde hacía 30 días LFGV y DARS, no comportó únicamente esta ilegalidad, sino que **vició la incautación del revólver** Smith & Wesson calibre 38 largo [...].

Así las cosas, **prosperan las censuras por violación indirecta de la ley sustancial, producto del error de derecho por falso juicio de legalidad propuesto por la defensa**, pues **se demostró que el Tribunal fundamentó el fallo de condena en los elementos probatorios incautados a LFGVI y DARS en el marco de un registro y allanamiento de domicilio ilegales**.

Como sin los medios de conocimiento excluidos la sentencia de condena no consigue mantenerse, **se impone casar tal decisión y absolver a LFGV y DARS**»..

(Textos resaltados por la Relatoría)

---

## Inicio

**13. FRAUDE PROCESAL - SE CONFIGURA:**  
***Cuando se utilizan medios fraudulentos para inducir en error al servidor público que selecciona al contratista***

En la decisión, a través de la cual *no se casó* el fallo impugnado, la Corte recordó que el tipo penal de *fraude procesal*, puede efectivamente tener configuración, cuando se utilizan medios fraudulentos en orden a inducir en error al

servidor público encargado de seleccionar al contratista, tesis vigente que se acompasa con la circunstancia consistente en que esta conducta punible no está limitada al ámbito judicial, sino que, bajo su conceptualización extendida, puede también tener ocurrencia en la actividad administrativa.

**SP3361-2019 (53770) del 21/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FRAUDE PROCESAL - Configuración || FRAUDE PROCESAL - Elementos que lo estructuran || FRAUDE PROCESAL - Se estructura:** ocurre dentro de una actuación judicial o administrativa || **FRAUDE PROCESAL - Se configura:** cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en el marco de cualquier actividad judicial o administrativa || **ACTO ADMINISTRATIVO - Lo constituye la acción de adjudicar un contrato estatal || FRAUDE PROCESAL - Se configura:** cuando se utilizan medios fraudulentos para inducir en error al servidor público que selecciona al contratista

«Incorre en **fraude procesal** “el que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley”, según establece el artículo 453 del Código Penal.

**Constituyen elementos estructurales de esa conducta delictiva, (i)** el uso de un medio fraudulento, **(ii)** la inducción en error a un servidor público a través de ese medio, **(iii)** el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley y, **(iv)** la idoneidad del medio para inducir en error al servidor público.

Y aunque se trata de un delito incluido en el título XVI que tipifica los delitos que atentan contra la eficaz y recta impartición de justicia, **también puede cometerse cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones en el marco de cualquier actividad administrativa, no solo judicial, [...]**

[...] La **comprensión amplia del objeto de tutela jurídico penal del delito de fraude procesal permite avalar la postura del Tribunal de declarar la tipicidad del comportamiento desplegado por los procesados en el transcurso del proceso contractual desarrollado por la Administración Judicial de la ciudad de Villavicencio, pues de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción de adjudicar un contrato estatal constituye un acto administrativo. [...]**

[...] Entonces, **si para obtener la adjudicación de un contrato de esa índole se utilizan medios fraudulentos con la capacidad de inducir en error al servidor público que selecciona al contratista, se incurre en el delito de fraude procesal**, pues el propósito del sujeto activo pasa por alterar la verdad para acreditar una realidad distinta a la verdadera que le permita obtener la adjudicación del contrato».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

### **Inicio**

#### **14. INASISTENCIA ALIMENTARIA**

**No se configura, cuando no se acredita que el enjuiciado contaba con las condiciones económicas suficientes para cumplir el deber de solidaridad con sus hijos**

Al estudiar el asunto bajo los parámetros de la garantía constitucional de *doble conformidad*, la Sala encontró procedente revocar la sentencia

condenatoria del Tribunal, para en su lugar restablecer la *absolutoria* de primera instancia, respecto del acusado por el delito de *inasistencia alimentaria*, luego de constatar que el juez colegiado incurrió en falsos juicios de identidad así como de existencia por suposición de la prueba, que lo llevaron a concluir que el procesado detentaba *capacidad económica* para atender el *deber alimentario* para con sus hijos, sin que tal circunstancia en realidad se hubiese



acreditado, con la observancia de los parámetros de debido proceso y presunción de inocencia.

**SP4412-2019 (54593) del 16/10/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por distorsión:** se configura || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** se configura || **INDICIO - Concepto || INDICIO - Hecho indicador:** debe estar probado || **INDICIO - De capacidad económica || FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** se configura || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** de la prueba del hecho indicador, vicia la construcción de la inferencia || **CARGA DE LA PRUEBA - Afirmaciones o negaciones indefinidas:** no requieren prueba || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera || PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Se vulnera || CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - No se configura:** cuando no se acredita que el enjuiciado contaba con las condiciones económicas suficientes para cumplir el deber de solidaridad con sus hijos || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca y confirma absolución de primera instancia

«En la sentencia de primera instancia se afirmó que el acusado realizaba algunos trabajos ocasionales para doña MG, y que según el patrullero de la Policía Nacional, OFOF, AMG se encontraba afiliado al Régimen de Salud Subsidiado y al Fondo de Pensiones Porvenir, según lo pudo comprobar vía internet.

Igualmente se adujo que TCV, madre de los menores, declaró no saber en qué trabaja el padre de sus hijos y que en alguna ocasión le entregó \$ 200.000.00, único gesto que ha tenido con sus hijos con quienes el acusado no tiene ningún trato.

Por último, el juzgado destacó que MG refirió que ocasionalmente el acusado realiza algunos trabajos para ella, de lo que obtiene una remuneración de \$ 6.000 por dos horas de riego

o de \$ 12.000 cuando trabaja cuatro horas. De sus actividades económicas la testigo no dio mayores detalles, supo que hace algunos años sembraba tabaco, y no sabe si la casa donde vive AMG sea de su propiedad.

De todo ello el juzgado concluyó que no se demostró que el acusado tuviera la capacidad económica para cumplir con el deber de asistencia alimentaria.

Con base en los mismos elementos de juicio, el Tribunal Superior en segunda instancia resolvió el asunto en sentido contrario. Consideró que a partir de la posesión material de un inmueble - tema que encontró probado con la documentación del Registro de Instrumentos Públicos— y del testimonio de su ocasional contratante sobre su trabajo eventual, se podía inferir la capacidad económica de GR.

[...] **El Tribunal distorsionó el contenido de la prueba testimonial.** A partir de ese error, para acreditar la capacidad económica del acusado, enlazó la reflexión que hizo de la declaración de MGB con el hecho de que el acusado tuviese la posesión de una casa de habitación, hecho que declaró probado con base en documentos que no fueron incorporados al juicio, incurriendo también en un error de hecho por falso juicio de existencia.

[...] La prueba objetivamente demuestra lo contrario. La única persona que se refirió a la actividad económica de ÁMGR fue MGB. A partir del minuto 42.10 de la audiencia de juicio oral declaró lo siguiente:

[...] Según la declarante, los pagos al acusado son o eran ocasionales. No tiene mayores detalles acerca de su situación económica, si tiene o no propiedades, ni si trabaja al jornal para otras personas, lo que significa que la información que tiene la testigo acerca de la actividad económica de GR es bastante precaria. Si así es, **es evidente que el Tribunal distorsionó el contenido del testimonio.** En efecto, consideró que con esa declaración se acreditó que el acusado desempeñaba una actividad económica continua, lo cual no corresponde a la objetividad del medio probatorio.

En ese sentido reafirmó, con base en el testimonio de AMG, que se acreditó la capacidad económica del acusado, siendo que la testigo dijo que era un trabajo de veras ocasional que le procuraba unos ingresos ínfimos y, en segundo lugar, aseveró que a pesar de que *“podía aportar*

así fuese una menor cantidad para la subsistencia de sus hijos,” el acusado no lo hizo, desconociendo lo que dijo la madre de los menores, quien reconoció que alguna vez hizo aportes pero en menor cantidad a la debida; **cercenó en este sentido el testimonio** de la madre de los menores.

Además, como se dijo, apreció otras “pruebas” que jurídicamente no obran en el expediente para concluir que el acusado tenía la solvencia económica para cumplir con su deber, con el fin de conferirle coherencia a un razonamiento artificial.

Con base en certificados del Registro de Instrumentos Públicos, relacionados con la posesión irregular de un bien inmueble, el Tribunal dedujo que el acusado tenía la solvencia económica para cumplir un deber que no había satisfecho. Solventó su juicio en lo dicho en la Sentencia SP del 30 de mayo de 2018, Rad. 47107, en la cual se indicó lo siguiente:

*“De acuerdo a la experiencia, por lo general, quien tiene bienes inmuebles es porque tiene capacidad económica para adquirirlos. Además, ser el titular del derecho de dominio de ese tipo de bienes implica tener capacidad económica, pues es claro que la posibilidad de enajenarlos a título oneroso trae consigo ingresos económicos.*

*... Probado que el agente tiene capacidad económica derivada de ser el propietario de bienes, prima facie se descarta una justa causa del incumplimiento.”*

Pues bien, **de un hecho probado se puede inferir el hecho por establecer, dice la teoría indiciaria**, y eso es lo que la providencia de la Corte enseña. Pero **como todo indicio, la inferencia parte de un hecho que debe estar probado**: en este caso, que el acusado es propietario o poseedor material de bienes inmuebles. En este caso, no obstante, el error **la segunda instancia incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia sobre la prueba del hecho indicador. Esta situación se presenta toda vez que la prueba de la propiedad de los bienes, regular o en falsa tradición, no fue acreditada legalmente**, debido a que los documentos con los cuales la fiscalía pretendía acreditar ese hecho no fueron descubiertos ni incorporados legalmente al juicio, por lo cual el juez no los decretó como prueba.

[...] Este tipo de juicios en los que incluso se recrimina al acusado por conductas que en criterio del juez plural ha debido realizar, a veces entrando en la no muy aconsejable confusión entre derecho y moral, tienen el problema de que se sustentan en pruebas que legalmente no fueron incorporadas al proceso, lo cual en rigor se traduce en un **falso juicio de existencia sobre la prueba del hecho indicador que vicia la construcción de la inferencia**.

Adicionalmente conjeturas sobre la eventualidad de realizar acciones para materializar en efectivo una propiedad, es un tema que la Corte, en la misma providencia indicada, aclaró que no se puede solventar en **afirmaciones indefinidas**, en el entendido de que **no cabe acreditar la conducta punible de inasistencia alimentaria** aduciendo *“que el acusado no desplegó ningún comportamiento para obtener recursos por enajenación de bienes, pues bien se sabe que las negaciones indefinidas no son objeto de prueba.”*

[...] Hay que entender entonces, para lo que ahora es de interés, que todo acusado, por el delito que fuere y cualquiera sea su gravedad, tiene el derecho inderogable **a ser juzgado conforme a un proceso como es debido**, es decir, a que se **presuma su inocencia** como punto de partida de la actuación judicial, y a ser vencido conforme a reglas pre establecidas, entre las que se incluye el derecho a que solo las pruebas previamente descubiertas e incorporadas al juicio pueden ser valoradas a la hora de decidir su situación judicial.

Al no hacerlo, como se ha puesto en evidencia, **el Tribunal para inculpar al acusado de la conducta imputada cayó en la tentación de distorsionar y mutilar la prueba testimonial, y de suponer una prueba que jurídicamente no obra en el expediente, con tal de asegurar que el enjuiciado contaba con las condiciones económicas suficientes para cumplir el deber de solidaridad con sus hijos**.

No se llega, entonces, al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad, como lo impone el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, **en garantía de la doble conformidad, se revocará la decisión del Tribunal Superior y en su lugar se confirmará la sentencia absolutoria de primera instancia**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

---

## Inicio

### **15. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - MEDIDAS CAUTELARES:**

***Terceros de buena fe, deben demostrar que obraron respecto del bien, con prudencia, diligencia y cuidado extremos en su conducta***

Al confirmar la decisión que denegó el levantamiento de *medidas cautelares*, la Sala recordó que, tratándose del *incidente de oposición* regulado en la Ley de Justicia y Paz, quienes acuden en condición de *terceros de buena fe*, deben acreditar que obraron respecto del bien afectado, con *prudencia, diligencia y cuidado extremos* en su conducta, cuestión que resulta más exigente cuando se trata de predios ubicados en zonas en las que grupos armados ilegales ejercieron actividades delincuenciales.

**AP4463-2019 (50712) del 09/10/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares:** incidente de oposición (levantamiento de medidas cautelares), terceros de buena fe exenta de culpa, deben demostrar que obraron respecto del bien, con prudencia, diligencia y cuidado extremos en su conducta || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares:** incidente de oposición (levantamiento de medidas cautelares), terceros de buena fe exenta de culpa, deben demostrar que adoptaron precauciones extremas previas a adquirir predios que fueron objeto de actividades delincuenciales de grupos armados ilegales || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares:** procedencia sobre bienes objeto de simulación o testaferrato en favor de grupo armado ilegal

«El objeto de debate consiste en establecer si los argumentos de la recurrente logran desvirtuar los fundamentos de la decisión de negar el levantamiento de las medidas cautelares que

gravan el predio “[...]”, ubicado en zona rural del municipio de [...] e identificado con la matrícula inmobiliaria número [...].

De entrada, observa la Sala que en el evento que ocupa su atención, la representante judicial de los opositores inscritos como propietarios de la finca “[...]”, **no aportó ninguna prueba** que demuestre que aquellos en la compra del inmueble hubiesen desplegado alguna acción tendiente a determinar que no estaban adquiriendo un derecho aparente, con procedencia ilícita o cuando menos que en realidad provenía de sus legítimos propietarios, a pesar de que, como se asegura, aquellos se ocupaban de negocios inmobiliarios desde mucho tiempo antes de adquirir el predio y a sabiendas de que las medidas cautelares se le habían impuesto en razón de su vinculación con organizaciones armadas ilegales.

Se limitó a acreditar mediante prueba documental y testimonial la negociación realizada -confusa compraventa y/o permuta de la finca-; la capacidad económica y antecedentes comerciales y personales de los opositores; los compromisos económicos adquiridos con entidades bancarias y garantizados con el predio a partir de su adquisición, así como las obras que se realizaron en el mismo, pero **ningún elemento de juicio allegó que permita concluir que la conducta de los opositores, a efectos adquirir el inmueble en cuestión estuvo precedida de buena fe exenta de culpa, esto es, demostrando prudencia, diligencia y cuidado extremos.**

En este punto resulta de interés destacar lo afirmado por los opositores OLSH y GWHC, al aducir que mucho antes de comprar el predio, además de ocuparse como comerciantes en ganado también se dedicaban al negocio de la propiedad raíz, no obstante lo cual, al ser cuestionados sobre la gestión que realizaron previa la adquisición del inmueble, dijo la primera: “Nosotros no averiguamos la procedencia anterior [...] conocíamos a la que nos la vendió V que era una persona honesta y de buena familia”, de quien se demostró que no figuraba como propietaria de la finca, y que simplemente actuó como intermediaria en el negocio.

[...] De donde emerge cierto que públicamente se conocía que la región donde estaba ubicada la finca era de dominio de los paramilitares, previa la época de la negociación de la finca por parte de los opositores, tal como lo había informado el postulado JGSP y lo corroboró CFM, alias “[...]”, en la declaración que rindió en el trámite del incidente, [...]

[...] además de indicar, contrario a lo sostenido por la impugnante, que pudo haber conocido la finca aunque no la tiene referenciada ni recuerda si se incluyó entre los bienes entregados por JN, y que en la zona las autodefensas hacían presencia armada y uniformada en las carreteras públicamente, al punto que hasta la Policía conocía de ello.

Esa sola circunstancia **obligaba, a quienes obraran de buena fe, adoptar precauciones extremas previas a adquirir predios**, como realizar un estudio a fondo de los títulos de propiedad y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se verificaron las transacciones precedentes con el fin de constatar la procedencia y legitimidad del inmueble, en vista de las actividades delictuales que los grupos armados ilegales acostumbraban realizar respecto de los inmuebles en las regiones que ocuparon, [...]

[...] Por el contrario, de acuerdo con lo sostenido por HC, consciente de la situación anterior, persistió en la negociación del predio sin haber establecido fehacientemente quien era su legítimo propietario, al cual dijo que conoció el día de la firma de la escritura, conformándose con las consultas que a través de abogados realizó, y no obstante la mediación de personas que alegaban derechos aparentes sobre el inmueble, relacionándose una confusa permuta a la que se opone la prueba documental que acredita la compraventa registrada por la suma de 112 millones de pesos en cabeza de los

opositores -según el certificado de tradición y la escritura No. [...] de la Notaría [...] del Circulo Notarial [...], cuando de acuerdo con el propio HC el predio tenía un costo muy superior, todo lo cual va en contravía de la buena fe calificada exigible para proceder a negociar un bien de las características mencionadas.

Lo anterior guarda coherencia con la tesis de la simulación y/o testaferrato aducida por el a quo, pues aquella actitud de parte de opositores que alegan ser conocedores de negocios inmobiliarios de tiempo atrás, **ni siquiera puede catalogarse de mínima prudencia y diligencia, y menos de la extrema requerida en el proceso de adquisición de un predio ubicado en una zona impactada durante largos años por una organización armada ilegal**, pese a la desmovilización efectuada previa la época del negocio.

[...] El análisis conjunto de la prueba allegada al incidente permite inferir que no hay razones valederas para dudar de lo afirmado por el postulado SP en torno a la denuncia que hizo del predio como perteneciente a la organización armada ilegal que conformó, para efectos de la reparación de las víctimas, puesto que sus aseveraciones al respecto han sido corroboradas y no se reporta que pueda obtener algún beneficio en hacerlo, además de que guarda concordancia con sus particulares condiciones y las del grupo de autodefensas que dominaba la región donde se encuentra ubicado el inmueble.

[...] La Sala no encuentra razón alguna para revocar la decisión recurrida, pues en este trámite no se logró demostrar la buena fe exenta de culpa en la compra de la finca “[...]” por parte de los opositores OLSH, GWHC y VHS, motivo por el cual se **confirmará el auto impugnado**».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

## Inicio

### **16. LIBERTAD CONDICIONAL** ***Para estudiar su procedencia, el Juez de Ejecución de Penas debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria***

En la decisión mediante la cual se confirmó la negación de la solicitud de *habeas corpus*, se encontró necesario recordar que, en materia de *libertad condicional*, el juez ejecutor de la pena debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y considerandos que hacen parte de



la sentencia de condena, así sean favorables o desfavorables al condenado, de manera que la determinación que se emita, producto de un proceso valorativo de tal naturaleza, no es constitutiva de vía de hecho.

**AHP3201-2019 (55916) del 08/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**HABEAS CORPUS - Prolongación ilícita de la privación de libertad:** no se configura || **HABEAS CORPUS - Finalidad** || **HABEAS CORPUS - Libertad condicional** se discute en el respectivo proceso, salvo vía de hecho || **HABEAS CORPUS - No sustituye el trámite del proceso ordinario** || **HABEAS CORPUS - Improcedencia:** cuando se cumple los requisitos legales de privación de la libertad || **HABEAS CORPUS - Libertad condicional:** su negativa debidamente fundamentada no es una vía de hecho || **LIBERTAD CONDICIONAL - Ley 1709:** valoración de la conducta punible || **LIBERTAD CONDICIONAL - Requisitos:** factor subjetivo || **NON BIS IN IDEM - No se vulnera** || **LIBERTAD CONDICIONAL - Procedencia:** el Juez de Ejecución de Penas debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria

«ECS, a través de apoderado, pretende que el juez constitucional decreta su libertad inmediata porque los Juzgados [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...] y [...] Penal del Circuito de Conocimiento [...], en primera y segunda instancia, respectivamente, **han negado la solicitud de libertad condicional que ha formulado, ante el incumplimiento del factor subjetivo** del artículo 64 del Código Penal, esto es, la gravedad de las conductas punibles por las que fue sancionado, fundamento que, según su opinión, no puede ser aplicado, pues para la concesión de dicho beneficio basta que se acredite que ha cumplido con las 2/3 partes de la pena y ha tenido un buen comportamiento dentro del penal, pues de lo contrario se le estaría juzgando doble vez por los mismos hechos.

En ese contexto, el punto en cuestión, eso es claro, no es la privación de la libertad del

accionante, con violación de las garantías constitucionales o legales, sino su **prolongación ilegal**, a causa de la supuesta existencia de una vía de hecho en la decisión que le negó la libertad condicional.

Se observa que, prima facie, **la acción es improcedente porque el mecanismo constitucional invocado no está instituido para que el condenado**, y su apoderado judicial, **continúen el debate sobre la procedencia de la libertad condicional**, a manera de tercera instancia, a fin de obtener una resolución diferente a la adoptada por los jueces competentes.

Al respecto, esta Corporación ha aclarado que la acción de **hábeas corpus no puede utilizarse para las siguientes finalidades: (i) sustituir** los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad; **(ii) reemplazar** los recursos ordinarios de reposición y apelación establecidos como mecanismos legales idóneos para impugnar las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal; **(iii) desplazar** al funcionario judicial competente; y **(iv) obtener** una opinión diversa —a manera de instancia adicional— de la autoridad llamada a resolver lo atinente a la libertad de las personas.

Lo expuesto no significa que, **excepcionalísimamente, frente a la existencia de verdaderas vías de hecho** —es decir, errores objetivos y evidentes de las providencias denegatorias de la libertad —, el juez constitucional no pueda conceder el hábeas corpus deprecado; sin embargo, para ello la carga argumentativa que se exige del accionante es superior, pues para entrar a examinar las decisiones ordinarias cuestionadas, se debe desvirtuar la presunción de legalidad que las reviste.

Esa última hipótesis no se evidencia en el presente caso porque el apoderado de CS y éste se limitaron a exponer las razones de su divergencia con el criterio adoptado por los funcionarios judiciales, situación que **en manera alguna constituye una vía de hecho** que justifique la intervención del juez constitucional.

Destáquese además que a diferencia de lo considerado por los demandantes e impugnantes, no existe duda alguna que los despachos judiciales accionados observaron la normatividad relativa a la concesión del beneficio

solicitado, **siendo labor del juez que vigila la pena entrar a analizar si el condenado cumple con el requisito subjetivo para la concesión de la libertad condicional**, por lo cual **la decisión de negarla por ausencia de dicho factor, no estructura vía de hecho** que amerite el amparo constitucional, por cuanto no irrumpen como vulneradoras de los derechos del accionante, máxime cuando de ninguna manera se apartaron del contenido de la sentencia por la que fue condenado, ni de la norma más favorable que regía el asunto, artículo 30 de la Ley 1709 de 2014.

En efecto, las providencias objeto de cuestionamiento no merecen reproche alguno, por cuanto están debidamente sustentadas en el ordenamiento jurídico vigente, en tanto que, los funcionarios accionados, advirtieron que, en este caso, CS no cumplía con el requisito subjetivo para la procedencia de la libertad condicional en los términos que legal y jurisprudencialmente se ha determinado, lo que permitía optar por la negativa del beneficio reclamado.

Es que contrario a lo manifestado por los impugnantes, ha sido la misma Corte Constitucional la que ha precisado que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para la concesión del ya citado beneficio debe previamente valorar las acciones u omisiones materializadas por el condenado, sin que ello conlleve la transgresión al principio del non bis in idem.

Sobre ese punto, en la sentencia C-757 de 15 de octubre de 2014, señaló que el primer inciso del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, luego de la modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, es exequible a la luz de los principios de non bis in idem, del juez natural (C.P. art. 29), de la separación de poderes (C.P. art. 113) y, precisó, que tampoco vulnera la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno.

Sin embargo, dado que el texto resultante podría implicar la vulneración del principio de legalidad, debido a que el legislador asignó a los jueces de ejecución de penas el deber de decidir sobre la libertad condicional con base en la conducta punible pero sin dar *«los parámetros para ello»*, la Corte Constitucional condicionó la interpretación de dicha disposición en concordancia con lo ordenado en la sentencia C-194 de 2005. Con ese fin, adujo que, **para conceder o negar el subrogado referido se debe tener en cuenta**

**todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al condenado.**

[...] Bajo este entendido, no se advierte incorrección alguna en los autos censurados, pues **tales determinaciones**, contrario a lo señalado por los impugnantes, **debían fundamentarse**, como en efecto ocurrió, **en los elementos objetivos concretados en la sentencia condenatoria a efectos de valorar la conducta en fase de ejecución de penas**, respetando el marco normativo y jurisprudencial para denegar la solicitud liberatoria, **pues, reexaminaron el análisis efectuado en las sentencias de instancia y concluyeron en la necesidad que ECS continúe con el tratamiento carcelario**, con el objeto de que enmiende su mal proceder y se someta a las reglas de convivencia en sociedad, es más, se insiste, hasta consideraron cual era la normatividad que le resultaba más favorable al actor.

En tales condiciones, se constata que la negación de la libertad condicional tuvo fundamento en la valoración de la conducta punible en que incurrió el demandante, sin que realizaran los jueces ejecutores nuevamente un juicio de responsabilidad y concluyeron en la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Argumentación que, se insiste, **lejos de resultar arbitraria, caprichosa o constitutiva de algún hecho vulnerador de las garantías** que reclaman los impugnantes, **obedece a los presupuestos normativos y jurisprudenciales que previamente debe examinar la autoridad competente para acceder o negar el mecanismo sustitutivo de la libertad condicional.**

Lo dicho en precedencia, entonces, constituye razón suficiente para concluir que, con el actuar reseñado no hubo afectación para los derechos fundamentales del sentenciado, por cuanto la decisión desfavorable frente a la pretensión liberatoria está debidamente sustentada en el ordenamiento jurídico y razonada en hechos que permitieron al funcionario optar por negar el beneficio reclamado, ya que **la misma no constituye una determinación contraria a derecho, sino por el contrario, con sustento en la normatividad y jurisprudencia que rige la materia** y los supuestos fácticos de la causa,

lo que imposibilita la intromisión del juez constitucional.

En consecuencia, como la restricción de la libertad de ECS no se colige ilegal por ser producto de unas sentencias condenatorias

legalmente impuestas en el curso de unos procesos penales que se adelantaron en su contra, y tampoco se observa una vía de hecho en la negación de la libertad, **se confirmará la decisión impugnada**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### 17. NULIDAD POR VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL

*Se configura, cuando la Justicia Penal Militar decide un asunto de competencia de la Jurisdicción Ordinaria*

#### PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA

*Se aplica, en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio militar*

Al declarar fundada la causal de revisión, relativa a la concurrencia de *hecho y prueba nuevos*, derivada de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Sala encontró oportuno recordar, en materia de fuero penal militar, no sólo la necesidad de que se observe el principio de *in dubio pro jurisdicción ordinaria*, cuando exista incertidumbre acerca del vínculo con el servicio de la conducta atribuida, sino también la consecuencia invalidante de su inaplicación. De este modo, puso de presente que cuando la *Justicia Penal Militar* decide de un asunto de *competencia* de la jurisdicción común, se incurre en vulneración de la garantía constitucional de *debido proceso*, en su componente de *juez natural*, configurándose una irregularidad sustantiva susceptible de *nulidad* de la actuación. Por tales razones, dispuso la invalidación del diligenciamiento a partir de la *cesación de procedimiento* emitida por el Juez Penal Castrense, que fuera ratificada vía *consulta* por el Tribunal Superior Militar, para que, en su lugar, la Fiscalía General de la Nación impulse la actuación respecto de integrantes del Ejército Nacional, por la presunta comisión de *crímenes de lesa humanidad*, cuyos sujetos pasivos fueron miembros de la comunidad indígena Arhuaco.

**SP4198-2019 (49222) del 02/10/19**

Magistrado Ponente:

**Eyder Patiño Cabrera**

#### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**JUSTICIA PENAL MILITAR - Competencia:** frente a delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo || **FUERO PENAL MILITAR - Ámbito de aplicación:** excepcional || **PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA - Aplicación:** en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio militar || **PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA - Aplicación:** rige internamente y a nivel del sistema interamericano de derechos humanos

«Suficiente se ha ahondado acerca de la necesidad de discernir cuáles son los comportamientos de los miembros de la fuerza pública que, por su intrínseca relación con el servicio de seguridad pública, deben ser indagados y enjuiciados a instancia de la jurisdicción penal castrense.

De acuerdo con el artículo 221 Superior, la **justicia penal militar** solo puede conocer «*de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio*».

En verdad, esta Corporación, de la mano de la jurisprudencia constitucional, ha preservado intacto su criterio acerca de que el **fuero penal militar es claramente excepcional y está atado a la certidumbre sobre la existencia de una relación estricta entre la conducta punible imputada y un acto del servicio**, es decir, con

las tareas o acciones que necesariamente permitan el cumplimiento de la función constitucional y legal asignada a la fuerza pública, esto es, la defensa y la seguridad pública en los términos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

Por eso, para que la investigación y juzgamiento de las infracciones penales ejecutadas por miembros activos de la fuerza pública esté a cargo de la jurisdicción castrense no basta la acreditación de tal calidad. La acción u omisión lesiva del bien jurídico tutelado debe estar en correspondencia intrínseca con los referidos fines institucionales, porque de lo contrario, será la jurisdicción ordinaria la llamada a conocer del asunto.

Esto, por cuanto no podría predicarse válidamente la existencia de una relación con el servicio cuando la función militar o policiva es usada para infringir la ley con un proceder ajeno a la actividad marcial objetivamente considerada.

[...] a efecto de determinar si un comportamiento delictivo ejecutado por un funcionario vinculado al servicio activo es del resorte de una u otra jurisdicción, en la misma providencia, esa Corporación fijó las siguientes pautas:

a) [...] para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. [...]

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. [...]

De igual manera, predicó que en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio, es la justicia común y no la «de excepción» la encargada de asumir el conocimiento del proceso, conforme al **principio de in dubio pro jurisdicción ordinaria**.

En esas circunstancias, toda acción u omisión lesiva de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal ejecutada por parte de los integrantes del Ejército Nacional o de la Policía Nacional que adolezca de una conexidad diáfana, inmediata y directa con las competencias y fines legales y legítimos que rijan su actividad militar o policiva, no podrá ser asumida, jamás, por los jueces que regularmente estarían encargados de sancionar su conducta, sino por los de la justicia común.

Esta concepción jurídica es la que **rige también a nivel del sistema interamericano de derechos humanos**, como un instrumento eficiente para conjurar la vulneración de los derechos a la protección judicial, al juez natural y al proceso como es debido, consagrados en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y XXVI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre.



[...] Queda claro que, no solo responde a un mandato interno sino también supranacional, con clara incidencia en las obligaciones estatales del artículo 8° de la Convención, velar porque aquellos asuntos en los que la conducta desplegada por los militares o policiales incriminados trasciende el ámbito estrictamente funcional para involucrarse en la comisión de crímenes de lesa humanidad o en la infracción del derecho internacional humanitario, no sean perseguidos por la justicia castrense sino por la ordinaria, en tanto ésta tiende a garantizar la imparcialidad de las decisiones y la protección eficaz de los derechos de las víctimas».

#### **PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA - Aplicación:** en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio militar

|| **FUERZAS MILITARES - Ejército Nacional:** actos del servicio, no abarcan la competencia para retener sin orden de autoridad, torturar y atentar contra la vida de los ciudadanos ||

**FUERO PENAL MILITAR - Ámbito de aplicación:** no abarca eventos de ruptura de la conexidad entre la conducta y el acto del servicio ||

**FUERO MILITAR - Conductas en relación con el servicio:** Excluidos los delitos de lesa humanidad || **JUSTICIA PENAL MILITAR -**

**Competencia:** frente a delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo || **JURISDICCIÓN ORDINARIA -**

**Competencia:** respecto de conductas cometidas por miembros de las Fuerzas Militares, que no guardan relación con el servicio || **DEBIDO PROCESO - Juez Natural:** efectos nocivos de la intervención de la Justicia Penal Militar en asuntos ordinarios ||

**VÍCTIMAS -** Derecho a la verdad, la justicia y la reparación || **NULIDAD - Juez natural:** se configura, cuando la Justicia Penal Militar decide un asunto de competencia de la Jurisdicción Ordinaria ||

**NULIDAD - Debido proceso:** se configura || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** efectos, evento en que se declara fundada la causal

«[...] se analizará, en primer lugar, si la conducta atribuida a LFDI y PAFO se entiende *«un acto propio del servicio que se halle cubierto por el fuero investigativo propio de la Justicia Penal Militar»*, para establecer si la de determinación que puso fin a la actuación penal se emitió por la autoridad competente de cara a la garantía de un debido proceso.

Para resolver esta situación, resulta necesario traer a colación la conclusión mayoritaria a la

que llegó el entonces Tribunal Disciplinario, mediante auto del 23 de julio de 1991, al resolver la colisión de competencia suscitada entre la justicia militar y la ordinaria, que no es otra que la de sostener que como los oficiales involucrados con ocasión de los cargos que ostentaban y la naturaleza del servicio militar, desarrollan actividades durante las 24 horas del día, para el momento en que ocurrieron los delitos, éstos se encontraban en uso de sus funciones,

[...] Para la defensa de FO, en virtud de la anterior determinación, la competencia de la justicia castrense no puede ser cuestionada, en la medida que la misma goza de plena legalidad y la parte actora no controvertió su idoneidad, ni estableció que dicho cuerpo colegiado incurrió en alguna falta o actuación contraria a las normas constitucionales y legales. Por el contrario, la representante del Ministerio Público y el apoderado de las víctimas, sostienen que tal decisión debe desestimarse por la posible vulneración, entre otros principios, del Juez natural, en razón a que la situación fáctica y los elementos de persuasión enseñan que, el comportamiento investigado no correspondió a un acto del servicio o con ocasión del ejercicio de las funciones propias de su cargo.

En criterio de la Sala, **lo resuelto por el otrora Tribunal Disciplinario no resulta acertado**, pues en primer lugar, no fue una decisión unánime de los integrantes de dicha Corporación y, en segundo, no se realizó un verdadero análisis de los acontecimientos y la forma como éstos habrían ocurrido.

Al no existir consenso unilateral [existe un salvamento de voto de uno de sus miembros de la colegiatura, que atendiendo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la época, consideró de manera contraria **por el avistamiento de duda frente a que los hechos hubiesen ocurrido con ocasión o en ejercicio de funciones propias sus cargos**], **lo procedente sería que la actuación fuera puesta a disposición de la justicia ordinaria** como bien lo ha referido esta Corporación en reiterada jurisprudencia.

En verdad, contrario a como lo interpretaron dichos funcionarios judiciales, tal actividad delincuencia de tan extrema gravedad, no enseña una extralimitación de poder dentro del marco propiamente militar, destinada, por ejemplo, a lograr la integridad del territorio

nacional, sino la deliberada infracción de la ley penal de naturaleza común, ajena al deber institucional.

No se necesitan mayores disquisiciones para entender que el **Ejército Nacional no tiene entre sus competencias normativas superiores o infraconstitucionales las de retener sin orden de autoridad, torturar y acabar con la vida de los ciudadanos colombianos**. Esas acciones, bajo ningún punto de vista, constituyen un acto relacionado con el servicio que por mandato del artículo 217 Constitucional corresponda a la fuerza militar de *«la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional»*.

Así las cosas, como por parte alguna se demuestra la **conexidad entre el proceder de los inculcados y un acto del servicio, es nítido que la jurisdicción penal militar no podía asumir el conocimiento de este asunto**, y, si esa Colegiatura, hubiese realizado ese análisis, necesariamente hubiese determinado algo diferente.

**Definido que el asunto debió tramitarse por la jurisdicción ordinaria**, y por ello, carecían de competencia el Juzgado de primera Instancia del Comando de la Segunda Brigada del Ejército Nacional, y el Tribunal Penal Militar, en grado de consulta, se hace imperativo significar que **esa intervención de la justicia castrense representa la ostensible violación del principio del juez natural**, como bien lo manifestaron el actor y los representantes del Ministerio Público y de las víctimas.

Así las cosas, contrario a los argumentos del litigante de la defensa, a través de esta instancia **sí resulta viable invalidar la definición que dirimió la colisión de competencia suscitada dentro del proceso objeto de análisis, pues es reiterada la postura de esta Sala de los efectos nocivos que genera la intervención de la justicia Penal Militar en asuntos ordinarios, para el debido proceso**

[...] Esta situación también comporta una grave **afectación a los derechos de las víctimas y perjudicados a la verdad, a la justicia y a la**

**reparación**, como quiera que *«las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas, en el mismo plano de igualdad, para el procesado y la víctima; la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el principio del juez natural; ello deriva en afectación del debido proceso que por contera afecta grandemente el derecho de acceso material a la justicia; y, finalmente, se pasan por alto de manera flagrante los principios de imparcialidad del juez y seriedad en la investigación.»* [CSJ SP 01 nov. 2007, rad. 26.077].

**La vulneración del principio del juez natural, exacerbado por la decisión contraevidente de la Justicia Penal Militar de cesar el procedimiento a favor de los oficiales nombrados, pone en evidencia la flagrante vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia**, circunstancia que correlativamente conlleva el incumplimiento del **deber de adelantar la investigación seria e imparcial en un evento de lesión de los derechos humanos**, lo cual obliga a la Corte a disponer la **revisión de la providencia impugnada con fundamento en la causal tercera de revisión** [o su equivalente, la del numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004], esto es, el **«incumplimiento flagrante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente»**, bajo los parámetros señalados por la Corte Constitucional en la aludida sentencia C-004 de 2003, dada la violación a los derechos a la vida, a la integridad física y a la protección judicial, sin necesidad de ahondar en las labores instructivas adelantadas al interior de esa actuación, tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación.

Así las cosas, **al observarse desbordadas la jurisdicción y competencia, ostensible se aprecia que la única solución** [como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional], **es decretar la nulidad de lo actuado**, al materializarse un estado de cosa juzgada aparente en beneficio de los oficiales.

En virtud de lo expuesto, la causal de revisión invocada se declarará fundada».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## 18. PECULADO POR APROPIACIÓN - SE CONFIGURA:

*Mediante la apropiación por parte del contratista de los dineros públicos entregados a título de anticipo*

En la sentencia, en virtud de la cual se *casó parcialmente* el fallo del Tribunal, la Corporación consideró importante recordar los eventos en los que el particular es considerado jurídicamente como servidor público, con la responsabilidad inherente a esa calidad. Bajo esta óptica, indicó que el tipo penal de *peculado por apropiación*, se configura cuando el *contratista* se apropia de los dineros públicos que le son entregados a título de anticipo.

**SP3463-2019 (55033) del 27/08/19**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Sujeto activo calificado:** servidor público || **SERVIDOR PÚBLICO - Contratista, interventor, consultor y asesor:** circunstancias en que se consideran servidores públicos, administración de recursos públicos || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Anticipo:** las sumas entregadas son recursos públicos, de propiedad de la entidad contratante que no entran al haber patrimonial del contratista || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Anticipo:** naturaleza || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Disponibilidad jurídica de los bienes y recursos del estado** || **ABUSO DE CONFIANZA CALIFICADO - No se configura** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura:** mediante la apropiación por parte del contratista de los dineros públicos entregados a título de anticipo

«[...] la Sala evidencia que los errores que predica el actor por haberse dado aplicación a la norma penal que consagra el delito de **peculado por apropiación** y desconocerse aquella que contempla el **abuso de confianza calificado**, debieron ser atacados con fundamento en la causal primera de casación -violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida- y no por la causal tercera; no obstante, en cualquiera de los casos, no se configuraron en el presente asunto, como pasa a explicarse:

RVC fue acusado y condenado como autor responsable del delito de **peculado por apropiación** previsto en el artículo 397 del Código Penal, [...]

[...] **Los elementos que configuran el tipo penal referido**, han sido precisados por la Sala en diferentes pronunciamientos:

- i) Un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público,
- ii) El abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares,
- iii) La tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones.

En relación con el primer elemento, sobre el cual se detendrá la Sala para dar respuesta a los planteamientos del casacionista, la cualificación del sujeto activo, cuando se trata de servidor público, debe partir de la definición consagrada en la Carta Política -artículo 123- y en la ley -artículo 20 del Estatuto Punitivo-, en cuanto, definen quiénes han de ser considerados servidores públicos y en qué casos los particulares desempeñan una función pública, de forma permanente o transitoria.

Específicamente, para los particulares que contratan con el Estado, referencia obligada es el artículo 56 del Estatuto General de la Contratación Pública -Ley 80 de 1993-, según el cual para efectos penales, quienes actúan como contratistas, consultores, interventores y asesores, se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Sin embargo, no en todos los eventos en que el particular contrate con un ente estatal, per se, adquiere o se le extiende la calidad de servidor público.

Se requiere, para ese efecto, determinar si por razón del convenio celebrado, al particular contratista se le está transfiriendo una función pública, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998 [...]

[...] Deviene entonces de lo anterior que **el manejo de bienes públicos** por parte de particulares, lleva implícita la delegación de la función pública que radica en cabeza del Estado, y consecuentemente **durante el tiempo que se ejerza esa función, el particular asume la**



**calidad de servidor público para efectos de responsabilidad penal.**

[...] Entonces, si al **particular que celebra un contrato con el Estado**, se le entrega el manejo, administración, disposición o custodia de bienes públicos, **asume una función de igual naturaleza y responde penalmente por su indebido ejercicio en las mismas condiciones de un servidor público.**

Ello, en palabras de la Corte Constitucional para garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan cabalmente *“la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”*.

En el caso presente, los hechos investigados y por los cuales fue acusado RVC, indican que el 27 de marzo de 2006, en representación de la Unión Temporal San Luis, celebró con [...], el contrato No. 016, para realizar *“obras de reposición del centro de salud de San Luis de Palenque del departamento de Casanare, en cumplimiento del Convenio Interadministrativo [...]”*.

[...] No obstante, aunque el objeto del contrato celebrado fuera la ejecución de una obra material, RVC, asumió en desarrollo del convenio una función de naturaleza pública que incide en la determinación de su responsabilidad en el campo penal. **El ejercicio de una función pública de manera transitoria permite atribuirle la calidad de servidor público y por esa vía demostrar la configuración del elemento del tipo penal de peculado por apropiación, referido al sujeto activo cualificado.**

En efecto, RVC, como representante legal de la Unión Temporal San Luis, recibió de [...] recursos públicos para adelantar las obras de reposición del Centro de Salud en el municipio de San Luis de Palenque en ese departamento.

La naturaleza de los dineros entregados para la construcción del inmueble no ofrece discusión alguna. El ente contratante es una Empresa Social del Estado a la cual la Gobernación del Casanare, a través del convenio interadministrativo 8772 de 2005, le entregó recursos públicos que debían ser invertidos en la ejecución de varias obras de infraestructura,

entre ellas, el Centro de Salud de San Luis de Palenque.

[...] En relación con el **anticipo**, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece:

*“En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”*.

[...] Entonces, las sumas **entregadas por este concepto son recursos públicos, de propiedad de la entidad contratante, no entran al haber patrimonial del contratista**, tienen una naturaleza especial que deriva de su entrega bajo la condición de destinarlos específicamente a la ejecución de la obra, lo que traduce su sujeción a criterios de buen uso y manejo que se garantiza mediante póliza; pues en esas condiciones se obliga a cumplir la función de manejo y correcta administración de dineros públicos.

El contacto directo del contratista con los dineros públicos, cuyo manejo se le encomienda por razón del contrato de obra, coloca de inmediato a ese particular en la posición de cuidar, resguardar e invertir esos caudales en los fines oficiales anejos al contrato estatal, función que correlativamente demanda una protección más amplia y eficaz del bien jurídico tutelado mediante imposición de pena mayor y restricción de subrogados al agente que transitoriamente facultado de funciones públicas, atenta contra los fondos públicos destinados taxativamente al desarrollo social o al cubrimiento de necesidades dirigidas a la realización del interés general.

[...] Los anticipos que recibió RVC por razón del contrato celebrado con [...], como se señaló líneas atrás, eran dineros públicos que debían ser destinados a la ejecución de la obra bajo un régimen de buen uso y manejo, garantizado mediante la constitución de póliza [...]

La propiedad de los recursos entregados a título de anticipo permanecía en cabeza del ente estatal, hasta tanto se cumpliera el objeto del contrato, o se fuera amortizando su valor por entregas parciales de obra.

[...] Ese rol que asume RVC como representante legal de [...], al administrar los recursos recibidos por concepto de anticipo bajo pautas previamente establecidas, al tiempo que se van adelantando las actividades propias de ejecución del contrato, se traduce en ejercicio de una



función estrictamente pública, de administrar o manejar pulcramente en el marco del objeto contractual esos bienes públicos -recurso que conserva ese rasgo distintivo a pesar de aplicarse a la ejecución de un contrato celebrado con un particular-, como si se tratara de un órgano directamente estatal, para que sean adecuadamente destinados en el servicio público, motivo por el cual, en estos casos, no obra como simple particular que adelanta una obra para obtener un beneficio económico.

Por tanto, **la responsabilidad penal que le asiste ante el incumplimiento de la función pública asignada, al apropiarse de los dineros entregados a título de anticipo, debe guardar correspondencia con la de funcionarios públicos que incurren en los mismos comportamientos**, asimilación a través de la cual se busca cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia y publicidad, que se persiguen con la contratación administrativa.

[...] En ese orden de ideas, **la decisión de declarar responsable a RVC, a título de autor, por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, fue ajustada a derecho**, en tanto, de acuerdo con lo expuesto, a él se le encomendó el manejo de los anticipos constituidos con recursos públicos, función propia del poder público que asumió cuando se le encargó el manejo y administración de esos bienes.

Aquí el procesado RVC al fungir como contratista con el ente oficial para realizar la obra de restauración del centro de salud, asumió transitoria y excepcionalmente funciones públicas por cuanto por virtud del contrato le fue encomendado el manejo de bienes públicos, como lo son los dineros del anticipo, cuyo siguiente **apoderamiento la realizó con evidente abuso del destino público encargado**.

[...] De acuerdo con lo anteriormente expuesto, **se demuestra que los falladores de instancias no incurrieron en violación directa de la ley sustancial**, menos aún en nulidad, **al condenar a RVC por el delito de peculado por apropiación agravado** tipificado en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal.

Lo aquí decidido constituye desarrollo de la configuración del delito de **Peculado cuando el particular contratista asume funciones públicas por razón del contrato estatal**, puntualmente, en este caso, por habersele encomendado, acorde con el objeto y fines del convenio oficial, el manejo de dineros públicos, situación en la cual *“adquiere automáticamente la investidura de servidor público y, por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios”*, como lo resaltó la Corte el 13 de mayo de 2006, dentro del radicado 2483, anteriormente citado».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

## Inicio

### **19. PREVARICATO POR ACCIÓN** ***No se configura por la simple diferencia de criterios respecto de un determinado punto de derecho, que admite diversas interpretaciones u opiniones***

La Sala decidió *revocar* la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal, para en su lugar *absolver* al funcionario de la Fiscalía acusado por el delito de *prevaricato por acción*, al advertir, luego del análisis jurídico probatorio del asunto, que la determinación preclusiva que aquél adoptó, fue ajustada al ordenamiento, por lo que no podía ser considerada manifiestamente contraria a la Ley. En tal

sentido recordó que este tipo penal no se configura por la simple divergencia de criterios jurídicos, menos en asuntos que puedan estimarse complejos, como tampoco tiene necesariamente lugar por la omisión de la valoración conjunta de las pruebas, sino que su determinación impone la identificación de la disonancia entre la determinación y la norma, con un nivel tal que revele el interés o capricho para desatender el derecho aplicable.

**SP4415-2019 (55474) del 16/10/19**

**Magistrado Ponente:**

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación:** evento en que la Fiscalía la efectuó de manera abstracta y general || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos:** elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley): impone el cotejo entre el contenido de la resolución o dictamen y la ley, para establecer su contradicción || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos:** elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley): requiere la comprobación de que la disonancia es de tal magnitud que revela el capricho o el interés particular, con desprecio del derecho aplicable || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** requiere la concreción del derecho violado o desconocido || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** no admite afirmaciones generales que se limitan a ratificar el supuesto normativo, sin concretarlo || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura:** por la simple diferencia de criterios respecto de un determinado punto de derecho, que admite diversas interpretaciones u opiniones || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** la revocatoria de la decisión de primera instancia al resolver la apelación, no implica por sí sola que sea manifiestamente contraria a la ley / **PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL - Funcionario de la Fiscalía**

«[...] fácil se advierte que **la acusación fue abstracta y general**, ya que, en efecto, **el fiscal nunca precisó cuál es el ordenamiento legal o constitucional violado o desconocido por el funcionario**. Simplemente se limitó a hacer un recuento de la actuación procesal seguida contra el entonces alcalde [...] y el representante legal de la mencionada IPS, luego de lo cual concluyó que HHB, en ejercicio de sus funciones, “*desconoció el recaudo probatorio que indicaba la presunta ocurrencia del delito*”, pero no indicó cuál era la evidencia presuntamente ignorada por el acusado para arribar a una conclusión jurídica diversa a la que llegó.

Ese supuesto fáctico -desconocimiento de la prueba- por sí solo no llena el vacío sobre el **elemento normativo del tipo manifiestamente contrario a la ley**, el cual **impone no solo la verificación de un cotejo entre el contenido de**

**la resolución o dictamen y la ley**, en orden a establecer su contradicción, **sino la comprobación de que esa disonancia es de tal magnitud que revela el capricho o el interés particular, con desprecio del derecho aplicable**.

Premisa a partir de la cual esta Corporación ha enfatizado que para una correcta, completa y clara definición de responsabilidad penal, **es necesaria la concreción del derecho violado o desconocido, siendo inadmisibles aquellas afirmaciones generales que se limitan a ratificar el supuesto normativo, sin concretarlo** (CSJ SP, 28 nov. 2012, rad. 39198).

Precisamente esa indeterminación de la Fiscalía en este caso llevó a que la primera instancia hiciera apreciaciones adicionales a la valoración de la prueba, como la exigencia al procesado de un “*plus adicional probatorio y argumentativo*” al que realizara la Fiscalía 12 Delegada ante el Tribunal [...], quien “*había perfilado, con fundamento en el mismo material probatorio, la conclusión a la que habría de llegarse*”: la autoría de los implicados en el delitos de peculado por apropiación.

Tal apreciación del a quo merece varias precisiones. En primer lugar, debe recordarse que **las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho**, especialmente frente a materias que por su complejidad o por su misma ambigüedad, **admiten diversas interpretaciones u opiniones, no pueden considerarse como propias del prevaricato**, pues en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución (CSJ SP, 23 feb. 2006, rad. 23901).

Así, **que otro funcionario judicial resuelva de manera diferente un mismo asunto, no necesariamente** puede estimarse mejor opción, o siquiera la única legalmente posible; ni mucho menos, **significa un desacierto ostensible de la determinación que resulte contraria**. Pues una exigencia de este tipo, además, **afecta de manera sustancial los principios de imparcialidad e independencia judicial** (CSJ AP, 5 dic. 2018, rad. 52549).

Luego, además de que excedió el juicio de reproche atribuido en la acusación, el Tribunal no podía fundamentar la condena en que el ex Fiscal [...] desconoció lo decidido previamente por

su superior jerárquico. No solo porque **el hecho de que el primero haya considerado el asunto de manera diferente al segundo, no es razón suficiente para predicar la ilegalidad de la determinación adoptada por el funcionario judicial investigado**, sino porque no es cierto que la Fiscalía de segunda instancia haya resuelto la apertura de la investigación con base en la misma evidencia con la que contaba el aquí acusado al calificar el mérito del sumario».

**PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** no aplica a decisiones derivadas de una apreciación razonable o plausible del derecho o las pruebas || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** la omisión de valorar las pruebas en su conjunto no necesariamente implica que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley (NUEVO) || **SENTENCIA - Absolutoria:** atipicidad de la conducta

«Ahora, al estudiar los argumentos expuestos por el acusado en contraste con los hechos demostrados y las pruebas allegadas a la instrucción, **la Sala encuentra ajustada la decisión de preclusión de la investigación** en favor de los sindicatos, como pasa a exponerse:

No existe discusión en cuanto a que el alcalde JNPM, [...] contrató a la ARS SALUD VIDA, representada por JCLA, para el aseguramiento de la población vulnerable de ese municipio (1973 afiliados) como beneficiaria del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, durante el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2002 al 31 de marzo de 2003. Prestación para la que, a su vez, la ARS SALUD VIDA contrató con la IPS PROMOSALUD LTDA., representada por SPGH (según contratos visibles a folios 64 y 67 y el Informe de Policía Judicial N° 753) .

Igualmente, para el cumplimiento del mismo objeto, obran dos contratos suscritos entre el municipio y la EPS SELVASALUD S.A., representada por CSJA, con el fin de asegurar en total 2213 afiliados (189 y 2024, respectivamente) del 1° de abril al 30 de septiembre de 2003 (folios 33 y 34), efecto para el cual la EPS también contrató a la IPS PROMOSALUD LTDA. (folios 35 a 37).

[...] De acuerdo con las anteriores descripciones, queda claro que dichos pagos no se realizaron por concepto del segundo contrato entre la alcaldía con la EPS SELVASALUD S.A., no solo por su

vigencia (desde el 1° de abril de 2003), sino por el número de beneficiarios: el convenio fue de 2213 afiliados, mientras que las cuentas de cobro y facturas refieren 1973.

Empero, contrario a lo afirmado por la fiscalía y el Tribunal, el expediente si da cuenta de la existencia de tres contratos que soporta las cuentas de cobro, facturas y pagos por los servicios prestados durante los meses de febrero y marzo de 2003 por la EPS SELVASALUD S.A. a la población [...].

[...] Documentos frente a los que le causa extrañeza a la Sala que no se hayan sido valorados pese a que fueron acopiados con todo el expediente desde la investigación N° 143408 a través de inspección judicial y traídos a este proceso como objeto de estipulación probatoria, por tratarse de los elementos de juicio con los que contaba el funcionario para emitir la decisión tildada de prevaricadora.

[...] Luego, si había prueba que corroboraba la versión suministrada por JNPM en su indagatoria, lo que conlleva a predicar que no existió una apropiación indebida de los recursos de la administración. De manera que **no existía mérito para acusar sino que debía ordenarse, como en efecto lo dispuso el ex fiscal HHB, la preclusión de la investigación**, ante la inexistencia de la conducta típica y ausencia de responsabilidad de los indiciados (art. 39 Ley 600 de 2000).

Por último, **debe tenerse en cuenta que la omisión de valorar las pruebas en su conjunto no necesariamente implica que la decisión, desde la perspectiva material, sea manifiestamente contraria a la ley** (CSJ SP, 8 de may. 2017, rad. 48199). Pues aunque el enjuiciado olvidó analizar los últimos contratos a los que se ha hecho alusión pese a que hacían parte del expediente –se desconoce el motivo–, a partir de esa realidad procesal, **aquí se estableció que en todo caso la preclusión era procedente, lo que conlleva a predicar que su providencia no puede catalogarse como manifiestamente contraria a la ley.**

Desde esa perspectiva, **se revocará el fallo de primera instancia y, en consecuencia, se absolverá a HHB del delito de prevaricato por acción.**»

(Textos resaltados por la Relatoría)

## 20. PREVARICATO POR OMISIÓN - NO SE CONFIGURA:

### ***Cuando no se acredita la carencia de razonabilidad de la conducta endilgada***

Al confirmar la absolución emitida por el Tribunal, respecto de la acusación de presunta incursión en el tipo penal de *prevaricato por omisión* inferida a un *Fiscal*, la Corporación estimó importante precisar que este delito no tiene configuración cuando no se demuestra la falta de *razonabilidad* de la conducta de pretermisión de los deberes funcionales endilgada, de manera que, en el caso particular, no se podía predicar ni siquiera la tipicidad objetiva del comportamiento.

**SP3702-2019 (53976) del 06/09/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PREVARICATO POR OMISIÓN** - No se configura: por atipicidad objetiva || **RECURSO DE APELACIÓN - Desistimiento:** constituye un acto facultativo de los sujetos procesales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento:** en casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad, tiene lugar sólo si hubiere mérito para su imposición || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Detención preventiva:** requisitos, inferencia razonable de autoría o participación || **PREVARICATO POR OMISIÓN - No se configura:** cuando no se acredita la carencia de razonabilidad de la conducta endilgada

**«Deficiencias de la hipótesis fáctica de la acusación, por las cuales no satisface la tipicidad objetiva del delito imputado.**

Como viene de verse, la Fiscalía en la acusación reconoce que **el desistimiento del recurso es un acto facultativo de los sujetos procesales**, cuyo

ejercicio trae implícito la adopción de un criterio diferente al acogido al momento de su interposición.

Sin embargo, el desistimiento del recurso manifestado por el acusado, lo señala de prevaricador sólo a partir del mismo criterio que impulsó a su antecesor a promover la alzada -lo cual per sé nada informa respecto de la **razonabilidad** del desistimiento-.

Ciertamente, como se adelantó, la sindicación se centró en que a OM, contrario a su proceder, le correspondía no desistir del recurso de apelación, por cuanto a FS. le fue decretada medida de aseguramiento de detención domiciliaria, a pesar de que la imputación formulada en su contra fue por una conducta atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de edad, por lo cual, *“en rigor jurídico”* la medida de aseguramiento procedente no era otra que la detención en establecimiento carcelario, como lo ordena el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Sin embargo, la acusación pretermite mencionar si la **medida de aseguramiento intramural pretendida** por el fiscal DC, sin dubitación alguna satisfacía todas las exigencias legales para su imposición, pues **guarda silencio respecto de la inferencia razonable de autoría o participación** de FS en la conducta que le fue imputada, así como sobre la necesidad de la medida, urgencia y proporcionalidad.

De este modo, **la Fiscalía en la estructura fáctica de la acusación se sustrajo de señalar si la conducta endilgada a OM carecía completamente de razonabilidad, sin lo cual no hay manera de considerar que su proceder fue contrario a sus deberes funcionales.**

En consecuencia, **la hipótesis fáctica de la acusación**, per se, **deviene atípica**, lo cual resulta suficiente para **confirmar la sentencia absolutoria.**

No obstante, en consideración a que la Fiscalía en la apelación pone en entre dichos fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia absolutoria, que de todos modos se mantendrán en este fallo y demuestran la inocencia del procesado, la Sala dará respuesta a sus inconformidades».



Inicio

**21. PRUEBA PERICIAL**

***No es dable descalificar las conclusiones con fundamento en críticas carentes de respaldo científico, técnico o artístico***

Al inadmitir la demanda de casación, la Corporación estimó preciso rememorar cómo, tratándose de la *prueba pericial*, no es adecuado censurar las conclusiones con sustento en cuestionamientos alejados de cualquier soporte *científico, técnico o artístico*. En tal sentido, acotó que si lo que se critica es el método seguido por el perito, debe ponerse de presente en cuál de sus fases se infringió la regla o principio que es disponible en el asunto en particular. Por último, advirtió que la argumentación del censor en el caso puntual, constituyó un *alegato de instancia*, ajeno a los parámetros casacionales.

**AP3159-2019 (50767) del 05/08/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PRUEBA PERICIAL - Técnica en casación:** no es dable descalificar las conclusiones con fundamento en críticas carentes de respaldo científico, técnico o artístico || **PRUEBA PERICIAL - Técnica en casación:** el recurrente debe explicar de qué manera se desconocen los criterios de los cuales depende la científicidad de las conclusiones || **LEY DE LA CIENCIA - Técnica en casación:** cuando se cuestiona el método, el recurrente debe evidenciar en cuál de sus fases se infringió una determinada regla o principio científico aplicable al asunto || **DICTAMEN PERICIAL - Informe técnico médico legal sexológico:** apreciación, en evento de condición elástica del himen en la víctima || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Agravado:** se configura || **DEMANDA DE CASACIÓN** - Es antitécnica cuando se reduce a un alegato de instancia || **FALSO RACIOCINIO**

- No se configura por desacuerdo en la valoración probatoria || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

**«Tampoco es dable descalificar una conclusión pericial con fundamento en críticas carentes de respaldo científico, técnico o artístico, según el caso.** El método científico corresponde a un modelo general de aproximación a la realidad o comprensión de un fenómeno, compuesto por pautas o modelos generales y abstractos, dentro de los cuales se desarrollan procedimientos o protocolos específicos a aplicar en las investigaciones. Entre otras características, la opinión científica ha de ajustarse a criterios de objetividad, verificabilidad, conceptualización, racionalidad y medición de la falibilidad.

En ese sentido, la metodología tiende a estandarizar los procedimientos en las diversas fases del análisis científico, como la formulación del problema, la observación del fenómeno, el análisis y la interpretación de datos, la elaboración de hipótesis y la emisión de conclusiones.

De suerte que **una censura por infracciones a las reglas de la ciencia** en la valoración de pruebas científicas **ha de poner de manifiesto de qué manera se desconocen los criterios de los cuales depende la científicidad de la conclusión pericial. Si el cuestionamiento se dirige al método, deberá evidenciar en cuál de sus fases se infringió una determinada regla o principio científico** aplicable al asunto.

Si bien el demandante identificó un postulado científico aplicable en el ámbito de la investigación forense, de entrada se advierte que éste no fue quebrantado por los falladores en el escrutinio probatorio de los testimonios periciales.

El censor cuestiona al Tribunal por no aplicar el principio de intercambio de Locard, más lo hace bajo una contraevidente comprensión del resultado del **examen sexológico**, sin atención de la **condición elástica del himen en la víctima**.

Sin soporte científico alguno, el libelista inexorablemente reclama hallazgos de alteraciones a nivel vaginal, a fin de corroborar la veracidad de lo narrado por la menor. [...]

[...] [...] el ad quem concluyó que: el acceso carnal ejecutado en contra de la integridad y formación sexual de L.V.P.R no necesariamente tenía que dejar una huella física, ya que como lo explicó el legista, aunque no se hallaron signos de trauma reciente ello obedece a que la infante posee un **himen íntegro elástico**.

En esas circunstancias, contrario a lo afirmado por el demandante, dadas las aludidas condiciones fisiológicas en la menor no quedaría evidencia de la penetración. Ello deja en el vacío el reproche por la supuesta infracción de principios científicos.

En síntesis, **los reproches** formulados por el libelista, como viene de verse, **constituyen**

apenas **argumentos propios de un alegato de instancia**, carentes de aptitud para ser atendidos en casación bajo la óptica del falso raciocinio. Pues, como lo tiene dicho la Sala, no hay lugar a predicar la configuración de dicho yerro cuando simplemente se presenta una apreciación probatoria que no se comparte. La mera disparidad de criterios en ese aspecto no habilita para acudir al recurso de casación (CSJ AP 3 dic. 2009, rad. 27.264). En la misma dirección, ha puntualizado que la simple oposición de apreciaciones subjetivas contra los razonamientos probatorios efectuados por el juez o la postulación de críticas a la actividad valorativa, formuladas con la amplitud propia del ejercicio de contradicción de las instancias, sin el debido planteamiento, conduce a la inadmisión del recurso de casación (CSJ AP 16 jun. 2010, rad. 33.697)».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### 22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - CAPTURA EN FLAGRANCIA:

***La atribución de responsabilidad fundada exclusivamente en tal hipótesis, es insuficiente para emitir fallo condenatorio***

Al casar parcialmente y de oficio el fallo condenatorio impugnado, la Sala encontró preciso resaltar cómo en el sistema penal acusatorio, la atribución de responsabilidad fundada de manera exclusiva en la hipótesis de la captura en flagrancia, no es suficiente para emitir fallo condenatorio, habida cuenta que resulta irremisible que el juzgador ostente el *convencimiento más allá de toda duda* respecto a los elementos objetivo y subjetivo de la conducta penalmente relevante, en respeto de los principios de *debido proceso*, *in dubio pro reo* y *presunción de inocencia*. Por tal motivo, absolvió a los procesados en lo que atañe a la acusación por el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*.

**SP2288-2019 (45272) del 26/06/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura en flagrancia:** la atribución de responsabilidad fundada exclusivamente en tal hipótesis, es insuficiente para emitir fallo condenatorio || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Corresponde desvirtuarla al estado:** carga de la prueba || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS - No se configura** || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - No se configura**

«[...] la atribución de responsabilidad a los procesados PE, OO, PV y CF, soportada exclusivamente en su captura bajo una hipótesis válida de flagrancia, deviene

**insuficiente para superar la exigencia legal consistente en el conocimiento más allá de duda razonable**, como condición sin la cual es imposible emitir fallo condenatorio como coautores en los delitos endilgados (Ley 906 de 2004, artículo 372 y 381).

No se acreditó en la actuación que los citados tuviesen alguna facultad, así fuera transitoria, de uso o disposición sobre el inmueble en el que se hallaron los referidos elementos, pues tal requisito fue adjudicado, conforme al testimonio de CAS, exclusivamente, en ACV, en relación con el cual ningún vínculo se estableció para con los arriba citados; antes bien, el aludido testigo de cargo fue enfático en que tres meses antes del suceso CV ya había estado antes en esa misma cabaña del condominio (la N° 16), pero con unas personas (mujeres y hombres) diferentes de las que llegaron entre el 22 y 28 de julio de 2011.

Tampoco se demostró si PE, OOPV o CF estuvieron presentes o tomaron parte en el acto de llevar las armas a la cabaña y dejarlas en la habitación donde fueron encontradas por las autoridades, o si con posterioridad al arribo de aquéllos al inmueble, en los términos que lo informó CAS, ellos en efecto actualizaron algún conocimiento cierto e inequívoco sobre la ubicación y existencia de tales objetos, conforme al cual hubieran expresado actos voluntarios de adhesión al designio de otro, u otros, consistente en conservarlos o tenerlos en ese lugar.

Enfrentada a esa débil prueba de cargo, obra la plausible explicación que ofrecieron los aludidos procesados acerca del motivo por el cual estaban en el inmueble cuando se llevó a cabo el operativo y sobre su ausencia de conocimiento de la tenencia o conservación en ese lugar de los elementos incautados, y sin desconocer que en aspectos como el relacionado con el momento en que llegaron a la cabaña 16 y con quien lo hicieron se advierten divergencias con la declaración de CAS, esa circunstancia no es suficiente para restarle mérito a sus manifestaciones de ajenidad con los comportamientos delictivos, en contraste con el carácter deleznable del fundamento de la atribución penal.

Es doctrina serena de esta Corporación en su Sala Penal el reconocimiento de la indemnidad de la garantía superior (C.P. Art. 29) según la cual toda *“persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”* *“con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, derecho fundamental que encuentra desarrollo en principios rectores de los ordenamientos sustantivo y adjetivo penal, por cuya virtud está proscrita *“toda forma de responsabilidad objetiva”* (Ley 599 de 2000, art. 12) y constituye imperativo jurídico la resolución de toda duda *“a favor del procesado”* (ley 906 de 2004, art. 7).

En acatamiento de ese entramado de garantías el sistema de juzgamiento por el que se adelantó el presente asunto prevé (Ley 906 de 2004, art. 372) que el objeto de las pruebas es el de *“llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable”* los hechos y circunstancias constitutivas del delito y *“de la responsabilidad del acusado, como autor o partícipe”*, de manera tal que el funcionario, se reitera, por mandato legal (Ley 906 de 2004, art. 381) **solo podrá condenar si objetivamente obtiene “conocimiento más allá de toda duda” acerca de los elementos objetivo y subjetivo del injusto.**

[...] Por virtud de lo anterior, en aplicación del aforismo de ***in dubio pro reo*** y con base en la prosperidad del cargo propuesto en nombre de la procesada MPE (supra 15.1), la Sala Penal **casará parcialmente** el decisión censurado **y en su lugar la absolverá de los delitos formulados en la acusación**, determinación que hará extensiva de oficio (Ley 906 de 2004, art. 187) respecto de MOO con base en las misma consideraciones, así como respecto de HAPV y DFCE, pues el soporte de la atribución penal para los tres últimos tiene el mismo carácter deleznable y en el análisis de sus situaciones particulares los falladores incurrieron en los vicios de estimación probatoria reseñados en los respectivos acápite (supra 15.2 y 15.3).»

**(Textos resaltados por la Relatoria)**

## 23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - CAPTURA:

***Derivada del anuncio de sentido de fallo condenatorio, no le es aplicable el término de duración de las medidas de aseguramiento***

Al confirmar el auto recurrido, que denegó la solicitud de *libertad por vencimiento de términos* al sentenciado por el delito de *prevaricato por acción*, la Corte tuvo ocasión de especificar que la *captura* derivada del *anuncio del sentido de fallo condenatorio*, no puede confundirse con aquélla que proviene de la *medida cautelar de detención preventiva*, cuya vigencia finaliza con la referida decisión del juzgador, de manera tal que tampoco le resulta aplicable la invocación del lapso de duración de las *medidas de aseguramiento*, como sustento para incoar la solicitud liberatoria.

**AP2553-2019 (55374) del 27/06/19**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Detención preventiva:** es diferente a la privación de la libertad originada en el anuncio del sentido de fallo condenatorio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Causal de libertad:** vencimiento de términos, requiere la existencia de medida de aseguramiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento:** detención preventiva, tiene vigencia hasta la emisión del sentido del fallo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura:** derivada del anuncio de sentido de fallo condenatorio, no puede confundirse con la medida cautelar de detención preventiva || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura:** derivada del anuncio de sentido de fallo condenatorio, no le es aplicable el término de duración de las medidas de aseguramiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento:** sustitución, exige que ésta se hubiera impuesto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Causal de libertad:** vencimiento de términos, no se configura

«Como se reseñó en el acápite de antecedentes, luego de formulada la imputación, la Fiscalía se abstuvo de solicitar en contra de SDRD la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, por lo que el acusado

acudió al proceso -dentro de esta actuación- gozando de tal garantía fundamental.

Empero, en la audiencia de sentido de fallo, el tribunal dispuso su detención por considerarla necesaria para el cumplimiento de la condena, en los términos del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, ante la imposibilidad de concederle algún subrogado penal por mandato del artículo 68A del Código Penal.

Así, a partir del análisis de los dos supuestos en lo que, dentro del marco del proceso penal puede restringirse la libertad personal, fácil es colegir que **resulta improcedente aplicar en favor del enjuiciado la causal de libertad del parágrafo del artículo 307 de la Ley 906 de 2004**, prevista únicamente para quienes son afectados con detención cautelar, ni las consideraciones que sobre esa norma se hiciera en la sentencia C-221/17, por tratarse de supuestos diversos a los aquí analizados.

No se puede perder de vista, que **las causales de libertad** establecidas en el artículo 317, así como lo normado en el artículo 307, parágrafo 1, adicionado por la Ley 1760 de 2015, que establece que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año; lapso que también lo consagra el parágrafo 3 de la misma norma, adicionado por la Ley 1786 de 2016, **parte precisamente de este supuesto, esto es la existencia de una medida de aseguramiento, circunstancia que no acaeció respecto del imputado SDRD.**

En ese sentido, el inciso segundo del parágrafo tercero establece que vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de víctimas, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras de aseguramiento no privativas de la libertad de que trate el presente artículo; pero si ese fuese el camino a seguir, en este caso ello no sería posible, en virtud a que **no se puede sustituir una medida de aseguramiento privativa por una no privativa de la libertad, toda vez que ello exige como presupuesto que se hubiese impuesto previamente la de detención preventiva**, lo cual en este caso no es posible en razón a que nunca se impuso la cautelar de carácter personal.

Así las cosas, debe quedar claro que **una es la privación de la libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento**, la que está sometida a un plazo razonable, el cual no puede exceder de un año, **y otra muy distinta la que procede como consecuencia de que se profiera una sentencia**



**condenatoria**, caso en el cual la persona se ve abocada a la privación de la libertad para darle cumplimiento a la sanción que se le impone al haber sido encontrado penalmente responsable, que es precisamente el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

Igualmente, debe señalarse que el autor de un delito puede estar en relación con el proceso legalmente adelantado en cuatro situaciones distintas: **a)** En estado de libertad, como ocurrió en este evento, dado que a lo largo de todo el proceso el acusado gozó de este derecho fundamental, **b)** En estado de detención preventiva, que no se produjo en el presente proceso, **c)** En estado de captura según las reglas del procedimiento establecidas en el artículo 297 y demás normas concordantes de la Ley 906 de 2004 y finalmente **d)** En situación de captura en virtud de la condena proferida, para el cumplimiento de la sentencia condenatoria, que es precisamente la que se produjo en el caso en estudio, y que implicó la privación efectiva de la libertad del señor SDRD.

Al proferirse el sentido del fallo condenatorio, el Tribunal libró *“la orden de encarcelamiento”* - como se prevé en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 -, de la persona procesada que hasta ese momento se hallaba en libertad. Aunque el mismo artículo considera, que el Juez puede librar la orden de encarcelamiento bajo el supuesto de *“si la detención es necesaria”* a juicio del sentenciador, es ostensible que esa orden de encarcelamiento no es una detención preventiva ni formal ni sustancialmente, según las reglas del Código de Procedimiento Penal vigentes.

En efecto, si se lee el artículo 299 de la Ley 906 de 2004, dicha norma reza: *“Proferida la orden de captura el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física.”*

Luego, **lo que se profiere** bajo el concepto de *“orden de encarcelamiento”* **una vez anunciado el sentido del fallo, o proferida formalmente - sin ejecutoria-, la sentencia de condena no es una medida cautelar de detención preventiva sino una orden de captura para el cumplimiento de la sentencia** proferida.

El mismo sentido tiene en el artículo 298, parágrafo 1, la expresión *“Lo aquí dispuesto no se aplicará a los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia”*.

De manera que **la sentencia, desde el anuncio del sentido del fallo**, pasando por su lectura, comprendiendo la impugnación hasta el momento de la ejecutoria, en caso de su confirmación, **reclama el acto físico de aprehensión material de la persona condenada, que obedece al concepto de captura**. Esto muestra que **la medida de aseguramiento de detención preventiva, si la hubiere, cesa como acto provisional de cautela, al momento de que se emita el sentido del fallo**.

No se puede perder de vista, que las reglas anteriores se hallen en el capítulo del código de procedimiento penal, que se refiere a la captura *“Capítulo II Captura”* y este se halle antes del *“Capítulo III Medidas de aseguramiento”*, en segmentos completamente diferenciados y separados como reglas de CAPTURA y reglas sobre MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO y que, además, las órdenes que expida el Juez de Conocimiento (Tribunal Superior [...] Sala de Penal en este caso), para hacer efectiva la sentencia que profiere el Juez o cuando anuncia el sentido del fallo, hipótesis esta última precisamente planteada en el caso, se hallen, en el acápite del código que se ocupa de las órdenes de captura para el cumplimiento del fallo, muestran que no es correcto partir de la existencia de una medida de aseguramiento como la detención preventiva.

En este aspecto, **la solicitud de libertad confunde la detención preventiva con la situación de captura, y es evidente que el término de un año invocado por vía del artículo 307 parágrafo 1, no puede aplicarse**, pues, ya dejó de existir la medida de detención preventiva y no existe el estado del procesado como detenido jurídicamente.

Ahora, en la teoría del proceso, se distingue claramente la captura, como fenómeno de aprehensión física que hacen las autoridades de policía, el de detención preventiva, que es una decisión judicial, que bajo ciertas exigencias, mantiene privado de la libertad al imputado y la situación de condenado que reclama nuevamente la captura para su ejecución material. En esta última circunstancia, ya no existe más la

detención preventiva, porque es claro que cesando la misma, que es una medida cautelar cuyo objetivo es llegar al cumplimiento de la sentencia por parte del procesado, una vez proferida ésta carece de su propia finalidad que ahora se torna en la necesidad del cumplimiento de la sentencia. Ya no se requiere medida de aseguramiento como la detención preventiva y procesalmente deja de tener vigencia si la hubo. **A partir de la sentencia, el detenido se mantiene privado de la libertad en estado no de detención preventiva sino de captura para someterse a la sentencia de condena que le obliga.**

Si ello es válido, dado que no hay medida de detención preventiva como cautela sobre la persona del procesado, es obligado que **la regla de un año, como límite de la medida de aseguramiento, no es aplicable**, pero por razón de que ya no existe detención preventiva -ha cesado la necesidad de cautela o prevención sobre el procesado que ahora es condenado-.

Luego, **el pedimento que se resuelve ha partido de un error al confundir la detención preventiva, como medida de aseguramiento, con el estado o situación de captura para el cumplimiento de la sentencia que ocurre a partir del anuncio del sentido del fallo** en que se libra la “orden de encarcelamiento” para que se haga efectiva la sentencia proferida como lo dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

Aceptado que se produce, **al dictarse formalmente el fallo, un estado de necesidad de la captura para el cumplimiento de la sentencia, este no desaparece bajo la regla de la limitación de un año de la medida de aseguramiento por sustracción de materia**: no hay detención preventiva.

Aclarado lo anterior, y en punto del término de un año de la detención preventiva, como plazo razonable que fue invocado por la defensa, como vencido, la Sala de Casación Penal en la providencia CSJ AP, 24 jul. 2017, rad. 49734, había señalado de manera clara las razones por las cuales ese término razonable de la detención privativa opera hasta el sentido del fallo

[...] en la propia decisión C 221/17, la Corte Constitucional señala que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, no puede exceder de un año, aspecto que esta Sala no discute, pero de ello también se deriva que si nunca se impuso una medida de aseguramiento, no se puede pretender que se otorgue la libertad por el hecho que desde que se emitió el sentido del fallo haya transcurrido más de un año sin que se hubiese proferido sentencia de segunda instancia, en la medida que el presupuesto básico del plazo razonable, radica en la existencia de una medida de aseguramiento que no existe ni ha existido en este proceso».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

## Inicio

### **24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - DEFENSA TÉCNICA**

***Es viable la designación de un defensor de oficio, cuando el inculcado puede asumir los costos de un abogado de confianza y no procede a ello***

En la sentencia, a través de la cual se *casó oficiosamente* el fallo impugnado, para ajustar a la legalidad la pena accesoria de *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas*, la Sala desestimó previamente la solicitud de invalidación de la actuación incoada por el recurrente, tras identificar como jurídicamente atendible la designación de un defensor de oficio en aquellos eventos en que el procesado puede asumir los costos de un

abogado de confianza y no procede a ello. Acotó la Corporación, que la determinación del juzgador en tal orientación, no afecta el derecho a la defensa técnica, en el entendido de que la labor de la defensoría pública está dirigida a quien carezca de condiciones económicas o sociales para proveerla.

**SP2998-2019 (50042) del 31/07/19**

**Magistrada Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

---

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez:** deberes, garantizar los derechos del procesado || **DEFENSORÍA PÚBLICA** - Determina si por la situación económica del procesado se hace necesario la asignación de un defensor público || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Defensa técnica:** defensor de oficio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Defensa técnica:** es viable la designación de un defensor de oficio, cuando el inculcado puede asumir los costos de un abogado de confianza y no procede a ello || **NULIDAD - Defensa técnica:** no se configura

«Con relación a la segunda censura, en la cual el impugnante solicitó la **nulidad derivada de la violación al derecho de defensa** porque el juez designó un defensor de oficio, encuentra la Corte que, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo, **si el defensor de confianza omite justificada o injustificadamente la asistencia a las audiencias** y con ello se dilata de manera indebida el curso del proceso, **corresponde al juez tomar los correctivos necesarios para garantizar**, sin interrupción, **la defensa técnica del investigado, entre los cuales se encuentra la designación de un abogado de oficio**

No en vano en el fallo de primer grado, a partir de las inasistencias del abogado de confianza del acusado, se registró lo acontecido en el juicio oral cuando concurrió a declarar BMM y fue necesario designar un **defensor de oficio** para, a partir de ello, disponer la compulsa de copias contra el referido profesional ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

Adicionalmente, el demandante no señaló, ni la Sala vislumbra, cuál fue el efecto perjudicial concreto derivado de la designación del defensor de oficio ante la inasistencia del abogado de confianza

Ahora, como también el casacionista **refirió que no debió designársele un defensor de oficio, sino uno público**, pues el primero desapareció con el avenimiento del sistema penal acusatorio, es pertinente señalar que el artículo 118 de la Ley 906 de 2004 establece: *“La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública”*, a su vez, el artículo 303-4 de la misma legislación establece como derecho del capturado *“designar y entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública proveerá su defensa”*.

[...] **la asunción de la defensa por parte de la Defensoría Pública no corresponde a una labor sucedánea automática frente a la ausencia de abogado de confianza**, en cuanto **es preciso**, para ser beneficiario de tal servicio de asistencia legal por parte del Estado, **no estar en condiciones económicas o sociales** para proveer la defensa de sus derechos, **de ahí que no se descarte la designación de un defensor de oficio cuando, a pesar de que el inculcado pueda asumir los costos de un abogado de confianza, no proceda a ello**.

Así las cosas, la designación de un abogado de oficio por parte del juez de primer grado ante las inasistencias del abogado de confianza de JCA, no solo no corresponde a un proceder arbitrario o caprichoso, sino que, por el contrario, se ajusta a su deber legal y constitucional como garante de los derechos fundamentales, en este caso del acusado, a fin de materializar su derecho a la defensa técnica.

El cargo **no prospera**».

**INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Legalidad de la pena || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera** || **CASACIÓN OFICIOSA** - Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas || **CASACIÓN OFICIOSA** - Dosificación punitiva

«En la parte considerativa de la sentencia de primer grado, luego de efectuarse el ejercicio de tasación de la pena principal, dispuso el juez que JCA sería sometido a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término, esto es, por 480 meses, sanción que efectivamente incluyó en la parte resolutoria de tal providencia.

A su vez, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el Tribunal redosificó la pena de prisión tasándola en 462 meses de prisión y confirmó en lo demás la decisión impugnada.

Ahora, como la comisión del delito tuvo lugar el 8 de diciembre de 2008, no hay duda que para la dosificación de la pena accesoria los juzgadores debieron tener en cuenta no sólo el inciso 3 del artículo 52 de la Ley 599 de 2000, sino que les correspondía integrar su texto con lo dispuesto en el artículo 51 del mismo estatuto, el cual señala que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración máxima de 20 años.

Así las cosas, **observa la Sala que la citada sanción accesoria impuesta a AB desborda el límite máximo establecido por el legislador**, pues si bien el artículo 52 del estatuto penal dispone que tendrá la misma duración de la pena de prisión a la cual accede y hasta una tercera parte más, a continuación dicho precepto señala que en todo caso no podrá *“exceder el máximo que fija la ley”*, es decir, los 20 años establecidos en el artículo 51 ejusdem.

De lo expuesto resulta razonable concluir que los falladores no dieron aplicación al artículo 51 de la Ley 599 de 2000, pese a ser el precepto llamado a regular la imposición de tal pena accesoria, con lo cual quebrantaron el derecho fundamental al **debido proceso** del acusado, en cuanto atañe a

ser juzgado *“conforme a leyes preexistentes”* (inciso 2 del artículo 29 de la Carta Política), pues fue impuesta una sanción que desborda los límites cuantitativos dispuestos por el legislador en la codificación sustancial vigente.

Entonces, se impone **casar oficiosa y parcialmente el fallo** de segundo grado, en orden a restaurar el derecho fundamental vulnerado, en el sentido de **modificar el quantum de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**, para fijarlo en 20 años, conforme a las previsiones del artículo 51 de la citada legislación punitiva».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### **25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:**

***Se vulnera, cuando el juez condena por hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la imputación de cargos, que no consten en la acusación***

Al casar el fallo del Tribunal y declarar la nulidad parcial del proceso a partir de la audiencia de formulación de la acusación, la Sala encontró fundamental recabar sobre la importancia de respetar el *principio de congruencia* en el *sistema penal acusatorio*, el cual puede ser vulnerado, cuando el juzgador condena por hechos jurídicamente relevantes que sí fueron atribuidos en la imputación, pero que no constaron en la acusación, pues una determinación tal desatiende que el último estadio referido, constituye un acto esencial de la estructura del *debido proceso* penal.

**SP3831-2019 (47671) del 17/09/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** es predicable entre la acusación y el fallo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** su ámbito de cobertura se extiende a la formulación de imputación en lo fáctico || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** se vulnera, cuando el juez condena por hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la imputación de cargos, que no consten en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** funciones en el sistema procesal, delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de sentencia condenatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** la ampliación de la garantía hasta la imputación busca reforzar el derecho de defensa sin afectar el debido proceso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** no podrán darse por sobreentendidos los hechos formulados desde la imputación, si no constan en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** es un acto esencial de la estructura del debido proceso

**«El alcance de la formulación de la imputación en aras del respeto a la garantía de la congruencia**

**El principio de congruencia**, como se aprecia de la simple lectura del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, **es predicable en principio entre la acusación y el fallo:**



[...] Sin embargo, **la jurisprudencia** tanto de la Sala como de la Corte Constitucional **ha extendido el ámbito de cobertura de este principio a la formulación de la imputación**, hasta el punto de exigir (con algunas restricciones) una consonancia fáctica entre los hechos que se han atribuido en la imputación y aquellos que se formulan en la acusación.

O, en palabras de aquella Corporación, “[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia”. En todo caso, “la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico”.

Esta ampliación, sin embargo, carece de incidencia para los efectos del problema jurídico aquí planteado (1.2). Esto es, **aunque hayan sido formulados de manera correcta los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, cuando estos no obren en la acusación, se violará el principio de congruencia si el juez condena por aquellos referentes de hecho**.

**Estas son las razones:**

(i) A menos que se trate de una terminación anticipada del proceso, la imputación de cargos no tiene la función de delimitar el contenido fáctico de la condena.

En el reciente fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, la Sala destacó «tres funciones medulares de la imputación», a saber: (a) «garantizar el ejercicio del derecho de defensa», (b) «sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares» y (c) «delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía».

Esto último tiene fundamento en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, según el cual “[s]i el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”. Por el contrario, cuando no hay terminación abreviada del proceso, la actuación que define el marco fáctico por el cual el juez de instancia puede condenar en el fallo tiene que ser la audiencia regulada en los artículos 338 y siguientes del Código Procesal (es decir, la acusación). De ahí que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004

predique, como criterio general, **la consonancia entre los hechos formulados en la acusación (no imputación) y aquellos que integran la decisión de condena**.

(ii) La ampliación de la garantía que brinda el principio de congruencia hasta la imputación de cargos es para reforzar el ejercicio del derecho de defensa, no para desconocer el debido proceso en detrimento de los intereses del acusado.

La imputación, como garantía del ejercicio del derecho de defensa, exige una consonancia de orden fáctico entre esta, la formulación de acusación y el fallo condenatorio.

Cuando esa concordancia fáctica se quiebra a la altura de la acusación (por ejemplo, no se atribuyeron allí los hechos que a la postre son el soporte de la condena), ya no es posible predicar que hay congruencia, ni siquiera entre la imputación y la sentencia, porque el acto que los vinculaba (la acusación) dejó de mantenerla.

Afirmar lo contrario sería como admitir que en el trámite regular puede condenarse con imputación pero sin acusación, desconociendo que **el acto de la acusación es parte esencial de la estructura del debido proceso**. De hecho, la Sala, en el fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, admitió en teoría lo contrario: la posibilidad de un debido proceso sin audiencia preliminar (*«un sistema procesal que no incluya la formulación de imputación puede desarrollar adecuadamente la garantía judicial [de defensa], siempre y cuando el procesado conozca oportunamente los cargos y cuente con tiempo suficiente para preparar[la]»*). **Lo que es inadmisibles, sin embargo, es un fallo condenatorio por aspectos fácticos que no fueron formulados en la audiencia establecida para delimitar los cargos, es decir, una condena sin previa acusación.**

En este orden de ideas, la garantía de defensa que brinda la audiencia de formulación de la imputación (en eventos en los cuales el proceso no finaliza en forma anticipada) obedece a la necesidad de asegurar, en palabras del fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, «el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa». Y esta se desconoce en los casos concretos si, por ejemplo, en la acusación se opta por «incluir los referentes fácticos de nuevos delitos», o «introducir cambios factuales que den lugar a un delito más

grave», o, en cualquier caso, modificar desfavorablemente «el núcleo de la imputación».

La imputación no se hizo, por lo tanto, para subsanar o suplir pretermissiones en la Fiscalía durante la formulación de la acusación, como dejar de incluir los hechos que integran la premisa fáctica, bajo el pretexto de que le fueron comunicados al procesado en la imputación de cargos. Es más, atribuirle al procesado en audiencia preliminar unos hechos que, luego, no figuran en la acusación, debe entenderse como un cambio que habrá de repercutir siempre a su favor.

**Y (iii) condenar por hechos que no consten en la acusación constituye, además de un error de garantía, uno de estructura.** Por lo tanto, es irrelevante que el procesado haya logrado tener un conocimiento de la premisa fáctica de la condena previo a la acusación que no obre en tal diligencia pero sí en la sentencia condenatoria.

Como se indicó (2 ii), la irregularidad analizada equivale, en la práctica, a una condena sin acusación. Se trata esta de una afectación sustancial de la estructura del debido proceso. Y esta, a su vez, es un yerro de garantía, en tanto la defensa no puede preparar su caso si no conoce de qué se le acusa.

Es un sinsentido, por lo tanto, aducir que el yerro no es relevante porque, a pesar de todo, la defensa pudo enterarse antes (en audiencia preliminar) de los hechos que a la postre sustentaron el fallo de condena. De ser así, la discusión ya no giraría alrededor de la garantía

de la defensa, sino de la etapa esencial que integra el proceso penal y que se pretermitió. En todo caso, afirmar que en una tal situación no se desconoció el derecho de defensa es bien relativo. Así como en CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, se sostuvo que “no puede darse por *sobreentendido*” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos”, **tampoco podría darse por “sobreentendidos” los hechos, a pesar de que no constan en la acusación, con el argumento de que habían sido formulados desde la imputación.**

La defensa, en este caso, pudo haber supuesto aquellos hechos no incluidos en la acusación recordando los atribuidos en la audiencia preliminar, pero dicho acierto no pasa de ser un dato inane. Esto no suplía el deber de la Fiscalía de definir los hechos en la acusación. Tampoco subsana la irregularidad el que la defensa, en el juicio, haya actuado positivamente a raíz de esa suposición. El ejercicio del derecho de defensa, en todo caso, tiene que asegurarse a partir de actuaciones claras y precisas por parte del acusador, no de figuraciones acerca de lo que en últimas hizo o no hizo.

En síntesis, **jamás será posible condenar por hechos que no consten en la acusación, aunque hayan sido atribuidos en la imputación de cargos».**

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

## Inicio

### **26. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - RECURSO DE APELACIÓN:**

***Interés para recurrir, de la Fiscalía y el Ministerio Público, cuando en la decisión de preclusión se modifica la causal invocada***

Por vía del recurso de queja, la *Sala de Casación Penal* revocó la decisión de la *Sala Especial de Primera Instancia* de la Corporación, consistente en denegar el recurso de apelación respecto de la decisión de preclusión de la actuación, y en su lugar concedió la alzada. En este sentido, explicó que a la Fiscalía y al representante del Ministerio Público, sí les asiste interés jurídico

para recurrir la determinación preclusiva, cuando se fundamenta en una causal distinta de la invocada, pues en tal evento, el sujeto procesal ostenta legitimación en la causa, derivada del cambio de sustento legal de la solicitud.

**AP4096-2019 (56161) del 25/09/19**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**RECURSOS - Legitimidad para interponerlos** ||  
**RECURSOS - Legitimación en el proceso** ||  
**RECURSOS - Legitimación en la causa** ||  
**RECURSO DE APELACIÓN - Interés para recurrir:** diferencia entre legitimación en el proceso y en la causa || **RECURSO DE APELACIÓN - Interés para recurrir:** el recurrente debe haber sufrido un agravio ||  
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** interés para recurrir, de la Fiscalía y el Ministerio Público, cuando en la decisión de preclusión se modifica la causal invocada

«En el sub examine, el problema jurídico se contrae a resolver si los mencionados delegados de la Fiscalía y Procuraduría están legitimados para interponer recurso de apelación contra el auto del 22 de julio de 2019, a través del cual la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación **precluyó la indagación** que se adelanta en contra de AOM, en su calidad de Procurador General de la Nación, por el delito de calumnia, a efectos de que el mismo sea concedido

[...] debe resaltarse que la presente problemática convoca a un aspecto fundamental a la hora de examinar la procedencia de un medio de impugnación, como lo es el interés para recurrir.

Sobre ese tema en particular, en el ordenamiento procesal en efecto, subsisten dos clases de **legitimación**. A saber: **legitimación en el proceso** (o legitimatio ad processum) y **legitimación en la causa** (o legitimatio ad causam). Sobre estas figuras, la Corte comentó lo siguiente en sentencia de casación del 23 de febrero de 2005:

*La legitimación en el proceso constituye uno de los presupuestos de procedencia de la impugnación de las providencias judiciales, en virtud de la cual, es preciso que el recurrente ostente la condición de sujeto procesal habilitado para actuar.*

*Adicional al anterior también se encuentra la legitimación en la causa, supuesto que exige de manera imprescindible que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído, esto es, que la decisión le cause perjuicio a sus intereses, pues no hay lugar a inconformidad frente a providencias que le reporten un beneficio o que simplemente no lo perjudiquen. Sobre el particular, el artículo 186 del estatuto procesal penal dispone que ‘los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico.*

[...] La diferencia entre las dos figuras estriba en que cuando no se da la primera el recurrente carece en absoluto de la calidad de sujeto de la relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en la segunda sí tiene esas condiciones sólo que, por no haber sufrido un perjuicio concreto con el fallo, no está autorizado para interponer el recurso.

Al aplicar tales derroteros al actual asunto, desde ya **se advierte que tanto el ente acusador como la agente ministerial, ostentan tales requisitos**. Así, no se discute que ambos hacen parte de este asunto (legitimación en el proceso), por lo que, el punto neurálgico es la legitimación en la causa para impugnar.

En lo que respecta a la Fiscalía, ésta ha venido insistiendo en que, **aunque el auto de 22 de julio de 2019 acogió la postulación de preclusión, lo hizo por causal diferente a la pretendida**, lo que supone, en otras palabras, que su solicitud basada en el artículo 227 del C.P. -por calumnia recíproca- fue rechazada. Ello porque, **a pesar de que el interlocutorio en mención haya precluido en favor del procesado, lo fue producto de negar la postulación planteada por la Fiscalía**, para luego dar por demostrada la cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 (atipicidad del hecho investigado).

Significa lo anterior que, bajo su entendimiento, **la aspiración del acusador** (coadyuvada por el Ministerio Público) **incluyendo los fundamentos fácticos y probatorios que la soportaban, fue desatendida al interior del trámite**. Luego entonces, para esta Sala el interés jurídico (perjuicio que el auto ocasiona) se explica desde la siguiente óptica:

Recuérdese, que el presente asunto desde sus inicios involucraba a la ex Senadora PEC, bajo el entendido que ella también profirió manifestaciones agraviosas en contra de AOM. En ese sentido, el interlocutorio de 22 de julio de 2019, incide en dicha teoría del investigador, pues, en su comprensión de los hechos, este asunto convoca a una reciprocidad de manifestaciones ofensivas entre tales personas. Por lo que, la decisión adoptada sobre la causal cuarta (atipicidad del hecho), afecta la hipótesis colateral y compromete a la otra persona involucrada, en tanto, trastoca el equilibrio de ofensas que pretende defender el ente acusador.

Por lo tanto, **el proveído en mención le representa un perjuicio al Fiscal**, pues de

prosperar la preclusión en los términos planteados por la Sala de primer grado, se vería abocado a modificar su planteamiento generalizado y, con ello, desdibujar la compensación de calumnias de que habla el Código Penal.

A su vez, la determinación adoptada no puede representar un beneficio a sus intereses cuando en ella fue cuestionada su labor argumentativa y probatoria, al indicarse que la causal invocada no podía darse por sentada, ante las deficiencias de la Fiscalía. Lo expuesto, le ocasiona al acusador interés para rebatir tal afirmación y acreditar por qué sí colmó los requisitos del precepto 227 del Código Penal.

De otro lado, **la decisión preclusiva se fincó en la atipicidad del hecho investigado, la cual no fue propuesta por el promotor de la solicitud, dado que se trata de una causal diferente a la incluida en el canon en mención.** Por ello, no hubo debate, ni posibilidad de controversia, hasta el punto que, en caso de mantenerse la improcedencia de la apelación, no existiría otro

medio de impugnación para refutar, con argumentos propios, y debatir si la variación efectuada se conserva dentro del estándar permitido, o supone un desbordamiento de las facultades asignadas al operador judicial de conocimiento.

Es, entonces, **la posibilidad de objetar el acierto de la modificación de la causal**, otro motivo de interés jurídico en sí mismo considerado, porque dicha circunstancias convoca a un examen del debido proceso, de cara a los sujetos e intervinientes involucrados en el caso.

En esa medida, **tanto Fiscalía como la agente del ministerio Público**, -ésta última al compartir los planteamientos del Fiscal-, **pueden apelar la determinación mencionada**, pues sobre ellos recae legitimación procesal y en la causa, al ser sujetos procesales dentro del asunto y ostentar interés jurídico conforme se explicó».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### **27. SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS Constituyen un concepto de naturaleza jurídica que ha de ser determinado por el juez en cada caso**

Al inadmitir la demanda de casación por indebida sustentación, la Corporación tuvo ocasión de precisar, frente a algunas de las alegaciones del recurrente relacionadas con la *marginalidad extrema* como diminuyente punitiva, que tal circunstancia constituye un concepto de naturaleza jurídica, cuya determinación en cada caso concreto debe ser abordado por el juzgador, en tanto que el perito no puede suplir tal juicio de derecho. Así, en el asunto objeto de impugnación la confluencia de las citadas situaciones fue descartada jurídicamente por los jueces de instancia, sin que el censor hubiera fundamentado algún error reconocible por vía del recurso extraordinario, que permitiera cambiar el sentido de la decisión.

**AP3161-2019 (51706) del 05/08/19**

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DEMANDA DE CASACIÓN - Técnica || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - No se configura || SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS - Constituyen un concepto de naturaleza jurídica que ha de ser determinado por el juez en cada caso || PRUEBA PERICIAL - Apreciación probatoria: corresponde al juez || PRUEBA PERICIAL - Dictamen de psicología forense || SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS - No se configuran || DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión por indebida sustentación**

«[...] el demandante también cuestiona la comprensión -general y abstracta- de la norma que consagra la **marginalidad** como diminuyente punitiva. Y esto, naturalmente, **desborda** los presupuestos lógicos de sustentación de un cargo



por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho consistente en **falso juicio de identidad**.

Pero la inadmisibilidad de la demanda no deriva únicamente de las insuficiencias formales anteriormente detectadas. En el fondo, es evidente que los reclamos carecen de fundamento y se basan en una indebida lectura de las razones probatorias consignadas en la sentencia impugnada. El censor pasa por alto que en el recurso extraordinario de casación no le es dable, sin más, presentar una lectura probatoria diversa a la construida en las instancias, para que aquélla sea acogida por la Corte. La demanda debe mostrar la configuración de algún error demandable en casación para derrumbar los pilares argumentativos en que se funda la decisión cuestionada, a fin de provocar un sentido distinto de la resolución judicial y, ahí sí, proponer a la Corte una fórmula distinta de resolución.

Y en esa tarea, entre otras exigencias, es requisito esencial que la censura, en un primer momento, identifique y presente una reseña fidedigna de los fundamentos de las sentencias impugnadas, pues de lo contrario mal podría quebrantar sus bases argumentativas. Si los reproches se basan en el ataque a razones que no fueron expuestas por los jueces de instancia o no controvierten suficientemente los motivos de la decisión confutada, la censura será estéril desde el plano sustancial, como quiera que no se puede derrumbar una estructura argumentativa si no se quebrantan sus cimientos (atinencia) de manera tal que las conclusiones no puedan ya soportarse (suficiencia).

Bajo esa óptica, los reclamos se ofrecen desatinados, en la medida en que parten de proposiciones que no integran las sentencias impugnadas, al tiempo que resultan escasos para provocar una decisión disímil, por cuanto la censura no controvierte las razones que conforman la estructura probatoria en que se cimienta la condena.

A la hora de acreditar la supuesta distorsión del testimonio, el libelista destacó que, contrario a lo afirmado por los falladores, el sicólogo LVL le diagnosticó al señor PL una discapacidad intelectual leve y lesiones en la zona genital, a causa de un accidente sufrido en su niñez, circunstancias que ocasionaron aislamiento y falta de interacción con cierto tipo de juegos, sobre todo en lo que tiene que ver con *“el contacto*

*con niñas o mujeres”*, constituyéndose de esa manera *“marginalidad de interacción”*.

No obstante, de una detenida lectura de las sentencias impugnadas se extrae que **los falladores de instancia no cercenaron ni distorsionaron el testimonio** del perito VL. Esas conclusiones, que para el censor fueron inobservadas, sí fueron tenidas en cuenta tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia. Cuestión diferente es que los falladores las valoraron de una manera diversa a la pretendida por el demandante, descartando, en el plano jurídico, las exigencias necesarias para configurar la aludida circunstancia de menor punibilidad.

En ese entendido, no es que los juzgadores hubieran hecho abstracción de la discapacidad intelectual leve y las perturbaciones a nivel genital presentes en el acusado, sino que, en su criterio, **tales circunstancias no permiten afirmar que aquél se encontraba en marginalidad extrema al momento de cometer la conducta** ni que ésta se vio influenciada por el tipo de marginación de que trata la norma, para constituirse en fundamento de menor punibilidad.

[...] **el reproche por falso juicio de identidad es manifiestamente infundado**, en la medida que es desarrollado a partir de una indebida comprensión de la estructura argumentativa de las sentencias de instancia.

Lo anterior deja en evidencia, además, que bajo la etiqueta de un falso juicio de identidad - reproche que carece de fundamento-, el censor presenta a la Corte una valoración probatoria alternativa para demandar la absolución del procesado, a partir de tales planteamientos. Mas no hay lugar a predicar la configuración de un error de hecho cuando simplemente se oponen apreciaciones subjetivas contra los razonamientos probatorios efectuados por el juez o la postulación de críticas a la actividad valorativa, formuladas con la amplitud propia del ejercicio de contradicción de las instancias y sin el debido planteamiento. Ello conduce a la **inadmisión del recurso de casación** (CSJ AP 16 jun. 2010, rad. 33.697).

Con todo, es insostenible atribuir la falta de aplicación del art. 56 del C.P. a una **apreciación incompleta del dictamen rendido por el sicólogo VL**, pues los enunciados fácticos echados de menos por el libelista, contrario a lo

afirmado por éste, incluso fueron fijados textualmente en el fallo de primer grado, el cual integra la unidad decisoria atacada en casación. Así puede advertirse cuando el a quo alude a una -leve- marginación social en el acusado, acompañada de una mengua en su capacidad cognitiva:

[...] Empero, tanto para el a quo como para el ad quem, esa marginación, teniendo en cuenta que el señor PL no tenía menguada su capacidad cognitiva en un grado superlativo, carece del grado extremo requerido por el art. 56 del C.P. para atenuar la pena.

[...] Lo cierto es que, para los juzgadores, pese a sus dificultades de interacción sexual, JAPL no fue segregado por la sociedad debido a su problemática fisiológica o al trauma mental que pudo ocasionar el accidente [...]

[...] el juzgado puso de presente que, en estricto sentido, en la actuación no se probó que las mujeres rechazaran sexualmente al procesado, pero tal premisa de hecho no fue refutada por el censor. Al respecto, el a quo da cuenta de que *“no se probó el repudio por el sector femenino hacia él, de hecho, sus amigos lo invitaron a un prostíbulo y él mismo tomó la decisión de irse de allí”*. Sin embargo, como destacó el Tribunal, optó por el abuso orientado a la selección de una víctima infante.

Salta a la vista, entonces, que lo realmente cuestionado por el demandante es la comprensión del concepto normativo de **marginalidad extrema**, contenido en el art. 56 del C.P., que concluyó en una negativa en la aplicación de la diminuyente punitiva. Mas **la censura está huérfana de cualquier disquisición** en el plano hermenéutico, **que permita cuestionar la corrección del entendimiento evidenciado por los juzgadores para descartar en el acusado una condición de marginalidad extrema**.

El demandante se equivoca al entender que el perito *“estableció”* la **“marginalidad”** en el procesado. Al alegar que el sicólogo emitió un *“concepto de tipo jurídico, pero que dentro de la parte psicológica tiene un impacto a nivel de toda su interacción, que es el concepto de marginalidad”*, la censura **pasa por alto que esa condición** -así como sucede, por ejemplo, con la inimputabilidad- **es un concepto de naturaleza jurídica que ha de ser determinado por el juez en cada caso**, apoyado en las pruebas

pertinentes, **sin que el perito sea el llamado a suplir ese juicio jurídico**, para “diagnosticar” al respecto.

A la censura subyace un entendimiento de la norma diverso al aplicado por los juzgadores: mientras en las sentencias se comprende la **marginalidad extrema** como un fenómeno sociológico que depende de ciertos factores de marginación por la pertenencia de una persona a un determinado grupo social -excluido o discriminado-, el demandante pretende que aspectos individuales -fisiológicos y psicológicos- que dificultan la interacción sexual sean incluidos dentro de los factores fijados en el art. 56 del C.P. para atenuar la pena.

Empero, la sustentación del reclamo es igualmente insuficiente para abordar el asunto desde la óptica de la violación directa de la ley sustancial, pues no sólo se echa de menos un ejercicio de interpretación normativa -en el plano general y abstracto- suficiente para sostener por qué los individuos con disfunciones sexuales podrían constituir un grupo social marginado y que ese tipo de exclusión pueda influir directamente en la ejecución de la conducta punible, sin tener la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, sino que, en todo caso, mal podría admitirse un reproche por violación directa cuando el censor cuestiona la base fáctico-probatoria de la decisión (al alegar un supuesto falso juicio de identidad).

Aunado a lo anterior, la refutación también se torna insuficiente, como quiera que, al negar la condición de marginalidad extrema en el acusado, debido a que éste se encontraba integrado a la sociedad en múltiples facetas de la vida cotidiana, el Tribunal adecuó las ya conocidas condiciones de disfuncionalidad sexual en las circunstancias genéricas de menor punibilidad previstas en el art. 55 num. 4 y 9 del C.P., sin que la censura explique por qué la norma llamada a aplicarse en la individualización de la pena era el art. 56 ídem, con preponderancia sobre las antedichas causales.

En consecuencia, no habiéndose presentado los reclamos en casación con respeto de los estándares mínimos para su estudio de fondo, **es innegable su indebida fundamentación**. Ello constituye **razón suficiente para inadmitir la demanda**. Además, la Sala no advierte la presencia de supuestos justificantes para superar los defectos del libelo con el propósito de decidirlo de fondo o emitir un pronunciamiento

oficioso en casación, de conformidad con el art. 184 inc. 3º del C.P.P».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

## 28. TESTIMONIO - APRECIACIÓN PROBATORIA

***Cuando el testigo rinde varias declaraciones, el juzgador tiene la carga de ponderar la trascendencia de los cambios en el relato frente a los elementos centrales del hecho percibido***

La Sala decidió *revocar* la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal, para en su lugar, imponer en sede de casación, condena por primera vez al acusado por el delito de *homicidio agravado*. En sustento de la referida determinación -que es susceptible de *impugnación especial*-, la Corporación hizo referencia a la apreciación de la *prueba testimonial*, cuando el deponente ha rendido varias declaraciones, indicando que, en tales eventos, no es dable exigir que sus exposiciones siempre sean idénticas, sino que debe ponderarse por el fallador la importancia de los cambios en el relato frente a los aspectos centrales objeto de la narración. Así mismo, aludió a las *pruebas periciales*, precisando la diferenciación entre la de *absorción atómica* y la detección de *tatuaje* en el interfecto. También estudió el *informe balístico*, y particularmente, la *trayectoria* de los proyectiles de arma de fuego. Finalmente, descartó la confluencia de la *legítima defensa subjetiva*, que había sido reconocida en el fallo impugnado.

**SP4804-2019 (53849) del 06/11/19**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores de hecho en la**

**apreciación probatoria:** se configuran || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** sana crítica || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, examen de coherencia y univocidad sobre los aspectos centrales del relato || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, el juzgador tiene la carga de ponderar la trascendencia de los cambios en el relato frente a los elementos centrales del hecho percibido || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, el juzgador debe atender los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, indicativos de que el transcurso del tiempo puede difuminar los recuerdos y las circunstancias en que se percibió el hecho || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, resulta irrazonable exigir que realice siempre exposiciones idénticas respecto de lo percibido

«[...] la Sala anticipa que le asiste razón a la recurrente al afirmar que el fallo cuestionado se sustenta en varios errores de hecho y que, de no haber ocurrido tales yerros, el Tribunal habría tenido por demostrado que los hechos sucedieron como los relató OMPR, o lo que es igual, que BR no le disparó a FNR bajo la errada convicción de repeler una agresión inminente, sino en momentos en que éste se encontraba postrado en el suelo y enteramente sometido a la autoridad y designio de los investigadores.

Para sustentar esa conclusión, la Sala partirá por examinar las declaraciones del patrullero PR. Después abordará el examen de los demás argumentos que soportan el fallo del ad quem de cara a los cargos formulados en la demanda y los restantes medios de prueba relevantes.

En su primera declaración, obtenida el 2 de noviembre de 2004, el patrullero ÓMPR relató lo siguiente:

[...] Tres días después - el 5 noviembre de 2004 - se llevó a cabo diligencia de inspección al lugar

de los hechos, en desarrollo de la cual PR volvió a ser escuchado:

[...] En una tercera declaración, obtenida el 6 de julio de 2006, PR expuso lo siguiente:

[...] Posteriormente, el 21 de enero de 2010 - esta vez, en diligencia realizada en Bucaramanga - evocó:

[...] Por último, ya en la fase del juzgamiento, PR declaró el 4 de septiembre de 2013 ante el Juez de primera instancia. En esencia ratificó lo dicho en oportunidades anteriores [...]

[...] Pues bien, de las declaraciones reseñadas, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

**(i) El patrullero ÓMPR indudablemente presenció los hechos ocurridos** y participó en la persecución de FNRM. No de otra forma podría explicarse que desde su primera salida procesal, efectuada el mismo día de los hechos, haya descrito con notable exactitud los rasgos físicos de los investigadores del D.A.S. involucrados, las características del rodante en que se movilizaban (precisando también que quien lo conducía era RB, lo cual éste reconoció) y la ropa que vestía el occiso. Relató, así mismo, que RM tomó rehenes y se refugió en un salón de belleza, como en efecto sucedió, y supo que quien disparó contra el occiso fue el agente *“de tez color negra”*, es decir, WAR, quien admitió, así adujera haber obrado en legítima defensa, ser la persona que accionó el arma.

Como si fuera poco, aseveró que el disparo que acabó con la vida de FNR le impactó la cabeza, aserto coincidente con el resultado de la necropsia practicada sobre su cuerpo.

Evidente, entonces, que el patrullero ÓP se encontraba en el lugar de los hechos al momento de su ocurrencia, intervino en la persecución de FNRM y presenció el instante de su muerte, lo cual descarta las afirmaciones de RB en el sentido de que *“él no estaba allí”*.

**(ii) Los aspectos centrales del testimonio se mantuvieron en esencia coherentes y unívocos** en las varias salidas procesales del deponente. Sólo respecto de circunstancias accidentales y de menguada relevancia exhiben algunas inconsistencias, pero éstas en nada afectan el mérito suasorio de su dicho, no sólo porque no refieren a aspectos sustanciales de la evocación, sino también porque entre la primera y última de sus declaraciones transcurrieron poco menos de diez años, por lo cual resulta

apenas comprensible, como el natural efecto del paso del tiempo en la memoria humana, la alteración de ciertos recuerdos y el extravío de algunos detalles.

Ciertamente, las distintas narraciones del testigo fueron contestes en cuanto a que éste (a) se encontraba en inmediaciones del lugar de los hechos cuando escuchó disparos; (b) con ocasión de ello, se percató de que otro patrullero de apellido H y dos individuos, a quienes reconoció como investigadores del D.A.S., emprendían en ese momento la persecución de un hombre vestido con camisa roja; (c) PR se unió a la búsqueda del sospechoso hasta que tomó como rehenes a dos mujeres e ingresó a un establecimiento de comercio; (d) una vez ello sucedió, tanto H como los dos agentes del D.A.S. se retiraron para rodear la construcción, mientras que él permaneció al frente de la misma; (e) algunos minutos después, el fugitivo manifestó su intención de someterse a las autoridades, depuso su arma y empezó a prepararse para entregarse a PR; (f) en ese momento, RB y su compañero CM regresaron a la escena, subyugaron al individuo y el acusado le dio un disparo en la cabeza.

Esas proposiciones fácticas, que constituyen el núcleo de lo percibido por el testigo, persistieron sin variaciones en todas sus declaraciones y respecto de ellas ninguna indeterminación existe.

El Tribunal, al negar mérito suasorio a las aseveraciones de PR por advertir en su dicho algunas inconsistencias, lo hizo sin reparar en que, frente a un testigo que en varias declaraciones cambia su relato, la sana crítica impone al juzgador la carga de ponderar la trascendencia de las modificaciones frente a los elementos centrales del hecho percibido; así mismo, atender «los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria», indicativos de que el transcurso del tiempo puede difuminar los recuerdos, y «las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió», por lo cual mal podría ignorarse que los hechos anteriores, concomitantes y posteriores a la muerte de FNRM fueron aprehendidos por ÓMPR en un contexto de estrés agudo derivado de la persecución de un delincuente armado. Es natural que sus crónicas exhiban algunas imprecisiones.

Desde esa óptica, resulta irrazonable exigir de quien en el curso de casi diez años acude a las autoridades en múltiples ocasiones a rendir testimonio que realice siempre exposiciones



idénticas respecto de lo percibido. Una situación contraria, de absoluta coincidencia entre las plurales versiones, parecería - eso sí - sospechosa, pues indicaría que el deponente se ha aprovisionado de un relato preconcebido».

**FALSO RACIOCINIO - Leyes de la ciencia:** se vulneran || **DICTAMEN PERICIAL - Necropsia:** apreciación probatoria || **PRUEBA PERICIAL - Absorción atómica:** apreciación || **PRUEBA PERICIAL - Herida por arma de fuego:** determinación de la distancia del disparo || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **HOMICIDIO - Producido con arma de fuego:** tatuaje || **HOMICIDIO - Producido con arma de fuego:** tatuaje, diferencia con el pseudotatuaje por ahumamiento || **PRUEBA PERICIAL - Absorción atómica:** imposibilidad de realizarla no descarta el hallazgo relativo al tatuaje || **HOMICIDIO - Producido con arma de fuego:** tatuaje, acredita que el disparo se produjo a corta distancia || **FALSO RACIOCINIO - Se configura**

«[...] como alega la demandante, el Tribunal incurrió en una ostensible violación de la ciencia al descartar los hallazgos de la necropsia según los cuales la herida de bala que FNR recibió en la mano exhibía [...] tatuaje de pólvora [...] indicativo de que el disparo se hizo *"a corta distancia"*.

La Corporación se abstuvo de apreciar ese hecho, aduciendo que, como no fue posible realizar **prueba de absorción atómica en las manos del occiso**, resulta incoherente que sí se haya podido encontrar posteriormente el referido **tatuaje**. Tal planteamiento es equivocado porque desconoce los principios científicos aplicables.

La **prueba de absorción atómica** pretende identificar residuos de disparo (pólvora y otras partículas que escapan por la parte posterior de un arma de fuego cuando es accionada y se depositan en la mano de quien la manipuló), y su realización se ve frustrada cuando dichos residuos son eliminados por el sudor o el lavado.

Distinto sucede con el **tatuaje**, consistente en la incrustación de partículas de pólvora, deflagrada o no, en la piel circundante de la herida; marca que, **a diferencia del denominado pseudotatuaje o tatuaje por ahumamiento**, [...] no desaparece con el lavado [...] y **se produce ante disparos efectuados a corta o mediana distancia**, según el arma utilizada. Así lo ha manifestado ya la Sala en otras oportunidades:

*"El tatuaje es una peculiaridad que se presenta cuando el disparo con arma de fuego se hace a corta distancia -intermedia dicen otros autores-, la cual oscila entre 5 cm y 1 m, aproximadamente, y se traduce en el tinte oscuro de difícil remoción que deja la pólvora".*

En ese orden de cosas, **que la pericia de absorción atómica no haya podido realizarse** por la presencia de sudor en las manos del cuerpo de RM **no descarta consecuentemente la validez del hallazgo del tatuaje en la herida** de su mano. Y aunque la Procuradora Delegada ante la Corte considera que el mentado informe no tiene valor probatorio porque no se acreditó *"el conocimiento que en materia de heridas presentaban los peritos"*, lo cierto es que en el proceso no se cuestionó la idoneidad del experto adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal que lo realizó.

Precisado entonces el yerro en que incurrió el juzgador al negar el mérito de ese elemento de juicio, se hace necesario apreciarlo en conjunto con el restante acervo probatorio. En ese cometido, se advierte sin dificultad que el aludido hallazgo descarta objetivamente las exculpaciones ofrecidas por RB y corrobora la versión de ÓMPR.

Ciertamente, el acusado afirmó que **(i)** sólo hizo un disparo *"de reacción"* contra FNR cuando éste intentó recuperar la pistola que previamente había depuesto; **(ii)** accionó su arma *"a más de un metro"* de la víctima y el proyectil pegó en la cabeza del occiso; **(iii)** el impacto de la mano *"lo debió recibir durante el intercambio de disparos en la persecución"*.

Con todo, el **tatuaje** presente en la herida de la extremidad superior **revela inequívocamente que ese disparo se produjo a corta distancia** (especialmente considerando que RB y CM portaban armas cortas tipo pistola), máxime que el propio enjuiciado aseveró que en el curso de la persecución *"en ningún momento"* tuvo contacto físico con RM.

Además: aunque todos los testigos coinciden en que FNR ya tenía manchas de sangre en la ropa cuando llegó a la peluquería, la evidencia refuta que provinieran de una herida previa en su mano. En concreto, MLTC, quien en compañía de su madre GCR fue retenida como rehén por el occiso, [...]:

[...] El relato reseñado indica que, para ese momento, las extremidades de FNR estaban ilesas, pues además de manipular un arma, utilizó ambas manos para someter a las rehenes y las condujo por la fuerza hacia el interior del local.

También está descartado que fuese JOPC, a quien FNR asesinó minutos antes de su propia muerte, quien le haya disparado en la mano, porque, como consta en la respectiva acta de levantamiento de cadáver, aquél no portaba armas de fuego al momento de su deceso, aunque sí un cuchillo.

En ese orden, la conclusión más plausible de acuerdo con las pruebas practicadas es que la herida de su mano izquierda se produjo después de que ingresó a la peluquería.

Ahora bien: si luego de que RM entró a la peluquería se realizó un único disparo (según lo admite el propio acusado) y el cuerpo de aquél exhibía, además de la herida de bala en su mano, el orificio en el cráneo que le causó la muerte, surgen como necesarias las siguientes conclusiones: primero, que ambas heridas fueron causadas por el mismo proyectil; segundo, que la víctima tenía la mano izquierda sobre la cabeza cuando se le disparó, y el proyectil penetró primero la extremidad (en la que se observa el tatuaje) y, luego, el cráneo (desprovisto tanto de tatuaje como de ahumamiento, conforme se indica en la necropsia ).

Ese curso causal, que es el único lógicamente ajustado a las pruebas mencionadas, es en todo acorde con el relato de ÓMPR.

Así las cosas, **la prueba técnica** referida, que fue descartada por el ad quem bajo el equivocado argumento que ya se analizó, **ratifica la credibilidad del testimonio** de PR y confirma el señalamiento elevado contra RB, a la vez que desmiente las exculpaciones ofrecidas por este último».

**FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación:** se configura || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen de balística forense:** apreciación probatoria || **PRUEBA PERICIAL - Estudio de trayectoria de proyectil de arma de fuego:** apreciación probatoria

«Erró también el Tribunal en la apreciación del **informe balístico** de 27 de noviembre de 2007.

En el aludido informe se consignan las siguientes consideraciones: **(i)** la bala que penetró el cráneo del difunto lo hizo en trayectoria postero - anterior e infero - superior, mientras que la que traspasó su extremidad lo hizo en línea antero - posterior, entrando y saliendo por el dorso de la mano izquierda; **(ii)** *"posiblemente, el victimario se encontraba atrás (sic) de la víctima, a una distancia no mayor a un metro con un arma de fuego corta (pistola o revólver), probablemente la víctima levanta su brazo izquierdo y coloca su mano izquierda atrás (sic) de su cabeza, donde recibe un disparo a corta distancia, el cual genera el oficio de entrada con tatuaje de pólvora..."*.

Pues bien, lo primero que se advierte es que el Tribunal tuvo en cuenta esa prueba para restarle credibilidad al testimonio de PR por considerar que lo desmiente (sobre lo que volverá la Sala más adelante), pero pasó por alto que las conclusiones allí vertidas, si alguna narración controvierten, es precisamente la WARB.

En efecto: por un lado, el informe balístico ratifica que el disparo que la víctima recibió en la mano se hizo a una distancia menor de un metro. No pudo producirse en el curso de la persecución.

Por otro, indica que la bala que impactó el cráneo lo hizo en **trayectoria** infero - superior. Según RB, cuando disparó él estaba de pie, mientras que RM estaba *«ligeramente inflexado de rodillas»*. Considerando que el acusado tiene una estatura de 1.80 metros y el occiso medía 1.65 metros, es físicamente imposible que, estando éste ligeramente inflexado, el disparo efectuado por aquél impactara la cabeza de abajo hacia arriba.

Puesto de otra forma, si los hechos en realidad hubieran sucedido como los narró el enjuiciado, la trayectoria del proyectil necesariamente tendría que haber sido la opuesta, es decir, supero - inferior, o cuando menos, paralela al suelo, porque según él, estando de pie disparó a una persona 15 centímetros más baja que él que en ese momento *"se agach(ó) hacia el arma"*, que estaba en el suelo. Imposible que en esas condiciones la bala haya ingresado al cráneo de RM de abajo hacia arriba.

Ahora: no es cierto que el informe de balística refute las afirmaciones de ÓMPR. A esa conclusión llegó el ad quem como consecuencia de una patente tergiversación del contenido de la prueba técnica, según la cual esa pieza "indica como hipótesis que tanto la víctima como la persona que accionó el arma se encontraban de

pie, lo cual difiere de lo afirmado por el testigo de cargo, quien señaló que el hoy occiso se encontraba en el suelo boca abajo”.

La distorsión se concretó en el aparte subrayado, porque la prueba pericial nunca sugirió, ni siquiera como hipótesis, que víctima y victimario se encontraran parados al momento del disparo. Tratándose de una valoración de la **trayectoria del proyectil**, es obvio que el análisis está restringido a la ubicación que el pistolero ocupaba en el espacio respecto del ofendido. Así, el documento explicita que quien disparó estaba detrás de la víctima y que la bala penetró el cuerpo de abajo hacia arriba, lo cual puede haber sucedido en cualquier postura que físicamente permitiera ese desenlace (ambos sentados, uno sentado y otro de pie, ambos parados, etc.).

Siendo ello así, el informe balístico sustenta las aserciones de PR, quien sostuvo que RB le disparó a RM desde atrás, cuando éste miraba hacia abajo y yacía postrado en el suelo. Si en ese momento el acusado ocupaba respecto del occiso una posición más cercana a sus pies que a su cabeza, la trayectoria del proyectil sería infero - superior, precisamente conforme se anota en esa pieza.

Más aún, en el dictamen examinado se plantea, eso sí, la hipótesis de que la víctima puso su mano izquierda detrás de la cabeza y que el mismo proyectil penetró tanto la extremidad como la cabeza del ofendido, tal como lo evocó el patrullero. Así las cosas, la queja que al respecto formula la recurrente es enteramente fundamentada».

**VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura || ERROR DE PROHIBICION - Legítima defensa putativa || LEGITIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: concepto || LEGITIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: no se configura || HOMICIDIO AGRAVADO - Se configura**

«[...] el Tribunal consideró que la versión de lo sucedido expuesta por WARB es “coherente y creíble” y concluyó entonces que aquél, al disparar contra RM, obró en “legítima defensa putativa o subjetiva”.

Pues bien, ya quedó explicado que la Corporación, al colegir que las aserciones de RB son creíbles, lo hizo por causa de una serie de errores de hecho por razón de los cuales perdió de vista que, mientras su versión de lo sucedido

es contraria a la prueba técnica recabada en el proceso, la ofrecida por PR encuentra pleno respaldo en esas piezas.

Y es que, además, la narración del enjuiciado es en verdad inverosímil: si FNRM, tras una larga persecución, había ya depuesto su arma y estaba siendo encañonado por dos agentes armados - el procesado y su compañero CM - no aparece como un curso comportamental razonable que haya intentado alcanzar nuevamente su pistola desde el suelo para agredir a sus captores. La probabilidad de éxito de la maniobra sería exigua, máxime si el arma que supuestamente intentó recuperar estaba a más o menos un metro de distancia.

Y si bien al expediente se aportaron las declaraciones de cuatro agentes del D.A.S. que dijeron haber presenciado lo ocurrido y quisieron corroborar las exculpaciones de RB, ningún mérito suasorio puede otorgárseles en tanto, se insiste, aquéllas contravienen la prueba técnica que obra en la actuación.

En conclusión: el testimonio de ÓMPR está revestido de características de credibilidad y encuentra respaldo en las pruebas periciales allegadas al expediente, en concreto, el protocolo de necropsia y el informe balístico previamente aludidos, como también en distintas pruebas testimoniales, conforme quedó explicado en precedencia. En contraste, la versión ofrecida por WARB aparece contraria a lo que enseñan las referidas pruebas técnicas y, por ende, no puede tenerse por cierta.

En esas condiciones, surge diáfano que **el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial al aplicar**, sin tener cabida y como consecuencia de los yerros de hecho ya referidos, **el error indirecto de prohibición** bajo el cual, a su entender, supuestamente obró RB.

Recuérdese que en la **legítima defensa subjetiva o putativa**

*“...el autor supone falsamente que se encuentra en una situación de legítima defensa, yerra acerca de circunstancias, de la agresión, de su injusticia, de su inminencia o actualidad.*

*Y si bien imagina que se encuentra ante una situación que validaría su acción, v. gr., cree que lo están atacando o lo van a atacar, esa suposición no puede ser fantasiosa y alejada totalmente de lo objetivo, sino que ha de ser razonable frente a*

las circunstancias o según las actitudes del supuesto agresor".

Si al momento del impacto, como ya se dijo, RM estaba subyugado y boca abajo, a la vez que rodeado de funcionarios armados, **no existe ningún sustento objetivo atendible para que RB se representase mentalmente una amenaza inminente**. Su conducta es típica del delito de homicidio agravado por el que se le formuló acusación.

Como no se observa, entonces, que WAR haya obrado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad penal, se impone **casar la sentencia para, en su lugar, condenar al nombrado en los términos consignados en la resolución por la cual se calificó el mérito sumarial**».

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procedimiento transitorio en la Sala de Casación Penal cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en sede del recurso extraordinario

«Como la presente providencia supone la **primera condena** emitida contra el enjuiciado, quien fue absuelto en primera y segunda instancia, la misma, conforme las reglas transitorias fijadas en el fallo SP-4883-2018, es suscrita por cinco de los Magistrados integrantes de la Sala.

Frente a tres Magistrados que no participan de esta decisión, el interesado, si así lo quiere, **podrá promover recurso de impugnación especial**, en los mismos términos procesales previstos en la Ley 600 de 2000 para el recurso de apelación».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### 29. TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

***Es competente en primera instancia, para conocer de las actuaciones respecto de Fiscal de Apoyo II de la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz***

Al definir la competencia para conocer de la actuación penal seguida respecto de un Fiscal de Apoyo II de la *Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz*, la Corporación precisó que dicho cargo ostenta la misma categoría que el de *Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito*, por manera que el conocimiento en primera instancia de las actuaciones que se siguen contra tales servidores, por conductas que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal.

**AP4072-2019 (55879) del 17/09/19**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

### TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

- **Competencia:** en primera instancia, para conocer de las actuaciones respecto de fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** Unidad de Investigación y Acusación, los cargos se rigen por la nomenclatura, clasificación y requisitos de la Fiscalía General de la Nación || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** Unidad de Investigación y Acusación, Fiscal de Apoyo II, ostenta la misma categoría que el Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito || **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - Competencia:** en primera instancia, para conocer de las actuaciones respecto de Fiscal de Apoyo II de la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz

«El artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 2, establece que es **competencia de las Salas Penales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial** conocer «[e]n primera instancia, de las actuaciones que se sigan a [...] los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas».



En torno al debate propuesto resulta necesario destacar que según lo indicado en el escrito de acusación, **el hoy procesado, para la fecha de los hechos, laboraba como Fiscal de Apoyo II Adscrito a la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz**, calidad que precisamente originó la controversia en cuanto a su juez natural, razón por la cual resulta imperioso efectuar algunas precisiones relacionadas con la naturaleza de dicho empleo.

Con ese propósito debe indicarse que con sujeción al Parágrafo 2 del artículo 5° transitorio del Acto legislativo 01 de 2017, la Presidenta y el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz dictaron el Acuerdo 003 del 26 de enero de 2018.

El artículo 2° de la citada norma establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de dicha jurisdicción y, concretamente, en lo relacionado con la Unidad de Investigación y Acusación, dispone:

*“Los funcionarios y empleados de la Unidad de Investigación y Acusación y de la Secretaría Ejecutiva se regirán en materia de nomenclatura, clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción y requisitos por lo establecido para los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, precisando que la clasificación se hace frente a los empleos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 017 de 2014, modificado por el Decreto Ley 898 de 2017, y en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.*

Y a través del Acuerdo 003 de 2018 se crea el cargo de Fiscal de Apoyo II, entre otros, el cual de conformidad con lo establecido en el Decreto 266 del 6 de febrero de 2018 -por el cual se fija el régimen salarial y prestacional para los funcionarios y empleados de la Jurisdicción Especial para la Paz-, percibirá la misma remuneración que el Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.

[...] se concluye que **el cargo de Fiscal de Apoyo II Adscrito a la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para La**

**Paz, ostenta la misma categoría de Seccional que el Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito; por consiguiente, el conocimiento de las actuaciones que se sigan contra tales funcionarios, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, corresponde en primera instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, conforme el artículo 34, numeral 2, del Código de Procedimiento Penal.**

Ahora bien, preciso es recordar que tanto en la formulación de imputación, como en el escrito de acusación, se afirmó, por parte del ente acusador, que C.J.B.C. se concertó con otras personas para la comisión de delitos indeterminados contra la administración pública, en cuyo marco exigió la entrega de dinero a cambio de retardar varias órdenes a policía judicial y regresar documentación enviada por una agencia de investigación extranjera, con el propósito de torpedear el trámite de reconocimiento de la garantía de no extradición adelantado ante la Sección de Revisión del Tribunal para La Paz, respecto de S.P.H.S., **actividades relacionadas con sus funciones como Fiscal de Apoyo II**, consignadas en el manual establecido para dicho cargo mediante el Acuerdo 006 de 2018, como se explicó en precedencia.

Bajo esa perspectiva, **la competente para conocer de la actuación, es la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pues, se insiste, las conductas** punibles de concierto para delinquir agravado, cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público atribuidas a C.J.B.C. **las habría realizado en razón de sus funciones como Fiscal de Apoyo II de la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para La Paz**, dentro de las que correspondía *«verificar la aplicación de los procedimientos de cadena de custodia respecto de la policía judicial asignada a los despachos fiscales y realizar seguimiento al cumplimiento de las funciones de policía judicial en desarrollo del programa metodológico»*, entre otras».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

**30. UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS**

*No se configura, cuando no puede predicarse un contexto de explotación sexual*

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS**

*Se configura, cuando se realizan ofrecimientos sexuales a un menor que no haya cumplido tal edad*

**PRESCRIPCIÓN**

**Reglas jurisprudenciales sobre el término a tener en cuenta para su configuración**

En la decisión, a través del cual se casó oficiosamente el fallo impugnado, la Sala mayoritaria tuvo ocasión de *unificar* la interpretación jurisprudencial relativa a las reglas que rigen el fenómeno *prescriptivo*, enfatizando en la diferenciación entre las figuras de *interrupción* y *suspensión*, y delimitando su alcance luego de que se hubiere proferido fallo de segunda instancia. Así mismo, efectuó precisiones fundamentales en torno al delito de *acto sexual violento* y la inexigibilidad de contacto físico entre los sujetos de la conducta, así como respecto de los tipos penales de *actos sexuales con menor de 14 años* y particularmente del atinente a la *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, todo para abordar el bien jurídico en los comportamientos que aluden a la *explotación sexual*, que exigen la constatación de un contexto en tal sentido para su configuración.

**SP4573-2019 (47234) del 24/10/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala unifica la interpretación || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta** a partir de la formulación de la imputación || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta:** evolución jurisprudencial || **PRESCRIPCIÓN - Interrupción del término:** concepto || **PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término:** concepto || **PRESCRIPCIÓN - Interrupción del**

**término:** diferencias con la suspensión || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta:** reglas jurisprudenciales || **PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término:** a partir del fallo de segunda instancia.

**«De la prescripción en la Ley 906 de 2004 luego de proferirse la sentencia de segunda instancia (unificación jurisprudencial). Decisión en el caso y calificación jurídica**

Han sido reiteradas y unánimes las decisiones de la Corte de acuerdo con las cuales el término de prescripción en la Ley 906 de 2004, una vez producida la interrupción con la formulación de la imputación, corresponde (en lo general) a la mitad de la pena máxima fijada en la ley, sin que pueda ser inferior a tres (3) años ni exceder de diez (10).

Lo anterior, conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, en armonía con el artículo 292 del Código de Procedimiento:

*Artículo 83- [Código Penal]. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. [...]*

*Artículo 292- [Ley 906 de 2004]. Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la prescripción.*

*Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.*

Según el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, tal término se suspende con la emisión del fallo de segundo grado:

*Artículo 189-. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.*

**La Sala ha interpretado este artículo de distintas formas.** Por un lado, **la del auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867**, en el cual sostuvo que «el sentido del artículo 189 consiste en que una vez proferida la sentencia de segunda instancia se suspende el término de prescripción, suspensión que no puede ser indefinida al establecerse el plazo máximo de cinco (5) años». Es decir, que el término de la prescripción iniciado a partir de la formulación de la

imputación se detiene durante cinco (5) años (y, luego, seguiría corriendo).

Por otro lado, **la del fallo CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325**, según la cual el artículo 189, al ser interpretado de modo sistemático con el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, establece que *«el término para la extinción de la acción penal una vez proferida la sentencia de segunda instancia fluctuará entre un mínimo de tres (3) años y un máximo de cinco (5) años»*.

Tras examinar nuevamente las tesis y las disposiciones involucradas, **la Sala concluye que la única interpretación al artículo 189 de la Ley 906 de 2004 viable es la contenida en el auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867**.

**Las razones son claras:**

**(i) En el fallo CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325**, la Corte incurrió en el error de asimilar los términos **“suspensión”** e **“interrupción”**.

Esto fue lo que le permitió a la Sala concluir que, a partir del fallo de segundo grado, se interrumpía otra vez el plazo de la prescripción y este volvía a correr de nuevo por la mitad de la pena y un máximo de cinco (5) años, a lo cual le agregaba un mínimo de tres (3) años dada la remisión al artículo 192 del Código Procesal, que regulaba la figura de la interrupción.

El error, sin embargo, es evidente. **No se puede confundir la “interrupción de la prescripción” con la “suspensión” de esta**. La primera expresión implica *«cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo»*; la segunda quiere decir *«detener o diferir por algún tiempo una acción u obra»*. **No había lugar a una interpretación sistemática** entre los artículos 189 y 292 de la Ley 906 de 2004 porque no eran conceptos equivalentes ni semejantes.

En el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, entonces, no se predica un nuevo término de prescripción de la acción penal. Simplemente, como se sostuvo en CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867, que el lapso desde la interrupción por formular la imputación se detiene (o suspende) durante cinco (5) años, situación que a la postre implica (pasados esos cinco -5- años) continuar con dicho lapso.

Y **(ii) la interpretación del auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867**, se soporta en la voluntad del legislador, de acuerdo con la cual debía evitarse que los procesos prescribieran en sede de casación.

[...] En este orden de ideas, **la Corte unifica la jurisprudencia acerca de la prescripción de la acción penal** en el sentido ya declarado en la decisión CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867.

**En todo caso, esta quedará precisada así:**

**(a)** El término de prescripción de la acción penal es, en principio, el señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000. Es decir, corresponde (en términos generales) al máximo de la pena de prisión fijada en la ley, sin que sea inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20), salvo lo dispuesto en las demás disposiciones de dicho artículo.

**(b)** En la Ley 906 de 2004, dicho término se interrumpe con la formulación de la imputación, tal como lo contemplan los artículos 86 de la Ley 599 de 2000 (inciso 1º) y 292 del Código de Procedimiento Penal.

**(c)** Producida dicha interrupción, el término prescriptivo corre de nuevo, según lo prevé el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, por un tiempo equivalente a la mitad del indicado en el artículo 83 del Código Penal, sin que sea inferior a tres (3) años.

**(d)** Este término se suspende (esto es, se detiene) cuando se profiere el fallo de segunda instancia. Dicha suspensión no puede ser superior a los cinco (5) años.

Y **(e)**, ya agotado el tiempo de la suspensión (es decir, los cinco -5- años), el término de la prescripción de la acción que se estaba contando desde la formulación de la imputación se reanuda hasta su vencimiento. Con lo anterior, se **pretende que ninguna conducta punible prescriba en sede de casación**.

**CONSTREÑIMIENTO ILEGAL** - Diferencia con el delito de acto sexual violento || **ACTO SEXUAL VIOLENTO - Configuración:** no exige contacto físico entre los sujetos de la conducta || **ACTO SEXUAL VIOLENTO - Configuración:** mediante contacto y amenazas a través de medio virtual, en red social || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único

«[...] la Sala no puede desconocer que la conducta desde el punto de vista fáctico aquí contemplada en realidad **no se ajustaba a un delito de extorsión ni a uno de constreñimiento ilegal**. Lo que en últimas cometió el acusado fue una conducta de **acto sexual violento** prevista en el



artículo 206 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008:

*Artículo 206-. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.*

En efecto, el núcleo básico de la imputación consistió en exigirle a una joven desnudarse y masturbarse frente a una cámara, a cambio de no divulgar material íntimo que el sujeto agente ya tenía de ella. Es decir, MAPJ perpetró “*en otra persona*” (L, de quince -15- años) un “*acto sexual diverso al acceso carnal*” (grabarla a ella mientras se desnudaba y se tocaba) por medio de la “*violencia*” (de carácter moral: doblegó su voluntad amenazándola con publicar fotos suyas en ropa interior).

Es cierto que en algunos sectores de la doctrina penal **se ha desprendido** de la expresión “*realizar en otra persona acto sexual*”, obrante en dicha norma, **cierta exigencia de contacto físico entre ambos sujetos de la conducta**. Esta postura, sin embargo, **no es acertada**. Es posible efectuar actos sexuales diversos al acceso carnal en otro, mediante la violencia, sin la necesidad de tocarlo. Piénsese, por ejemplo, en el que apunta con un revólver a una persona y le pide desnudarse mientras él se masturba. Nadie dudaría de que el agente realizó un acto sexual sobre el sujeto pasivo, así nunca hayan llegado a tener contacto físico. O lo que pasó en este asunto: **el contacto entre los sujetos era virtual, por vía** de la función de cámara **de una red social**, y no obstante el agente **obligó con amenazas a la víctima** a grabarla en un video de índole pornográfica. El tipo que se configuró fue el del artículo 206 (no el artículo 182 ni el 244) del Código Penal.

La Sala, sin embargo, no irá más allá de esta aclaración. Como se precisó (2.2), la calificación jurídica de la conducta que debe tenerse en cuenta para los efectos de la prescripción es la que aparece en los fallos de instancia y, en este asunto, los jueces consideraron (de manera equivocada) que dicho comportamiento equivalía a un constreñimiento ilegal. Y, aun en el evento de que la conducta no hubiera prescrito, en tanto **recurrente único**, el acusado ostentaría el **derecho a que no se le reformara en perjuicio suyo la sentencia** confirmatoria de segundo grado».

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - No se configura:** por atipicidad, derivada de ausencia de lesividad, cuando no puede predicarse un contexto de explotación sexual respecto de menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años || **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Finalidad del tipo penal:** luchar contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes || **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Contexto de explotación sexual:** coherencia en el ordenamiento interno y el de derecho internacional

«**Tesis de la Sala: si no puede predicarse en una conducta que formalmente se ajuste a la descripción del artículo 219-A del Código Penal un contexto de explotación sexual, la acción será atípica, por ausencia de lesividad, al menos con menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años.**

Las razones de esta postura son las siguientes:

**4.1.** La voluntad expresa del legislador al crear el tipo del artículo 219-A del Código Penal fue “*combatir la explotación sexual de la infancia ligada al turismo sexual*”. Las reformas de las leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009 no variaron dicha intención. Por el contrario, la última disposición la confirmó.

Así se explicó en la exposición de motivos de la Ley 679 de 2001:

[...]

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1236 de 2008 lo único que hizo fue incrementar la pena de prisión (de una de cinco -5- a diez -10- años a otra de diez -10- a catorce -14-) y la de multa, así como la edad para la agravante (de doce -12- a catorce -14- años).

Y, por último, el artículo 4 de la Ley 1329 de 17 de julio de 2009 modificó el tipo penal del artículo 219-A con los fines de **(i)** ampliar «*el alcance de este delito a su autor (cliente o abusador) y a su coautor (proxeneta o intermediario)*», **(ii)** agregar «*los verbos obtener, que implicaría al que*



*demanda el contacto, y ofrecer y facilitar, si se trata de intermediario» y (iii) incluir la telefonía «como medio de comunicación utilizado regularmente por los autores para contactar a sus víctimas».*

Pese a tal expansión en el ámbito de cobertura típica, el legislador en ningún momento abandonó la idea de que dicho comportamiento tuviese objetivo distinto a erradicar la trata de menores, el turismo sexual y la exposición comercial de la infancia a actividades propias de la prostitución o pornografía.

En palabras de la ponencia para el segundo debate (Senado), el fin de tal ley radica en *«luchar contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes»* con la creación de *«herramientas para contrarrestar las nuevas modalidades de abuso y explotación de niños»*, teniendo en cuenta el deber de *«poner al día la legislación colombiana con los convenios, tratados y recomendaciones que internacionalmente gobiernan la materia»*.

**La concurrencia en el tipo del artículo 219-A de un entorno de explotación contra menores**, ya sea en la forma de prostitución infantil, turismo sexual o industria pornográfica ilícita, **guarda coherencia tanto desde una perspectiva del orden jurídico interno como del derecho internacional.**

Por un lado, el tipo de utilización o facilitación de medios de comunicación está localizado en el Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial del Código Penal, que trata acerca *“DE LA EXPLOTACIÓN”* en los delitos sexuales. De ahí que, en principio, la afectación relevante del bien jurídico en tales conductas no podría comprenderse en ámbitos ajenos al constreñimiento o inducción a la prostitución, o la utilización de menores con el fin de prestar servicios sexuales.

Por otro lado, el tipo del artículo 219-A, así como los de los artículos 217-A (demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18- años de edad) y 218 (pornografía con personas menores de dieciocho -18- años) del Código Penal, entre otros, surgieron de la obligación adquirida por parte del Estado de habilitar mecanismos eficaces contra la prostitución infantil y el turismo sexual, como lo reconoció la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009 citada (2.1).

Por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño de 1989 consagró el deber de adoptar *«todas*

*las medidas [...] que sean necesarias para impedir [...] (a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal [...] (b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales [...] (c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos».*

Por su parte, el Convenio 182 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) de 1999 contempló *«la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas»* como manifestaciones de las *«peores formas de trabajo infantil»*.

Y, para finalizar, el Protocolo para reprimir, prevenir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 señaló como variantes del comercio sexual a *«[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación incluso cuando no se recurra a [...] la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra»*.

Por supuesto, aparte de la ubicación del tipo en el código, o de los compromisos adquiridos internacionalmente para la protección de la infancia (criterios que, en todo caso, tienen validez de interpretación), no se puede descartar, solo por esas razones, que la cobertura del tipo fuera más allá de sus fines iniciales o del bien jurídico llamado en un principio a tutelar. Sin embargo, como se verá, cualquier ampliación del tipo en entornos ajenos a la prostitución infantil, turismo sexual, etc., termina por contemplar conductas cotidianas y socialmente permitidas, o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor».

**PRUEBA DOCUMENTAL** - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp): apreciación || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Se configura: cuando se realizan ofrecimientos sexuales a un menor que no haya cumplido tal edad || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - **Elementos:** verbo rector, inducir || **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER**

**ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - No se configura:** por atipicidad, de la acción de solicitar actividades sexuales a una persona con 14 años o más, por fuera del contexto de explotación, sin importar el medio empleado || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Falta de aplicación:** se configura || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Edad del menor:** demostración || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Edad del menor:** conocimiento por parte del sujeto activo || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes || **CASACIÓN OFICIOSA - Variación de la calificación jurídica:** de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, a actos sexuales con menor de 14 años

«[...] el Tribunal confirmó la decisión condenatoria contra MAPJ con base en el artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 por:

(i) Utilizar la **red social Facebook** para solicitarle a J.M. en el 2009, cuando este tenía trece (13) años (valiéndose a su vez del nombre 'P'), y posteriormente, en el segundo semestre de 2011, cuando tenía quince (15) (fingiendo ser una tal 'LF'), actividades de índole sexual (tomarse fotografías desnudo).

Y (ii) usar **Facebook** para pedirle en noviembre de 2011 a S, de trece (13) años, imágenes de ella desnuda (con la cuenta pirateada de JM. o con el nombre de 'L'). A su vez, pasarle a dicha menor fotos de su pene erecto.

El caso (i) debe ser separado en dos (2) partes, aunque las instancias condenaron indistintamente por la realización de dos (2) actos en conjunto. Por un lado, **la acción de pedirle fotos desnudo en el 2009 a JM., cuando solo tenía trece (13) años, configura el delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años, en la modalidad de “inducción a prácticas sexuales”**. Lo trascendente en este asunto es que, por un lado, no se advierte contexto alguno de explotación sexual, y, por el otro, el procesado puso en peligro tanto la formación como el desarrollo sexual de una

persona que, se presume, todavía no tenía capacidad para discernir acerca de esos temas.

Y, por otro lado, **la intención de solicitarle vía Facebook actividades de idéntica índole al menor cuando este ya tenía quince (15) años tiene que reputarse atípica. No se realizó en un trasfondo de prostitución infantil, turismo sexual, etc., y el sujeto pasivo ya gozaba del derecho para decidir libremente acerca de su sexualidad**. Que el agente se hubiera presentado de modo fraudulento al menor no importa para efectos de la configuración del tipo, pues, como se dijo (5.5), la protección de pretensiones sexuales engañosas a quien ya cumplió los catorce (14) años dejó de abordarlo el orden jurídico penal. Tampoco es importante si el autor alcanzó a hacer una oferta de índole sexual, que era lo que cuestionaba el demandante en el segundo cargo.

El caso (ii) se ajusta al tipo de **actos sexuales con menor de catorce (14) años**, ya sea en cuanto a las solicitudes de fotos desnuda que le hizo a S o respecto de las fotografías que le envió el acusado de su miembro viril. En ambas situaciones, se trató de una **“inducción a prácticas sexuales”, por fuera de un entorno de explotación**, a una menor de trece (13) años.

En este orden de ideas, **el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 219-A en lo concerniente a las acciones perpetradas contra los menores JM. y S, a la vez que dejó de aplicar el artículo 209 del Código Penal para esos dos (2) asuntos**, con la aclaración de que la conducta contra J. debía serlo solo por lo acontecido en el 2009 (esto es, por la conversación que sostuvo con 'P' cuando no había cumplido los catorce -14).

6.2. Deberá, entonces, **degradarse la calificación jurídica de las conductas punibles**, y sus respectivas penas, **de dos (2) comportamientos de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años, a dos (2) de actos sexuales con menor de catorce (14) años**. Lo anterior resulta posible por las siguientes razones:

(i) A pesar de cierta imprecisión con la fecha de los hechos, el núcleo básico de la imputación fáctica en la acusación incluye que las víctimas JM. y S tenían menos de catorce (14) años cuando fueron inducidos por MAPJ a realizar

prácticas sexuales. Dichas edades, por lo demás, fueron materia de estipulación en el juicio.

En efecto, la Fiscalía atribuyó desde la audiencia de formulación de acusación que, para la época en que se dieron los hechos, esto es, 2009 y noviembre de 2011, JM. y S. tenían, respectivamente, trece (13) años.

Esto luego fue corroborado durante la etapa del juicio. Las partes estipularon que JM. nació en marzo de 1996 y S., en febrero de 1998. Lo anterior significa que, para el 31 de diciembre de 2009 (fecha en la que a más tardar pudo realizar el acusado las ofertas de connotación sexual usando el nombre de 'P'), JM. ya había cumplido los trece (13) años sin alcanzar los catorce (14). Y que, para noviembre de 2011 (cuando S. fue buscada por el acusado utilizando las cuentas de JM. y 'LF'), ella también tenía menos de catorce (14) años.

**(ii) La nueva calificación se refiere a los mismos hechos que inicialmente fueron imputados en la acusación, así como se trata de un delito menos grave** que el inicialmente comprendido.

En efecto, la imputación fáctica obrante en la acusación comprendía la realización vía **Facebook** de ofrecimientos de carácter sexual a los menores JM. y S.; el primero, de trece (13) años para el 2009; y la segunda, de trece (13) años para el segundo semestre de 2011. Con ello, se calificaron los hechos como dos (2) conductas de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años previstas en el tipo del artículo 219-A del Código Penal.

Con la calificación actual, la conducta desde lo fáctico queda en la práctica idéntica: la realización de ofertas de corte sexual a JM. y S., menores de catorce (14) años de edad. La única diferencia es que el medio utilizado (esto es, la **red social Facebook**) termina por ser irrelevante. El núcleo fáctico, por consiguiente, es el mismo, pero se valora desde lo jurídico como una **“inducción a prácticas sexuales”, variante prevista en el artículo 209 del Código como actos sexuales con menor de catorce (14) años.**

Esta calificación jurídica, por lo demás, es más favorable para los intereses del procesado. De hecho, la Fiscalía, bajo su lógica, debió atribuirle el inciso 2° del artículo 219-A de la Ley 599 de

2000, que incrementaba la pena *“hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años”*. Sin embargo, no lo hizo. Aun así, la pena para cada comportamiento oscilaba de diez (10) a catorce (14) años de prisión y de sesenta (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. En cambio, la sanción por los delitos del artículo 209 del Código Penal es más leve: de nueve (9) a trece (13) años de prisión.

**Y (iii) en el proceso hay medios de prueba suficientes que permiten concluir que MAPJ sí tenía conocimiento de la concreta edad de los sujetos pasivos.**

En efecto, la manera de obrar del procesado consistía en tener conversaciones por **Facebook** con menores, todos ellos estudiantes de un mismo colegio. Desde el 2009, accedió en forma abusiva a una cuenta de correo electrónico enlazada a una de **Facebook** (la de JM.) Lo hacía usando las cuentas pirateadas o simuladas de otras menores ('P', 'N', 'LF'). Las víctimas podían ingresar al contenido de dichas cuentas y ver toda la información contenida en su perfil (edad, fecha de nacimiento, situación sentimental, etc.) De igual manera, el acusado tenía acceso a los datos que tanto JM. como S. habían consignado de ellos mismos, por ejemplo, información que le permitiera advertir que, para la fecha de los hechos, no habían cumplido los catorce (14) años.

Si bien dejar datos como la edad o la fecha de nacimiento en el perfil resulta optativo en **redes sociales** como **Facebook**, y aunque nadie está obligado a plasmar allí hechos ajustados a la realidad, hay indicadores de que la información verdadera obraba en los casos de JM. y S. Por un lado, se trataba de las cuentas con las que interactuaban con sus familiares y amigos del colegio, motivo por el cual no tenían necesidad de mentir u ocultar acerca de sus verdaderas edades. De hecho, la fecha del cumpleaños suele figurar en esos perfiles para ser objeto de felicitaciones y saludos.

Y, por otro lado, hay evidencia de que JM. y S. no se guardaron para sí el año en que nacieron. Por ejemplo, el correo electrónico de S. para noviembre de 2011 (época en la que fue víctima de la inducción por parte del procesado) [...] uno en el cual había anotado su fecha de nacimiento (17 de febrero de 1998). A su vez, el correo electrónico de JM. que fue pirateado en el 2009,



[...] , contenía el año en que nació (1996), así como el nuevo que creó luego del acceso abusivo a su cuenta [...] . MAPJ tuvo acceso a tales datos y se enteró de ellos.

Como si lo anterior fuese poco, el procesado, cada vez que por medio de la suplantación o la creación de una cuenta falsa a nombre de una menor de edad ('P', 'N', 'LF') dialogaba con las víctimas (L, J y S), debía entablar una conversación amistosa, de conocimiento personal, que implicaba preguntar por datos como la edad. Lo anterior se apreciaba la primera vez que 'LF' y JM. tuvieron contacto por Facebook, en septiembre de 2011:

[...]

Si bien no hay constancia de cómo MAPJ inició los diálogos respectivos con JM. en el 2009 y con S en noviembre de 2011 (esto es, cuando los sujetos pasivos tenían trece -13- años), salta a la vista que tal proceder (preguntar por la edad) se ajustaba a su actuar criminal (o *modus operandi*).

**El procesado, por consiguiente, sabía que las víctimas eran menores de catorce (14) años cuando por vía Facebook las quiso inducir a prácticas sexuales».**

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

## Inicio

### **31. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**

***Cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación***

Al casar oficiosamente el fallo del Tribunal, para suprimir la circunstancia de agravación del delito de *violencia intrafamiliar*, consistente en que la conducta recaiga sobre una *mujer*, la Sala aclaró el precedente sobre la materia, en el sentido de precisar que el incremento punitivo no es aplicable si no se acredita que el sujeto activo hubiera realizado el comportamiento en un contexto de *discriminación, dominación o subyugación* de la víctima, teniendo en consideración que el tipo penal posee como *bien jurídico tutelado*, adicional al de la *familia*, el de *igualdad* y la inherente *prohibición de discriminación* por razón del sexo o identidad de *género*.

**SP4135-2019 (52394) del 01/10/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, cuando el sujeto pasivo es una mujer || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, se extiende a eventos en que el sujeto pasivo es un niño, un anciano, una persona discapacitada e, incluso, un hombre || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer || ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** formas || **ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto:** utilidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** utilidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, en eventos de agresiones mutuas

**«La importancia del contexto en los delitos de violencia intrafamiliar**

La actuación judicial que debe adelantarse frente al delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, implica auscultar las dinámicas propias de cada familia, a efectos de establecer la forma como se interrelacionan sus integrantes, lo que constituye el ineludible telón de fondo de los episodios de agresión. Esta premisa adquiere mayor relevancia en un escenario de transformación y ampliación de los modelos familiares, dado que, en la actualidad, se reconocen y protegen las familias formadas por personas del mismo sexo y se acepta que estas *“células sociales”* pueden tener múltiples formas.

Aunque es una realidad inocultable que las mujeres han sido las víctimas más frecuentes de



la violencia doméstica, lo que se inserta en una cultura machista acuñada a lo largo de los años, no puede perderse de vista que las relaciones de poder, las dinámicas de subyugación y el aprovechamiento de las condiciones de indefensión de algunos integrantes del núcleo familiar van mucho más allá de las típicas relaciones de poder entre hombres y mujeres, tal y como se reconoce y regula en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, que será analizado en el próximo acápite.

Bajo este entendido, y como quiera que la Sala debe pronunciarse acerca de la **violencia ejercida sobre una mujer**, se hará énfasis en la **importancia del contexto en la investigación y juzgamiento del delito de violencia intrafamiliar** cuando el sujeto pasivo pertenece a ese grupo poblacional, pero debe asumirse que ese tipo de indagación **es igualmente relevante cuando el sujeto pasivo es un niño, un anciano, una persona discapacitada e, incluso, en los casos donde el hombre** es quien se encuentra en estado de indefensión. Este tema será retomado en el próximo numeral.

La Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades a la obligación de abordar con **enfoque o perspectiva de género** los procesos judiciales atinentes o asociados a la violencia física, psicológica, económica o de cualquier otra índole, ejercida en contra de las mujeres dentro o fuera del ámbito familiar. Ha resaltado que esta obligación debe superar el plano nominal o formal, pues su relevancia práctica depende de las acciones concretas que se realicen para cumplir el objetivo de erradicar todas las expresiones de violencia de género, que constituye el propósito central de varios tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

[...] Como ineludible punto de partida, se tiene que históricamente las mujeres han sido víctimas de dominación, subordinación y discriminación, y que esa situación de desigualdad se manifiesta en las agresiones de las que suelen ser víctimas, lo que hace parte de un fenómeno de violencia estructural, que debe ser erradicado.

La Corte también se ha referido a las **múltiples formas de violencia a que son sometidas las mujeres**. A la par de las agresiones físicas, naturalmente reprochables, coexisten la violencia psicológica y económica, que suelen generar un daño tan grave como silencioso y que,

por tanto, deben ser enfrentadas con determinación por el Estado [...].

[...] En el ámbito penal, el **abordaje de los casos con un enfoque de género implica**, entre otras cosas, **la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular**, toda vez que: **(i)** es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; **(ii)** permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; **(iii)** facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; **(iv)** brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y **(v)** fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.

Sumado a lo anterior, **la determinación de los contextos que rodean los episodios de violencia resulta útil para:** **(i)** establecer si otras personas han resultado afectadas con la acción violenta, como suele suceder con los niños que son expuestos a las agresiones perpetradas por sus padres; **(ii)** determinar el nivel de afectación del bien jurídico y, en general, la relevancia penal de la conducta; y **(iii)** finalmente, porque solo a partir de decisiones que correspondan a la realidad, en toda su dimensión, es posible generar los cambios sociales necesarios para la erradicación del flagelo de violencia contra las mujeres, en general, y la violencia intrafamiliar, en particular.

**En los casos de agresiones mutuas** (que es la hipótesis aceptada por el Tribunal en el presente caso), **la determinación del contexto resulta fundamental** para establecer si la acción violenta de la mujer constituyó una reacción o mecanismo de defensa frente a las agresiones sistemáticas a que había sido sometida, o si, por el contrario, constituye un comportamiento injustificado, que incluso puede ser relevante desde la perspectiva penal, sin que pueda descartarse la coexistencia de conductas violentas atribuibles a los integrantes de la pareja, que eventualmente puedan conducir a la penalización de cada uno de ellos. Lo anterior a título simplemente enunciativo, porque es claro que, en la práctica,

pueden presentarse situaciones diferentes, lo que implica que cada caso deba ser abordado según sus particularidades».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, constituye una herramienta idónea para proteger el derecho a la igualdad y hacer efectiva la prohibición expresa de discriminarla || **FEMINICIDIO - Elementos:** ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprima por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, para establecer si se trata de violencia de género || **FEMINICIDIO - Configuración:** la mayor sanción prevista no opera automáticamente por la simple constatación de que la víctima sea una mujer || **FEMINICIDIO - Bien jurídico tutelado:** adicional a la vida, lo constituye la igualdad y prohibición de discriminación por razón del sexo o identidad de género || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** adicional, lo constituye la igualdad y prohibición de discriminación por razón del sexo o identidad de género

**«La igualdad y la consecuente prohibición de discriminación por razón del sexo o por la identidad de género, como un bien jurídico adicional en los delitos de feminicidio y de violencia intrafamiliar**

Según se acaba de indicar, **la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, en lo que concierne a la mujer como sujeto pasivo de la violencia doméstica, está orientada a garantizar la igualdad, a combatir la discriminación en razón del sexo y a erradicar la violencia ejercida contra este sector de la población.**

En la misma línea, en la Ley 1761 de 2015 se creó el delito de **feminicidio** (Art. 104 A del Código Penal). En la sentencia C-297 de 2016 la Corte Constitucional analizó los elementos estructurales de este delito, al conocer la demanda presentada en contra del literal e del artículo 2° de la ley en mención. En esa oportunidad, el alto tribunal estableció parámetros importantes para comprender el sentido y alcance de esta disposición, que pueden resultar útiles para dilucidar los presupuestos de la circunstancia de agravación prevista en el

inciso segundo del artículo 229 ídem. Por su importancia para el asunto que ocupa la atención de la Sala, cabe resaltar los siguientes: **(i) además de la protección de la vida, con la consagración de este delito se pretende salvaguardar la igualdad y hacer efectiva la prohibición de discriminación; (ii) no todo acto de agresión en contra de una mujer puede catalogarse como violencia de género; y (iii)** en estos casos, **la investigación del contexto** en el que ocurre la conducta resulta determinante para establecer si el sujeto atacó a su víctima por el hecho de ser mujer.

[...] Para los fines de esta decisión, debe resaltarse el énfasis que hace la Corte Constitucional en la importancia de la determinación del contexto en el que ocurre la conducta, como presupuesto ineludible para precisar si se trata o no de violencia de género. De hecho, se hace hincapié en que el contenido del literal e del artículo 2° de la Ley 1761 de 2015 apunta a ese propósito, en cuanto consagra aspectos contextuales que pueden resultar útiles para inferir el **dolo específico** consagrado en esta norma y que, precisamente, permite diferenciar el feminicidio del homicidio previsto en los artículos 103 y siguientes del Código Penal.

El hecho de que **la mayor sanción prevista para el feminicidio** -si se le compara con la reglamentación del homicidio- **no opere automáticamente por la simple constatación de que la víctima sea una mujer**, es relevante desde diferentes puntos de vista. Desde la perspectiva del sujeto activo, implica que **la mayor penalización se justifica por la necesidad de proteger, además de la vida, la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación**, lo que, en buena medida, explica la **proporcionalidad** de la respuesta **punitiva**. A la luz de los derechos de la víctima, cabe destacar el esclarecimiento de la verdad, la justa retribución, la reparación de los perjuicios y la garantía de no repetición, para lo que resulta determinante establecer los motivos de la agresión, puntualmente, si la misma es expresión de la violencia estructural que históricamente ha sido ejercida sobre las mujeres. Y, finalmente, el interés de la sociedad en que el flagelo de la violencia de género -en este caso la ejercida sobre las mujeres- se visibilice, pues ello constituye el punto de partida para las transformaciones orientadas a la igualdad material. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, estas conclusiones le son aplicables a la circunstancia

de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, presupuestos para su aplicación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, su aplicación está supeditada a la demostración de que la conducta es producto de la discriminación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, no incluye un elemento subjetivo especial como el del feminicidio || **PENA - Principio de proporcionalidad** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando el sujeto pasivo sea mayor de 65 años, requiere constatar la existencia de una relación de desigualdad que justifique el incremento punitivo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae respecto de quien se encuentre en estado de indefensión || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** puede darse entre parejas del mismo sexo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** puede darse entre mujeres, cuando conforman una familia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:** sujeto pasivo, puede recaer sobre un hombre, cuando se encuentra en estado de indefensión || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** constituye una obligación de la Fiscalía, para establecer la viabilidad de una sanción mayor y verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género

**«Los presupuestos para que opere la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal**

Se trata de un tema controversial, que debe analizarse con cuidado, en orden a mantener un punto de equilibrio entre los intereses en juego.

[...] esta Sala considera que en el ordenamiento jurídico colombiano **la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género, en la medida en que sea**

**producto de la discriminación de las mujeres,** del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada.

En primer término, debe aclararse que **el legislador no incluyó un elemento subjetivo específico para la concurrencia de esta circunstancia de agravación punitiva, como sí lo hizo al regular el delito de feminicidio.** Sin embargo, no debe perderse de vista que **el incremento punitivo** allí dispuesto, considerable por demás, **se justifica como mecanismo de protección de la igualdad,** lo que, en este contexto, se traduce en hacer efectiva la prohibición de discriminación por la condición de mujer.

En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas en virtud de la aplicación de circunstancias de agravación. Por ejemplo, ha resaltado que para aplicar el agravante consagrado en el artículo 365 del Código Penal (numeral 1º), debe demostrarse, en cada caso, que la utilización del medio motorizado implicó un mayor riesgo para la seguridad pública (CSJSP, 12 mayo 2012, Rad. 32173, entre muchas otras). Ello se ajusta al amplio desarrollo realizado por la Corte Constitucional acerca del **principio de proporcionalidad** y de la protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal (C-297 de 2016, entre muchas otras). Lo anterior, sin perjuicio de las implicaciones de la presunción de inocencia, entre las que sobresale la carga para el Estado de demostrar los presupuestos de la sanción penal.

En armonía con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la agresión entre parientes, cuando no incluye expresiones de discriminación como los analizados en precedencia, tiene una respuesta punitiva ejemplarizante, representada en la pena de prisión de 4 a 8 años, sin perjuicio de las restricciones en materia de subrogados. Tampoco puede pasar desapercibido que el inciso segundo del artículo 229 dispone el incremento de la mitad a las tres cuartas partes de la pena, lo que, a simple vista, pone de presente la gravedad de la sanción.

Asimismo, debe considerarse que en el inciso segundo del artículo 229 se incluyeron diversos presupuestos que justifican el incremento punitivo objeto de análisis. La Sala advierte que



la aplicación razonable de esa circunstancia de mayor punibilidad le impone al Estado múltiples obligaciones, según la distribución constitucional y legal de funciones. Así, por ejemplo, **cuando el sujeto pasivo sea mayor de 65 años**, la Fiscalía, al estructurar su teoría del caso, y el juez, al dictar la sentencia, **deben constatar la existencia de una relación de desigualdad que justifique el incremento punitivo**, ya que es posible que la misma realmente no exista, por las características físicas, la edad, el estado de salud o cualquier otro aspecto relevante de los integrantes del núcleo familiar. Lo anterior se acentúa cuando los hechos deban subsumirse en la fórmula más amplia que utilizó el legislador en la última parte de la norma (*“o quien se encuentre en estado de indefensión”*), lo que, en su conjunto, permite entender por qué en los debates al interior del Congreso se hizo énfasis en que *“se entrega a manos del intérprete y del juzgador las notas concretas que indiquen el grado de indefensión o las condiciones de indefensión del caso concreto”*.

En el mismo sentido, no puede pasar inadvertido que **la violencia intrafamiliar puede operar entre parejas del mismo sexo** (C-029 de 2009), o **entre mujeres que**, por otras razones, **conformen una familia** (hermanas, madre e hija, etcétera), razón de más para concluir que, en cada caso, debe establecerse si existen relaciones de desigualdad, sometimiento o discriminación, que justifiquen la imposición de una pena mayor, lo que, por expresa disposición legislativa, **también puede tener lugar cuando la conducta recae sobre un hombre, siempre y cuando se demuestre que este se encontraba en “estado de indefensión”**.

Igualmente, debe considerarse que la aplicación automática de la circunstancia de mayor punibilidad también conspira contra la idea de erradicar la discriminación de que suelen ser víctimas las mujeres, pues liberaría al Estado de investigar los contextos de violencia, lo que, finalmente, impediría que el fenómeno se visibilice y, por tanto, sea erradicado.

Por estas razones, **la Sala concluye lo siguiente:** **(i)** el legislador no consagró un elemento subjetivo especial para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, como sí lo hizo para el delito de feminicidio; **(ii)** tal y como sucede con la consagración de este delito -104 A del Código Penal-, dicha causal de

agravación constituye otra de las medidas orientadas a erradicar la discriminación y la violencia estructural ejercida sobre las mujeres; **(iii)** este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; **(iv)** de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico; y **(v)** ello se traduce en la obligación que tiene la Fiscalía de indagar por dicho contexto, no solo para establecer la viabilidad de una sanción mayor, sino, además, para verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** constituye una obligación de la Fiscalía, para establecer la viabilidad de una sanción mayor y verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** incumplimiento de este deber, no se traduce automáticamente en la imposibilidad de emitir una condena || **IN DUBIO PRO REO - No se vulnera** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura**

**«La Fiscalía no abordó este caso con enfoque de género**, lo que se tradujo en la imposibilidad de establecer si FCBM efectivamente fue sometida a violencia física, psicológica y sexual durante varios años, y si sus dos hijas resultaron afectadas con esos hechos. Por la forma como el ente acusador estructuró su teoría del caso, el debate se redujo a los hechos ocurridos el 9 de julio de 2009.

A pesar de esta omisión, pudo acreditarse que en esa fecha el procesado agredió a su esposa y le causó las lesiones ya conocidas, lo que constituye el delito de **violencia intrafamiliar**, previsto en el artículo 229 del Código Penal.

Está igualmente claro que la sentencia condenatoria no se fundamenta en la mayor credibilidad que, a priori, deba otorgársele a la versión de la víctima por su género o por la calidad en la que comparece al proceso. En este caso se privilegió su relato sobre el del procesado, por los factores internos de credibilidad y por el



respaldo que encuentra en las otras pruebas practicadas durante el juicio oral.

[...] existiendo elementos de juicio suficientes para concluir que la denunciante efectivamente fue maltratada por su esposo en esa oportunidad, encuentra la Sala que la duda razonable que invoca el censor no fue debidamente sustentada (CSJSP, 12 oct. 2016, Rad. 37175, entre otras).

[...] Por tanto, no se casará el fallo impugnado por las razones expuestas por el demandante».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:**

cuando recae sobre mujer por razón del género || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** Variación ||

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:**

cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación ||

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico**

**tutelado:** adicional, lo constituye la igualdad y prohibición de discriminación por razón del sexo o identidad de género || **VIOLENCIA**

**INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, evento en que no se configura la circunstancia de mayor punibilidad || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY**

**SUSTANCIAL - Se configura || CASACIÓN**

**OFICIOSA - Principio de legalidad ||**

**CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación**

**punitiva || DOBLE CONFORMIDAD -** Eventos en que el principio se entiende garantizado

«Al establecer la premisa fáctica de la condena el Tribunal se limitó a relacionar los hechos ocurridos la noche del 9 de julio de 2009. En la misma lógica, al analizar las pruebas dijo expresamente que no se ocuparía de otros episodios de violencia relacionados por la víctima, el procesado y los testigos, porque los mismos no fueron objeto de acusación.

Bajo esa lógica, al estudiar la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, hizo hincapié en que para ello resulta suficiente con demostrar la calidad del sujeto pasivo (niño, mujer, persona mayor de 65 años, etcétera). Para tales efectos, trajo a colación lo expuesto por esta Corporación en la decisión CSJSP, 7 jun. 2017, Rad. 48047, analizada en precedencia.

**A la luz de ese precedente, para ese momento era razonable concluir que había lugar a la mayor penalización, por el simple hecho de**

**haberse demostrado que la conducta recayó sobre una mujer**, a pesar de que la precaria actividad investigativa de la Fiscalía y la forma como estructuró su teoría del caso impidieron establecer si [...] existía una relación de subyugación, si ese comportamiento se ajusta a la pauta cultural que gira en torno a la idea de la inferioridad o sumisión de la mujer respecto del hombre, o si, en términos generales, constituyó un acto de discriminación en razón del sexo de la víctima, pues solo se acreditó que la relación estaba deteriorada, al punto que la sociedad conyugal estaba disuelta y el trámite de divorcio era inminente, sin que haya sido posible establecer las causas de dicha situación, pues ambos se atribuyeron la responsabilidad al endilgarse mutuamente conductas anteriores que no fueron demostradas durante el juicio. Incluso, ni siquiera se demostró suficientemente el contenido del ya referido poder, que se ventiló como posible detonante de la conducta agresiva por la que el procesado es llamado a responder penalmente.

**Ante las aclaraciones hechas en el numeral 6.2.3 acerca de la interpretación de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal**, es claro que la misma **fue indebidamente aplicada** en este caso, **porque para ello no basta con demostrar que la conducta recayó sobre una mujer, sino que, además, resulta imperioso constatar la necesidad de proteger un bien jurídico adicional -a la familia-, en este caso consistente en la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación.**

En consecuencia, **como está demostrada la violación directa de la ley sustancial, la Sala casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado**, en orden a declarar que la condena procede por el delito de violencia intrafamiliar, sin la referida circunstancia de agravación.

Sobre la tasación de la pena, la misma será reducida a cuatro años de prisión, habida cuenta de que el Tribunal consideró procedente la aplicación del mínimo previsto por el legislador, por razones que no admiten discusión. En la misma proporción se disminuirá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Se mantendrá incólume lo resuelto sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por las mismas razones

expuestas por el fallador de segunda instancia, toda vez que, en efecto, el artículo 68 A del Código Penal prohíbe expresamente estos beneficios frente al delito de violencia intrafamiliar.

Finalmente, la Sala considera que el estudio de los fundamentos fácticos y jurídicos de la condena es suficiente para garantizar el derecho a la **dobles conformidad**».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

**Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez**  
**Relator**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)  
Teléfono: 5622000 ext. 9317  
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

