



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Primer trimestre 2020

Abril a Junio de 2020

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://consulta.jurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

ÍNDICE TEMÁTICO

1. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de prohibición:	3
2. ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse	6
3. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujetos destinatarios	7
4. CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Se configura	15
5. DOBLE CONFORMIDAD - Debido proceso	21
6. DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de apelación	24
7. DOBLE INSTANCIA - Garantía del debido proceso	25
8. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES	29
9. EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Pruebas	29
10. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - Se configura	31
11. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura	35
12. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura	41
13. HABEAS CORPUS - Procedencia	44
14. NON BIS IN IDEM - Alcance y significado	46
15. NULIDAD - Debido proceso	51
16. PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia	57
17. PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Aplicación	62
18. PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Competencia	64
19. PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Marco de punibilidad	65
20. PROVIDENCIAS - Revocatoria	67
21. RECURSO DE QUEJA - Sustentación	69

22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Recurso de apelación</i> _____	70
23. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - <i>Procedencia</i> ____	72
24. TENTATIVA - <i>Configuración</i> _____	78





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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Primer trimestre 2020

Abril a Junio de 2020

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://consulta.jurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Inicio

1. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS – ERROR DE PROHIBICIÓN: *Evento en que el sujeto activo obró con la convicción errada e invencible de que el trato sexual consentido con la menor no era punible, por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y el abuso*

La Sala decidió *casar* la sentencia condenatoria impugnada, y restablecer la absolutoria de primera instancia, frente al delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, tras advertir configurados los *falsos juicios de identidad* alegados por el recurrente, que impidieron al fallador de segundo grado reconocer que se encontraba acreditada la causal excluyente de responsabilidad penal, referida al *error de prohibición directo invencible*. En este sentido, luego de aludir a las pruebas incorporadas en el juicio, concluyó que, en este caso concreto, el sujeto activo obró con la convicción errada e invencible de que el trato sexual consentido por la menor de catorce años, no resultaba punible, por estar fundado en el amor, y no en la violencia, el engaño o el abuso.

SP921-2020 (50889) 06/05/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ERROR DE PROHIBICIÓN – Bajo la teoría de la culpabilidad estricta || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** excluye la culpabilidad || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo vencible:** reprocha el comportamiento a

título de culpabilidad disminuida || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo vencible:** mantiene la imputación dolosa pero atenúa la pena por mandato legal || **CULPABILIDAD - Configuración:** en la teoría estricta, basta que el sujeto activo haya tenido la oportunidad de actualizar, de manera razonable, el conocimiento de lo injusto de su conducta || **ERROR DE PROHIBICIÓN – Directo o abstracto:** se configura, cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito || **ERROR DE PROHIBICIÓN – Directo invencible:** se configura, por falta de conciencia de la antijuridicidad || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Se configura**

«Falso juicio de identidad.

Según el recurrente, los errores de hecho originados en la mutilación, cercenamiento y distorsión de la prueba practicada en el juicio oral, llevó al Tribunal a dejar de aplicar el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal que contempla el **error de prohibición**.

[...] El Código Penal al prever en el numeral 11 del artículo 32 el error de prohibición, acoge en su solución la teoría de la **“culpabilidad estricta”**, para la cual **la invencibilidad del error excluye la culpabilidad**, mientras su **vencibilidad** reprocha el comportamiento a título de **culpabilidad disminuida**.

“Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000”.

De acuerdo con ella, el error de prohibición deja indemne el dolo que integra el tipo penal, al recaer sobre la conciencia de la antijuridicidad. De tal modo, **la falta de conocimiento del injusto impone la absolución del autor por el**

hecho doloso; si la misma podía ser superada, subsiste la responsabilidad penal, siendo el sujeto pasible de **pena atenuada**.

Ahora bien, en correspondencia con la citada teoría tal conocimiento, como elemento de la culpabilidad normativa, es potencial. Para el estatuto punitivo, en esa misma línea, existe cuando la persona tiene *“la oportunidad, en términos razonables”* de actualizarlo.

De este modo, si la persona se representa como posible el carácter injusto de su acción, no obstante lo cual la realiza, actuará con conciencia actual de su antijuridicidad, en cuyo caso, analizar si podía superar el error resulta irrelevante porque ha actuado bajo ese conocimiento.

Así mismo, el **error de prohibición directo o “abstracto”**, se estructura cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito, porque ignora la existencia de la prohibición o supone que la norma no rige, es inaplicable por ser contraria a la Constitución Política, o ha sido derogada.

Siendo el error predicable del sujeto que actúa en esa situación, en orden a determinar si la conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento le era conocida, corresponde valorar sus cualidades, aptitudes y conocimientos personales.

Bajo los presupuestos anteriores, **el casacionista tiene razón**. Con independencia de la confusión del juez a quo al absolver al acusado bajo la hipótesis de la vencibilidad del error de prohibición, la cual por el contrario lo obligaba a imponer la mitad de la pena con estricta sujeción a lo previsto en el numeral 11 del artículo 32, y a la referencia indistinta al error de tipo, la prueba enseña que CCCP **no tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta**, razón por la cual el ad quem yerra al revocar el fallo absolutorio para condenarlo.»

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Presunción de incapacidad del menor: presunción de derecho, no elimina el error de prohibición como causal excluyente de responsabilidad || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Presunción de incapacidad del menor:** presunción de derecho, establecida a favor del menor y no en perjuicio del autor || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Configuración:** Excluye la responsabilidad penal || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Configuración:** se debe estudiar en cada caso en concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo**

invencible: no se excluye por la condición de estudiante || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** no se excluye por el grado de instrucción || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de prohibición:** se predica del sujeto activo de la conducta y no del sujeto pasivo || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** eximente de responsabilidad por el hecho típico y antijurídico || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de prohibición:** evento en que el sujeto activo obró con la convicción errada e invencible de que el trato sexual consentido con la menor no era punible, por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y el abuso || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** se configura || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por supresión:** se configura || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación:** se configura || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura || CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la de carácter condenatorio proferida por el Tribunal y restablece la absolutoria de primera instancia

«En principio, **la presunción iuris et iure en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal**. La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente.

En este sentido, **que el consentimiento del menor de 14 años carezca de eficacia jurídica**, haciendo en principio punible el acceso carnal tenido con él, **no implica que su autor sea culpable. La presunción de derecho establecida a su favor y no en perjuicio del autor, no impide que éste aduzca haber obrado bajo un error invencible de prohibición**, cuyo reconocimiento excluye la responsabilidad penal.

Por esta razón, **en cada caso particular y concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral**, corresponde establecer la existencia del error bajo el cual obró y su invencibilidad, siempre que haya sido insinuada por él y alegada a su favor.

En el proceso quedó establecido que CCC y la joven M. de M.M.S, ambos estudiantes en la época de los hechos, se hicieron novios y durante esa relación sentimental, mantuvieron trato sexual cuando ella aún no había cumplido los 14 años de edad. También que la madre del acusado advirtió a la de la menor, sobre la existencia de dicha relación ocultada por la pareja.

Sobre tales hechos, el Tribunal sustenta la sentencia. De los testimonios de M. de M.M.S, de MAG y del inculpado, apreciados en su integralidad como lo pide el recurrente, se advierte que CP actuó en situación de error invencible que le impidió comprender la ilicitud de su conducta, bajo su convencimiento de que el trato sexual consentido por la menor y producto de la relación amorosa y estable que mantenían era permitido, y por tanto, no punible.

[...] Luego, el objeto de controversia se centra en determinar si el juicio del inculpado, de acuerdo con el cual, el trato sexual producto de la relación amorosa es lícito o no. En este sentido, para él, es punible únicamente el que no está sustentado en el afecto, porque en estas condiciones su anuencia carece de eficacia.

En este asunto, no deja de ser relevante la inexperiencia del acusado en la vida sexual. Sugiere la idea que tenía para la época de los hechos o aún tiene, de que el trato sexual es posible cuando existe una relación afectuosa, en tanto su iniciación coincide con el noviazgo con la joven. Que dicha visión no corresponda con la de otros, no la hace descartable.

Es cierto que en el mundo moderno y la sociedad de hoy, la tecnología posibilita en mayor grado el conocimiento y el acceso a la información del hombre común. También las campañas oficiales en los medios de comunicación y las noticias relacionadas con los atentados sexuales y los delitos que suelen cometerse, permite la ilustración de las personas, y por tanto, le posibilitan distinguir entre lo lícito y lo ilícito.

Sin embargo, no siempre es así. Algunos, dadas las limitaciones económicas, las ocupaciones u otras razones, carecen de la oportunidad o tienen dificultad para acceder a los recursos tecnológicos, informáticos o de comunicación que les permita el conocimiento en el sentido señalado por el Tribunal. La probabilidad que ocurra, a pesar de la facilidad para acceder al conocimiento y la información, explica la consagración legal de la disculpante de la responsabilidad penal.

Para la Sala no pasa inadvertido que la escolaridad y el grado de educación, puedan mostrar que los estudiantes en razón de ella tengan la capacidad de distinguir entre lo que es delito y no lo es. Distinción que, desde luego, también dependerá de las condiciones personales, familiares, sociales y culturales de cada uno de ellos.

En el plenario lo único cierto es que el implicado adelantaba último año de educación media vocacional, sin existir elementos de juicio

demostrativos de que sus estudios le hayan proporcionado la “suficiente formación” sobre la sexualidad, sus aspectos y delitos, a partir de los cuales se establezca la “capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito” en esa materia en particular, como lo afirma el ad quem.

De tiempo atrás en los centros educativos se imparte educación sexual como parte del programa de formación de los estudiantes, pero en el juicio se ignora si la suministrada al acusado en el establecimiento en el cual adelantaba sus estudios, además de comprender las generalidades del comportamiento y vida sexual del ser humano, contemplaba la ilustración o información de las conductas que desde el ámbito del derecho penal son punibles.

Adicionalmente, no puede desconocerse que la educación media vocacional, no siempre ofrece a sus estudiantes los instrumentos y los recursos que les permita la formación integral en temas de sexualidad, en el sentido y alcance fijados en la sentencia impugnada. Por lo general, en ella la educación sexual impartida, se limita hacia la prevención y los medios que hagan posible su ejercicio responsable, con la finalidad de evitar consecuencias indeseadas.

Además, **la condición de estudiante no excluye el error y su invencibilidad**, toda vez que **la posibilidad de actualizar el conocimiento depende de la situación personal del autor en el caso concreto y no necesariamente de su grado de instrucción.**

De otro lado, el hecho de que a MAC, le pareciera normal la relación de su hijo con la menor, cuando este le contó de su noviazgo con M del M.M.S, al limitarse a pedirle que no olvidara sus estudios en vez de prevenirlo sobre las consecuencias de tener trato sexual con la joven o aconsejarlo que la terminara, contribuyó a que en el acusado persistiera **la creencia errónea de estar obrando conforme a derecho.**

También la explica, que el noviazgo de M del M.M.S y el acusado terminara, cuando la progenitora de la menor fue advertida por la madre de este sobre dicha relación afectiva, y no porque alguno de los dos hubiera advertido que el trato sexual que mantenían era punible. Hasta ese momento, el entendimiento de CP no era distinto al de estimarlo lícito por ser fruto del amor, afecto que en su sentir legitimaba el consentimiento de ella.

Los anteriores hechos relevantes en la configuración del error, a los cuales la sentencia les otorga otro alcance a partir de la prueba cuestionada, muestran que **el estudiante, por causas razonables, no tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento potencial del**

injusto por el cual fue condenado en segunda instancia.

En este sentido, el error no es controvertido por el relato de la menor al psiquiatra forense [...]. En él, M del M.M.S revela las posibles consecuencias penales para su novio, en razón de su edad.

Sin embargo, este conocimiento no es el constitutivo de la excluyente de la culpabilidad. Estaría relacionado con la invalidez del consentimiento de la menor. Para el acusado, por el contrario, la relación amorosa lo hacía eficaz.

Y para negar el error, también se aduce que mientras la pareja buscaba la soledad para sus encuentros sexuales, el inculpado ocultaba el noviazgo a la progenitora de la menor, pero no a sus padres. Primero, es obvio que las relaciones íntimas no se mantienen a la vista de las personas como tampoco se publicitan; segundo, las sentimentales pueden oficializarse o no, existiendo diversas razones para esconderlas.

Finalmente, la aseveración del tribunal, conforme con la cual *“pese a su edad –menor-, sí era consciente de las consecuencias del acto desplegado sobre ella por parte de su enamorado, al punto que trató de quitarse la vida por un posible encerramiento carcelario”*, revela el comportamiento asumido por M del M.M.S y no el del novio, olvidando que **el error se predica de él** y no de la joven.

Conforme con lo visto, CP estudiante de último grado, proveniente de un hogar humilde, inexperto en su vida sexual, mantuvo durante el noviazgo con M del M.M.S trato sexual, cuando la joven aún era menor de catorce años.

Para él, el trato sexual fundado en el afecto, otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja. Creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad. **Error invencible disculpante de su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, e insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor**, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad.

En tales condiciones, la relación de noviazgo establecida con la menor y la ausencia de prueba que permita entrever la posibilidad de conocer el injusto, a pesar de sus estudios, constituyen las causas razonables que **lo llevaron a creer que el trato sexual consentido con la menor no era punible por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y el abuso.**

Como quiera que **el Tribunal le fijara un alcance distinto a la prueba u omitió aspectos relevantes de la mencionada en el libelo, el cargo prospera.**

En consecuencia, **la Sala casa la sentencia y, en su lugar, deja en firme el fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se absuelve al implicado de los delitos imputados en la acusación.**

Por consiguiente, se dispondrá la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación.»

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

2. ACCIÓN DE REVISIÓN - CUANDO LA SENTENCIA CONDENATORIA SE PROFIRIÓ EN PROCESO QUE NO PODÍA INICIARSE O PROSEGUIRSE:

Eventos en que es viable la invocación de esta causal

La Sala *inadmitió* la *demanda de revisión*, por advertir que el peticionario no cumplió con la debida postulación de las causales que invocó, que pudiesen comportar la remoción de la cosa juzgada. Entre otras, se refirió a aquella consistente en que la sentencia se profiriera en proceso que no podía iniciarse o proseguirse, para lo cual precisó los eventos en que resulta procedente, así como sus efectos, advirtiendo

que en el caso particular no confluía, pues esta especial acción no fue estatuida para dirimir situaciones presuntamente constitutivas de nulidad o discusiones propias del recurso de casación.

AP130-2020(49302) del 22/01/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse: eventos en que es viable la invocación de esta causal || **ACCIÓN DE**

REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse: efectos cuando se declara fundada la causal || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Causales:** no está prevista la afectación al debido proceso || **ACCIÓN DE REVISIÓN -** No fue estatuida para dirimir situaciones presuntamente constitutivas de nulidad || **ACCIÓN DE REVISIÓN -** No es para debatir nuevamente el procedimiento || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse:** no se configura

«En punto a la causal segunda de revisión, díjase que **su invocación resulta viable cuando se ha establecido que el fallo no ha debido proferirse porque i)** el Estado no podía emprender el ejercicio del ius puniendi o **ii)** no era factible proseguir con éste, ante la configuración de algunos de los eventos contemplados en el artículo 82 de la Ley 599 de 2000; verbigracia, prescripción, desistimiento, falta de querrela o petición válidamente formulada, indemnización integral, conciliación, amnistía propia, indulto, o cualquier otro motivo legalmente previsto para la extinción de la acción penal.

La demostración de cualquiera de tales fenómenos, en sede de revisión, **conlleva ineludiblemente la anulación de la decisión con la consiguiente ejecutoria, así como la cesación del procedimiento.**

Con dicho norte, es claro que el planteamiento realizado por el demandante, referido a la supuesta falta de competencia de los funcionarios que conocieron su causa dado el desarrollo impropio de la actuación bajo las previsiones de la Ley 600 de 2000, **no guarda correspondencia con ninguna de las**

circunstancias objetivas de extinción de la acción penal que tornan procedente la pretensión rescisoria por vía del ordinal 2° del artículo 220 ibídem, según se indicó en precedencia.

Se advierte que el verdadero interés del libelista subyace en demostrar la supuesta ilegalidad de los fallos de instancia por violación del debido proceso, por cuanto, en su criterio, el diligenciamiento debió seguirse conforme al **procedimiento** regido por la Ley 906 de 2004, **aspecto que no puede debatirse en esta sede, toda vez que la acción de revisión no fue estatuida para dirimir situaciones presuntamente constitutivas de nulidad.**

Dicho de otra forma, por medio del presente mecanismo excepcional no puede pretenderse el resurgimiento de una discusión que, de ser válida, sólo podría formularse acudiendo al recurso de casación, el cual efectivamente fue interpuesto por el entonces defensor de R.A.H. e inadmitió esta Corporación considerando, además, que no se evidenciaba la vulneración de ninguna garantía fundamental que debiera protegerse de manera oficiosa.

Aceptar el planteamiento del demandante desconocería la garantía de la cosa juzgada judicial y desquiciaría el andamiaje jurídico sobre el cual se sustenta el instituto de la revisión, dando lugar a que se pueda acceder a ella de cualquier modo y por cualquier motivo, es decir, sin referencia a ningún parámetro legal, lo cual generaría un verdadero caos judicial».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

3. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - SUJETOS DESTINATARIOS

No es posible permitir la defraudación al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, mediante el ingreso de una persona que tiene vedado el tratamiento especial

La Sala planteó *conflicto positivo de jurisdicción* a la *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz*, luego de encontrar inadmisibile la aceptación que se efectuó respecto de un agente del Estado que no hacía parte de la Fuerza Pública, pero que fungió como integrante de un grupo armado ilegal -*paramilitar*-. En este sentido, la Corte recordó la competencia que le asiste para la revisión de sentencias condenatorias que haya proferido, cuando deba decidirse sobre la

admisión de un compareciente voluntario a la JEP. Así mismo, precisó que no es posible permitir la defraudación al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, mediante el ingreso de una persona que tiene vedado el tratamiento especial.

32672 del 13/05/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Manifestación de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz: no debe ser interpretado en estricto sentido como un beneficio || **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Competencia exclusiva de la Sala de Casación Penal para su conocimiento no se traslada a la Jurisdicción Especial para la Paz || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Ley 1922 de 2018:** procedimiento de sometimiento voluntario a la JEP, no aplica de manera automática || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, no integra la JEP, pero hace parte del sistema en el que opera como juez transicional || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Revisión especial:** requisitos, es necesario que el condenado cumpla las condiciones del sistema de la justicia transicional, artículo 20 de la Ley 1957 de 2019 || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública:** si presentan la petición de acogimiento directamente en la Jurisdicción Especial para la Paz, debe analizarla y si es asunto de su competencia, solicitar el expediente a la jurisdicción ordinaria || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** la competencia para definir la remisión de las actuaciones es del funcionario de la jurisdicción ordinaria || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** admisión indebida del compareciente

«[...] El análisis sobre los mecanismos de tratamiento especial que, en lo penal, son aplicables en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (cfr. num. 2.1.4 supra), muestra que, contrario a la línea jurisprudencial desarrollada por la JEP, la

admisión del tercero que pretende comparecer a dicha jurisdicción no es, en estricto sentido, un beneficio. Una cosa es que determinada autoridad judicial adquiera competencia sobre un asunto predeterminado legalmente, lo cual, en abstracto, no perjudica ni favorece a nadie, y otra distinta es que un régimen procesal en particular contemple ciertos beneficios que pueden ser concedidos a quien le resulten aplicables.

En ese entendido, reconocer que el tercero puede comparecer a la JEP, por satisfacerse los criterios normativos que asignan competencia a dicha jurisdicción -factores material, personal y temporal-, no constituye ningún “*beneficio originario*”, como lo entiende la Sala de Apelaciones de dicha jurisdicción al atribuirse indebidamente la competencia para pronunciarse sobre la admisión de sentenciados por la Corte Suprema que se someten voluntariamente. Si los beneficios derivados del tratamiento especial, en verdad, aplican a condición de que se cumpla debidamente con el régimen de condicionalidad (art. 20 Ley 1957 de 2019), carece de solidez que la JEP se atribuya el mencionado examen sobre los factores de competencia bajo el argumento que la Corte Suprema sólo tiene competencia para aplicar el “*beneficio*” de revisión y no el de “*aceptar la comparecencia*”.

Así mismo, es inaceptable que la JEP se atribuya tal competencia a la luz del art. 47 de las Reglas de Procedimiento de la JEP, concerniente al procedimiento para los terceros y agentes estatales no integrantes de la Fuerza Pública que manifiesten su voluntad de someterse a la JEP. Según el inc. 4° de dicha norma, la manifestación de voluntariedad deberá realizarse por escrito ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, quienes deberán remitir de inmediato las actuaciones correspondientes a la JEP. Sin embargo, como lo ha considerado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicha norma no puede interpretarse en un mero sentido gramatical, pasando por alto que el mandato de solicitar el acogimiento ante el juez ordinario tiene la finalidad de que éste evalúe si se dan los presupuestos -material, personal y temporal- que activarían la competencia de la JEP, máxime en el caso de sentencias dictadas por la Corte Suprema, de acuerdo a las razones aquí expuestas. [...]

[...] **la competencia de revisar sus propias sentencias, atribuida constitucional y legalmente a la Corte Suprema de Justicia en relación con comparecientes voluntarios a la JEP, no se limita** a la potestad de admitir y decidir sobre la acción de revisión propia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición. **El fundamento de dicha atribución de control judicial estriba en el respeto a las decisiones del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Y ese respeto se concreta en la intangibilidad del contenido de sus decisiones.**

Es verdad que el especial enfoque de la justicia transicional puede conducir a la modificación de aspectos punitivos, pero también a la reconsideración de cuestiones jurídicas en punto del análisis del nexo de la conducta con el conflicto armado. Como esas valoraciones no sólo podrían tener lugar en el marco de una acción de revisión, sino que se manifiestan desde el momento mismo en que el tercero pretende comparecer voluntariamente al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, debido a que en ese marco han de evaluarse los factores material, personal y temporal que activan la competencia de la JEP, debe ser la Corte Suprema la que examine si se dan o no tales presupuestos. Si bien la Corte no integra en estricto sentido la JEP, sí hace parte del componente de justicia de ese sistema y opera, en esas excepcionales circunstancias, como juez transicional.

El esquema aquí propuesto es compatible con el art. 97 lit. c) Ley 1957 de 2019, pues se integra al esquema procesal que rige dicha jurisdicción especial y se articula con sus competencias, privativas en lo que tiene que ver con el régimen de condicionalidad y concesión de beneficios -que son aspectos externos a la sentencia-, pero preservando a la Corte la competencia privativa para examinar los contenidos fácticos y jurídicos por ella fijados en sus sentencias. **Debe ser la Corte Suprema, desde el análisis de dichos componentes de sus decisiones, de cara a los factores de competencia de rigor, la que determine si el tercero que se acoge puede o no ingresar a la JEP**, en cuyas secciones habría de tener lugar el cumplimiento y verificación del aporte a las prerrogativas de verdad, reparación y no repetición a favor de las víctimas, condicionante para la concesión de cualquier beneficio del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.

Si la Corte Suprema encuentra satisfechos los criterios normativos de competencia, verificables en el marco fáctico y jurídico fijado en sus sentencias, habrá de declarar que el tercero puede ser admitido en la JEP. En consecuencia, habrá de remitir la actuación a dicha jurisdicción a fin de que el compareciente presente su plan de aporte a las garantías propias del régimen de condicionalidad y, en las secciones respectivas, se evalúe el cumplimiento del mismo, con miras a determinar si es procedente la concesión condicionada de beneficios -salvo el de revisión especial-.

Si el compareciente opta por la revisión especial -acción cuya admisión igualmente está sometida al régimen de condicionalidad- la actuación ha de regresar a la Corte Suprema de Justicia para que sea tramitada ante ella. Si la acción prospera y debe dejarse sin efectos la sentencia, dando lugar al efecto de anulación de la responsabilidad, o la calificación jurídica se ve modificada dando lugar a la aplicación de algún beneficio, la Corte será la competente para adoptar las determinaciones en punto de los efectos del fallo y aplicar, eventualmente, los beneficios. Si no hubiere fundamento para revisar la sentencia -que es a lo que se refiere el art. 97 lit. c) Ley 1957 de 2019 al referirse a la “confirmación” de la decisión-, el asunto ha de retornar a la Sala de Revisión de la JEP, que sería la encargada de aplicar la sustitución de la sanción penal.

En cambio, el esquema propuesto por la JEP, en el que la Corte Suprema únicamente tendría participación en caso de promoverse la revisión especial por un compareciente cuya admisión es evaluada por la misma JEP, a través de su Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, desconoce el respeto debido a las decisiones proferidas por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, dejando en el vacío la presunción sobre la corrección de aquéllas, así como la jerarquía de sus juicios jurídicos en relación con el conflicto armado. Si a esos valores no se les otorgara ninguna importancia, se hubiera conferido a la sala de Revisión de la JEP competencia para revisar cualquier sentencia dictada en la jurisdicción ordinaria. Así que esas razones han de irradiar el análisis de admisibilidad, cuyos contenidos fácticos y jurídicos sólo pueden ser examinados por la Corte Suprema de Justicia.

La incomprensión de la competencia atribuida a la Corte, como a continuación se expondrá, condujo a que la JEP, cercenando los contenidos

fácticos y jurídicos fijados por la Sala de Casación Penal en las sentencias dictadas en contra del señor AS, aplicara un incorrecto examen de los factores de competencia y, por consiguiente, admitió indebidamente a aquél como compareciente al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: evento en que la Sala considera inadmisibile a integrante de grupo armado ilegal paramilitar || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Solicitante:** no acredita ser sujeto destinatario || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujetos destinatarios:** no aplica a agentes estatales integrantes de grupos armados ilegales o estructuras paramilitares, que no participaron del acuerdo final || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Solicitante:** integrante de las autodefensas || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública:** comparecen a la JEP de manera voluntaria, a condición de no haber integrado ninguna organización o grupo armado al margen de la ley || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujetos destinatarios:** no lo son los antiguos miembros de estructuras paramilitares, quienes no pueden acceder al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sujetos destinatarios:** miembros de estructuras paramilitares, por la vía del proceso especial de justicia y paz, o a través del proceso penal ordinario || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** competencia, respecto de la financiación o colaboración con los grupos paramilitares o cualquier otro actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujetos destinatarios:** no es posible permitir la defraudación al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición mediante el ingreso de una persona que tiene vedado el tratamiento especial || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** competencia prevalente, no la convierte en un tribunal con superioridad abierta e indeterminada a las demás jurisdicciones || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** competencia prevalente, factor personal, no se configura || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, plantea conflicto positivo

de jurisdicción a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP

«[...] los ámbitos que determinan la competencia de la JEP para conocer de delitos atribuibles a comparecientes voluntarios al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación son el temporal, material y personal. Sin entrar a desarrollar a profundidad cada uno de los criterios que definen tales factores, por no ser pertinente en este pronunciamiento, la Sala demostrará por qué, **en relación con el solicitante SAS, no se acreditan las condiciones personales para avalar su comparecencia a la JEP, en calidad de agente estatal no integrante de la Fuerza Pública.**

En línea de principio podría sostenerse, con fundamento en los arts. 16 y 17 transit. AL 01 de 2017 -en consonancia con la sent. C-674 de 2017- que, a fin de acreditar la competencia personal, únicamente tendría que verificarse la voluntariedad y oportunidad del acogimiento expresado por el solicitante, así como su condición de agente estatal no integrante de la Fuerza Pública. Sobre esos aspectos la Sala no tiene ningún reparo en el caso en concreto, dado que el señor AS cometió las conductas punibles -conexas con el conflicto armado- por las cuales fue sentenciado por la Corte Suprema entre 2001 y 2003, cuando se desempeñaba como gobernador de Sucre.

Empero, **por tratarse de un agente estatal cuya responsabilidad penal se enmarcó en su estrechísima relación con grupos paramilitares,** el análisis del factor personal no puede reducirse a una irreflexiva y aislada constatación del ejercicio de un cargo público por SA, en la época en que cometió los delitos por los que fue sentenciado. No. La particular naturaleza del grupo armado ilegal que, como se verá, aquél integró, obliga a examinar la competencia en razón de la persona articuladamente con el criterio material de competencia. Ello, debido a que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición hunde sus raíces en el Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP, sin que el mismo ni la normatividad expedida en cumplimiento de los compromisos allí acordados hubieran avalado la rendición de cuentas de paramilitares ante la JEP, no sólo porque éstos no participaron de dicho Acuerdo, sino debido a que, para ese tipo de actores en el conflicto armado, se instituyó un

régimen de justicia transicional distinto, que deviene excluyente con la JEP.

Esa misma jurisdicción especial (TP-SA 069 de 2018) ha señalado, en consonancia con el art. 11 parágrafo 1° de las RPJEP, que las principales modalidades de contribución de los civiles y agentes estatales no integrantes de la Fuerza Pública con el conflicto armado consisten en financiar, patrocinar, promover o auspiciar la conformación, funcionamiento y operación de grupos armados al margen de la ley.

Sin embargo, ello ha de articularse con lo previsto en los arts. 16 transitorio AL 01 de 2017 y 63 parágrafo 4° de la Ley 1957 de 2019, acorde con los cuales los agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública y los civiles que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

Esa distinción es del todo trascendente a la hora de examinar el criterio de competencia en razón de la persona, pues queda claro que **el compareciente voluntario a la JEP puede serlo a condición de no haber integrado dichas organizaciones o grupos armados al margen de la ley.**

Ese es el fundamento para sostener que **los antiguos miembros de estructuras paramilitares no pueden acceder al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, debiendo ser juzgados en la jurisdicción ordinaria**, por la vía del proceso especial de justicia y paz si el postulado cumplió con los requerimientos de rigor o, en su defecto, siguiendo los derroteros del proceso penal ordinario.

La regla cifrada en que los paramilitares no son destinatarios del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, además de encontrar sustento en las normas atrás mencionadas, ha venido siendo validada por la jurisprudencia de la JEP.

[...] no quiere significar que ninguna conducta punible ejecutada en el contexto del paramilitarismo -donde innegablemente se presentaron nexos con particulares y servidores públicos-, pueda ser objeto de conocimiento de la

JEP. Desde el mismo Acuerdo Final de Paz, en el num. 32 inc. 3° del punto 5.1.2 se clarificó que también serán de competencia de la JEP las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares o cualquier otro actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación activa o determinante en la comisión de los crímenes competencia de esa jurisdicción.

Sobre ese particular, en el ciclo N° 43 de las negociaciones del Acuerdo se puso de presente, en relación con los *"financiadores y colaboradores de grupos paramilitares que no se desmovilizaron, que la Ley de Justicia y Paz no estaba dirigida para hacer frente a este fenómeno, sino a los combatientes directos del paramilitarismo. Por eso, tiene sentido que la JEP lo aborde"*.

Y ello ciertamente se vio materializado en los arts. 16 trans. del AL 01 de 2017 y 63 parágrafo 4° de la Ley 1957 de 2019, pero con una clarificación importante: que los terceros pueden ser admitidos en la JEP por haber contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, siempre y cuando no hubieran formado parte de las organizaciones o grupos armados. Es decir, en consonancia con la jurisprudencia de la JEP, los integrantes o miembros que hicieron parte de la estructura orgánica de los grupos paramilitares, no pueden presentarse a la JEP como terceros.

La condición de miembro de un grupo armado organizado ilegal o integrante de su estructura es excluyente con el estatus de agente estatal no integrante de la Fuerza Pública o civil, para efectos del ingreso al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición. En el caso de quienes fueron miembros orgánicos de grupos paramilitares y cumplieron con los requisitos legales de rigor para postularse, el proceso especial de justicia y paz fue la oportunidad que tuvieron para rendir cuentas bajo un modelo de justicia transicional, y si no se acogieron a dicho esquema, su responsabilidad penal ha de discutirse por la vía del proceso penal ordinario.

Es que, como lo reconoce la JEP, el proceso de justicia y paz se diseñó para perseguir a los integrantes orgánicos de los grupos armados y, por ello, una porción considerable de delitos atribuibles a los civiles que colaboraron con aquéllos o que los financiaron, quedó impune. De ahí la necesidad de promover la comparecencia voluntaria de terceros, pertenecientes a la clase

empresarial y política, en relación con los cuales pueden existir vacíos en los esfuerzos estatales por judicializar el conflicto.

[...] la complejidad del fenómeno paramilitar en el conflicto armado colombiano da cuenta de situaciones, develadas en los procesos de justicia y paz, así como en los casos de parapolítica tramitados por la Corte Suprema, que la alianza criminal entre las AUC y autoridades públicas a nivel nacional, departamental y local no sólo consistió en una simbiosis entre aquéllos, destinada a beneficiar electoralmente a los políticos a cambio de que éstos abrieran espacios para “legitimar” el denominado “proyecto paramilitar”. Más allá de dicha modalidad de concierto para delinquir, llegaron a presentarse situaciones en las cuales miembros orgánicos de las estructuras paramilitares accedieron a la función pública y, sin perder su condición de integrantes de las AUC, manteniendo un rol e influencia dentro de la organización armada ilegal, “camuflados” en el servicio público contribuyeron al propósito de cooptación del Estado, pero también participaron de crímenes propios de la organización.

En esas especiales circunstancias, mal podría admitirse en la JEP a un “*paramilitar puro*”, que no actuó como un simple tercero colaborador o financiador de las autodefensas, sino que antes de acceder al servicio público fue un integrante de las AUC y, prevalido posteriormente de su condición de agente estatal, infiltrando la administración pública se mantuvo militando en la organización ilegal, desde la que ordenó la ejecución de crímenes por la organización, a la que brindó apoyo desde su concomitante condición de funcionario.

La experiencia de los procesos de justicia y paz e, inclusive, de la JEP, ha puesto en evidencia circunstancias en las que se pretende defraudar al sistema de justicia transicional. Personas carentes de vocación -desde la perspectiva de la competencia en razón de la persona- para recibir un tratamiento especial -al que no tienen derecho- suelen simular condiciones personales o apelar a éstas desde la mera forma, pese a que materialmente les está vedado beneficiarse de las disposiciones transicionales.

Por apenas citar dos ejemplos, en la primera eventualidad puede traerse a colación la expulsión del proceso de justicia y paz de “*narcotraficantes puros*” que compraron su membresía y hasta comandancia en bloques

paramilitares, de los que posteriormente se “*desmovilizaron*”, a fin de acceder a la pena alternativa; en la segunda hipótesis, la JEP ha negado la concesión de beneficios propios del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición a personas en condición de “*doble militancia*”, en relación con delitos que, pese a haber sido cometidos por miembros de las FARC, carecen de conexidad de con el conflicto armado, por haber sido ejecutados.

Esa misma lógica es la que subyace a la solicitud de acogimiento de SAS a la JEP, quien al margen de haberse desempeñado como gobernador de Sucre y haber ejercido desde ese cargo una función de patrocinador de las AUC, fue fundador, financiador y líder de estructuras paramilitares, en las que tuvo y ejerció poder de mando para cometer, por intermedio de la organización, crímenes de lesa humanidad.

Y ello muestra, por una parte, que como integrante de grupos paramilitares, el solicitante tiene vedado su acceso al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición; por otra, que los crímenes con ocasión de los cuales pretende someterse a la JEP, conexos al concierto para delinquir, fueron cometidos en su condición de miembro activo de grupos de autodefensa, no en su rol de agente estatal ajeno a la organización armada, lo que los deja desprovistos de conexidad contributiva.

[...] Por esas conductas, así como por los hechos puestos de presente en el num. 2.2.3.2. supra, el señor AS fue declarado responsable por delitos de lesa humanidad, calificación que la Corte no sólo aplicó en relación con la desaparición forzada y el homicidio agravado, sino que extendió al delito de concierto para delinquir con fines de paramilitarismo (cfr. sent. 32.672, consideración N° 2.2).

Y tal consideración jurídica, contenida en una sentencia proferida por esta Sala, resulta sumamente trascendente a la hora de cuestionar la competencia de la JEP en el presente asunto, pues habiendo establecido la Corte que, **al margen de su cargo de gobernador, SA realmente integró e hizo parte de la cúpula de las autodefensas, a aquél le son atribuibles otros crímenes de lesa humanidad, imputables a la organización.** [...]

[...] Por tales razones, la Sala de Casación Penal dispuso expedir copias de la actuación, a fin de que se investigue a SAS, por los delitos de lesa

humanidad atribuidos al grupo paramilitar del que hacía parte.

En consecuencia, **si se acreditó que el solicitante integró grupos de autodefensa, teniendo control sobre la organización y compartiendo poder de mando sobre la estructura paramilitar, cuyos jefes militares dominaban el territorio mediante un aparato organizado de poder que tuvo participación en las hostilidades en el marco del conflicto armado, es inobjetable que aquél no puede comparecer a la JEP como tercero en calidad de agente estatal no integrante de la Fuerza Pública.** Este tipo de comparecientes voluntarios sólo pueden serlo a condición de que no hubieran formado parte de las organizaciones o grupos armados (art. 16 transit. AL 01 de 2017 y art. 63 parágrafo 4° Ley 1957 de 2019).

La condición de servidor público, en el caso del señor AS, no fue un factor que hubiera influido en la comisión de las conductas punibles, donde predominó su condición de paramilitar infiltrado en la administración pública. Al volverse gobernador de Sucre aquél no perdió su condición de integrante de las AUC, pues camuflado en el servicio público, desde donde contribuyó al propósito de cooptación del Estado por las autodefensas, también participó de crímenes propios de la organización armada ilegal, en la que mantuvo influencia por haber sido fundador.

Por ello es dable catalogar al solicitante como un “paramilitar puro” que no actuó como un simple tercero colaborador o financiador de las autodefensas, sino que antes de acceder al servicio público fue un integrante de las AUC e infiltrado en la administración pública se mantuvo militando en la organización ilegal, desde la que ordenó la ejecución de crímenes -inclusive de lesa humanidad- a la organización, a la que brindó apoyo desde su concomitante condición de funcionario.

De ahí que **no pueda permitirse una defraudación al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición mediante el ingreso de una persona que tiene vedado el tratamiento especial propio de dicho sistema, por no ser destinatario del mismo.** Los crímenes con ocasión de los cuales SAS pretende someterse a la JEP, conexos al concierto para delinquir, fueron cometidos en su condición de miembro activo de grupos de autodefensa, no en su rol de tercero ajeno a la

organización armada, lo que los deja desprovistos de conexidad contributiva para ser conocidos por la JEP.

Además, no existe facultad normativa que justifique una “*admisión excepcional*” del solicitante, como miembro de un grupo paramilitar, a la JEP. Dicho criterio de interpretación “amplia de la jurisdicción”, desarrollada por la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz (cfr. TP-SA 57 de 2018 y TP-SA 199 de 2019), no sólo desconoce la intangibilidad de las sentencias proferidas por la Corte Suprema en el examen de sus componentes fácticos y jurídicos, sino que implica un mecanismo -en extremo subjetivo e indeterminado- de auto atribución de competencias más allá de la Constitución y la ley, que de ninguna manera puede derivarse de los principios de prevalencia y preferencia para conocer de los crímenes relacionados con el conflicto armado, que rigen dicha jurisdicción.

Además, en el presente asunto, lo que se advierte es que la jurisdicción ordinaria, en cabeza de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y los tribunales de justicia y paz, ha construido una sólida verdad judicial, del todo contextual, que ha develado el fenómeno de simbiosis entre las autodefensas y la administración pública a nivel nacional, regional y local. Y en el caso del señor AS, antes que existir un vacío de judicialización en relación con hipótesis de colaboración de la clase política a los grupos paramilitares, lo que se advierte es una profunda investigación que reveló cómo el fenómeno de la parapolítica no se limitó a eventualidades de alianza entre servidores públicos y los grupos de autodefensa, sino que identificó eventos en que verdaderos paramilitares accedieron al servicio público para servir desde allí a los fines de la organización criminal, quienes ahora pretenden apelar a la condición de agentes estatales a fin de acceder a un tratamiento especial al que no tienen derecho.

La defraudación del sistema de justicia transicional por parte de dichos sujetos, bajo el pretexto de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas, no sólo repercute en la deslegitimación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, sino que implica un debilitamiento de la justicia ordinaria.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respetuosa de la autonomía e independencia judicial, en manera alguna quiere

desconocer el estatus constitucional del que está revestido la JEP para conocer, en preferencia a las demás jurisdicciones, de las conductas punibles cometidas a causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado interno. Lo pretendido mediante el presente conflicto de jurisdicción es advertir que esa competencia tiene limitaciones que han de respetarse, para que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición -en el que excepcionalmente la Corte Suprema tiene competencias- funcione adecuada, articulada y armoniosamente.

La competencia prevalente de la JEP no convierte a la jurisdicción especial en un tribunal con superioridad abierta e indeterminada a las demás jurisdicciones, a causa de un laxo control sobre la determinación judicial de su propia competencia. Nadie desconoce que entre más amplio sea un beneficio perteneciente al tratamiento especial transicional, mayores son las exigencias para concederlo. Empero, ello no puede conducir a que, bajo el pretexto de aplicar análisis judiciales “*de baja intensidad*”, la JEP usurpe las competencias propias de la jurisdicción ordinaria, como ocurrió en el presente caso, donde pese a existir un nexo de los delitos con el conflicto armado, el solicitante carece de aptitud personal para acceder al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición

El riesgo de avalar esos análisis laxos de competencia también conlleva el riesgo de atribuir a la JEP el conocimiento de fenómenos de criminalidad que, de entrada, carecen de conexidad material con el conflicto armado, como por apenas citar un ejemplo, eventos de corrupción judicial como el denominado “*cartel de la toga*”, donde se afirmó una conexidad consecuencial que, si bien puede predicarse del intento por evitar la judicialización de los crímenes cometidos en el marco del conflicto, carecen de nexo con el conflicto mismo, que es en relación con el cual se le otorgó competencia exclusiva a la JEP. Este, desde luego, no es el escenario para cuestionar los fundamentos de

dichas determinaciones. Sin embargo, la Sala de Casación Penal simplemente quiere llamar la atención sobre los perjudiciales efectos que ese tipo de control -como el aplicado en el caso de SA-, en extremo amplio en relación con los principios de prevalencia y preferencia, así como evidentemente laxo en punto de la determinación de los factores legales de competencia, puede generar sobre la legitimidad del mismo sistema de justicia transicional y la estabilidad de la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia, **la Corte rechaza la competencia de la JEP para pronunciarse sobre el sometimiento al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición manifestado** por SAS, en relación con los delitos de concierto para delinquir agravado, desaparición forzada, homicidio agravado y peculado por apropiación, por los cuales fue sentenciado por la Sala de Casación Penal, debido a que el examen de los factores de competencia pertinentes para avalar la comparecencia del solicitante en la JEP radica en esta Corporación, no en la SDSJ.

Además, la JEP tampoco es competente para asumir el conocimiento de la actuación por dichos delitos ni por el de falsedad ideológica en documento público -por el que el solicitante está siendo juzgado ante la Sala Especial de Primera Instancia-, por cuanto, de entrada, se incumple con el factor de competencia en razón de la persona.

Con fundamento en las anteriores razones, **la Sala afirma la competencia para pronunciarse sobre el sometimiento a la JEP manifestado por SAS, en orden a determinar si puede ser o no admitido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, planteando en consecuencia conflicto positivo de jurisdicción a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

4. CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - SE CONFIGURA

Evento en que se solicitó el certificado electoral para recibir el pago por el voto

CONSTITUCIÓN POLÍTICA - SILLA VACÍA
Respecto de congresistas, constituye una sanción constitucional que no requiere desarrollo legal para su ejecución

Al desatar la apelación, la Sala ratificó la condena impuesta a la procesada por los delitos de *corrupción de sufragante, concierto para delinquir y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*. Sin embargo, encontró necesario reducir la pena establecida, teniendo en cuenta que su graduación debió hacerse de acuerdo con la permanencia de la conducta, que fue inferior a la que inicialmente se planteó. Igualmente, con ocasión de la impugnación del representante del Ministerio Público, revocó la decisión de abstenerse de aplicar la denominada *silla vacía*, y en su lugar, la impuso, precisando que constituye una sanción constitucional que no requiere desarrollo legal para su ejecución, por lo que resultaba disponible en el asunto, en el que se acreditó la relación de imputación entre el cargo de congresista para el cual aquélla fue elegida y la conducta con la que logró acceder a la dignidad.

SP954-2020(56400) del 27/05/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Configuración: cuando se ofrece dinero a cambio del voto || **DELITOS CONTRA MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA - Bien jurídico** || **CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Estado social y democrático de derecho:** libertad política || **CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Estado social y**

democrático de derecho: voto, como expresión de la soberanía || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Lesividad:** afecta no sólo los mecanismos de participación sino la democracia como sistema político || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Lesividad:** ofensividad y gravedad de la conducta

«El delito de corrupción de sufragante.

Más allá de referencias dogmáticas a la estructura del tipo penal, consistente en sancionar el estímulo al elector para votar por un candidato a cambio de celebrar un contrato, condicionar su perfección o prórroga, o por promesa, dinero, dádivas y otra serie de gratificaciones inaceptables, se debe destacar que esa conducta **distorsiona no únicamente los “mecanismos de participación democrática”** en sentido formal -Libro 2º, Título XIV del Código Penal—, **sino la democracia como sistema político**, cuya legitimidad depende en gran medida del respeto por la autonomía ética de las personas y su inderogable capacidad para decidir conforme a su ideario y convicciones la conformación del poder político.

La libertad política no es un asunto menor. Es un derecho inalienable de los ciudadanos para elegir el modelo de democracia, que es en nuestro caso representativa y participativa. Eso implica que **el voto es una expresión de la soberanía**, y que los titulares de los poderes públicos los ejercen en virtud de la voluntad ciudadana. Por lo tanto, ese diálogo no termina el día de elecciones: la democracia constitucional garantiza el derecho a controlar el ejercicio del poder, facultad que se resigna cuando la elección no es voluntaria sino comprada.

En ese escenario, quien abdica de su derecho a elegir libremente por necesidad, ambición o por cualquiera otra razón igualmente inaceptable a cambio de una dádiva, declina su autonomía ética y la posibilidad de generar un diálogo colectivo acerca del Estado y la democracia como propuesta para la vida individual y colectiva, un asunto esencialmente público que quien corrompe al sufragante lo asume como una cuestión privada que deriva en una democracia en sospecha.

En fin, al enredar la democracia con la idea de engaño, de mercado y compraventa de votos, se crea una especie de legitimidad de la mentira.

Esa aproximación explica, entonces, el sentido, el por qué y la urgencia de sancionar conductas

contra los **“mecanismos de participación democrática,” la ofensividad y gravedad de la conducta** que se juzga».

CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Demostración || PRUEBA DOCUMENTAL - Video: apreciación || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** la ocurrencia de irregularidad puede afectar el medio de conocimiento, pero no genera nulidad del proceso || **PRUEBA ILÍCITA - Nulidad de la actuación procesal:** cuando la prueba se logra mediante tortura || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Efectos:** cuando se presenta infracción a las reglas de producción de la prueba || **ALLANAMIENTO DE DOMICILIO - Legalidad del procedimiento || PRUEBA DOCUMENTAL - Apreciación probatoria || TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona señalada de participar en actos delictivos || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** sana crítica || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Se configura:** evento en que se solicitó el certificado electoral para recibir el pago por el voto || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Valor probatorio:** diferencia entre los informes de las labores previas de verificación y las pruebas recaudadas y diligencias ejecutadas por la policía judicial por orden del fiscal acerca de las cuales se rinde un informe || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Legalidad:** cuando es rendido por disposición de la Corte Suprema de Justicia

«El 11 de marzo de 2018 se realizaron las elecciones para conformar el poder legislativo. Para entonces, AMR se desempeñaba como representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, dignidad para la cual fue elegida en los comicios del mes de marzo de 2014. De haber introyectado los valores democráticos que se supone conoce quien ejerce esa dignidad, lo que menos se podía esperar de ella es que empleara métodos escrupulosos para ascender en la escala de poder regional y nacional.

No hay duda que AMR torció la voluntad del sufragante y quebrantó reglas republicanas para construir una elección ilegítima, a pesar del alto grado de exigibilidad que le compete a quien ocupa un cargo del más elevado nivel por el vínculo material que tiene con la función pública.

El **video** que registra su enfado hacia el patrocinador de su campaña y promotor de sus

ambiciones, por no entregarle la suma ofrecida para sobornar al elector, deja al descubierto que la **compra de votos** en las elecciones del mes de marzo de 2018, fue el método escogido para permanecer y ascender en la escala de poder y construir una decisión colectiva cuya cohesión se sustenta en la **corrupción al elector**.

[...] Si bien algunas de esas afirmaciones pueden tener una explicación de la que no necesariamente se puede colegir que se trate de menciones a actos de corrupción, la asociada al pago de votos, expresada justo dos días antes de la elección, permite inferir que la campaña, a falta de mejores métodos, focalizó su acción en la compra de los electores.

El defensor ha discutido la **validez de estos registros**, como también de los documentos y elementos materiales encontrados en la **diligencia de allanamiento** a la sede de AMR. Asume que los vicios de legalidad de la diligencia afectan la validez de las pruebas recaudadas en ella, a la manera de la teoría del árbol ponzoñoso, y que desde dicha perspectiva, el proceso debería anularse con fundamento en esa incorrección.

No tiene razón. De aceptar que alguna irregularidad se hubiese presentado en la solicitud o práctica del registro y allanamiento a la llamada “CB”, sede política de la campaña de AMR, **la infracción a las reglas de producción de la prueba llevarían a excluirla, a la manera del error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no,** como lo sugiere equivocadamente el defensor, **a la anulación del proceso**, sanción que **no se aplica ni siquiera tratándose de la prueba ilícita**, salvo cuando se obtiene mediante tortura.

El recurrente, sin embargo, con un manejo inadecuado de la teoría de la prueba y del proceso, insiste en afirmar que como la fecha del escrito en donde se consignó la información de la fuente humana es posterior a la solicitud y práctica de la diligencia de allanamiento -error que quienes solicitaron el operativo reconocen—, entonces esta es ilegal y el proceso debe anularse. Esa apreciación es francamente inaceptable, no solo porque al solicitar el registro se informó de los motivos fundados -anteriores a la diligencia, como lo son la declaración de la fuente humana y las labores de verificación—, sino porque posteriormente, ante el Juez de Garantías que realizó el control de legalidad posterior, se indicó el motivo y secuencia que llevó a descubrir conductas de una gravedad inculcable.

Aclarado ese punto, se debe señalar que otros medios de prueba decomisados en el registro a “CB”, reafirman la evidencia encontrada en los videos incautados en la diligencia de allanamiento, en los que la procesada se queja de la dificultad económica para comprar la voluntad del elector. Entre ellos se destaca el documento en el cual se detalla el nombre de quienes ocupaban un relativo nivel de importancia en la campaña.

[...] Esta vinculación a la campaña de FRPB la confirma el listado de 42 votantes en el que aparece como responsable, y que inicia con el nombre de AASJ, identificado con la cédula de ciudadanía número [...] y termina con el de CVC, identificado con la cédula número [...].

El nexo de RARS y FRPB en el año 2018 a la campaña política de AMR es un hecho probado. Hacían parte de ese grupo en cargos que les permitían conocer los pormenores de la misma. El primero en un nivel de mayor rango, pero los dos al fin y al cabo con capacidad para conocer de primera mano los métodos empleados para corromper al sufragante.

Poco importa entonces, en este contexto, la crítica de la defensa al papel de RAPB en campañas anteriores, tema que se tratará posteriormente, pues en lo que respecta a las elecciones del año 2018 no existe reparo a la prueba que confirma que en este año fue partícipe de las ilegalidades ideadas por AMB para acceder, a la manera que fuera, al Senado de la República.

Antecedentes de su vida personal y aun judicial que se exhiben en su contra para desacreditarlo tampoco afectan su credibilidad en cuanto a lo que conoce respecto de las elecciones del 2018: **que haya sido denunciado** por la presunta autoría del delito de estafa, una nota sobre su personalidad que se pretende emplear para desacreditar su versión (artículo 277 de la Ley 600 de 2000), **es intrascendente** en cuanto al tema que aquí se trata, pues no existe ninguna relación de imputación entre la comisión de ese supuesto hecho ilegal entre actores distintos a los de ahora, y lo aquí declarado.

Es más, el análisis de la prueba en conjunto, un elemento de la sana crítica (artículo 238 de la Ley 600 de 2000), permite afirmar que su versión no solo es admisible, sino cierta. En tal sentido, la vinculación de FRPB a la campaña de AMR se prueba, más allá de su dicho, con los

documentos encontrados en la diligencia de allanamiento y registro a la denominada “CB”, con lo cual su participación como “líder” no admite duda.

En fin, de no ser cierta la participación de FRPB en la campaña de AJMR, como lo afirmó en su declaración, no tendrían sentido las anotaciones documentales sobre su “gestión” en ella, dato que no admite discusión al haberse encontrado la prueba que corrobora ese hecho en archivos de la misma organización.

Al igual que sucede con FRPB, documentos de la misma clase ya indicados, encontrados en la diligencia de allanamiento y registro a la sede política de AMR, comprueban la participación de RARS, desde luego en un nivel de importancia mayor. En la escala de la “organización” figuraba como “coordinador,” es decir, con un rango superior que el de FRPB, al tener bajo su responsabilidad a los denominados “líderes”, quienes a su vez actuaban ante los potenciales electores.

Según RARS, el pago del voto implicaba demostrar la efectividad de la gestión. Con ese propósito, **el votante debía entregar al “líder” el certificado electoral para recibir la contraprestación.** La confiscación de un número considerable de esos documentos en la diligencia de allanamiento y registro confirma el relato del declarante.

Otras fuentes corroboran las afirmaciones de ese testigo estelar. [...]

[...]Por último, en ese entorno, es bastante ilustrativo el “poder” suscrito por BNJ, mediante el cual autoriza a ISN, identificada con cédula de ciudadanía número [...], para recibir el dinero correspondiente a 10 votos, documento que demuestra que la compra de votos se asumía como un negocio más y sin el mayor reparo ético.

Para redondear el círculo, IRA, en declaración del 11 de abril de 2018, reconoció que arrendó una terraza de su residencia el día de elecciones y además vendió su voto.

[...] En ese contexto, **la entrega del certificado electoral** no corresponde a un acto de generosidad con el líder, como a veces parecen sugerirlo algunas personas, como RRV, sino **la prueba para obtener la remuneración por el sufragio**, como se infiere de los medios de convicción mencionados.

Con semejante evidencia, **la demostración de la corrupción al sufragante**, siendo tan grave, es un problema menor desde el punto de vista probatorio. Si la conducta prohibida consiste, entre tantas modalidades de corrupción, **en pagar o entregar dinero con el propósito de sufragar por determinado candidato**, la diseñada y liderada por la ex representante AMR encaja objetiva y subjetivamente en la descripción del artículo 390 del Código Penal.

El defensor intenta restarle mérito a la firmeza de esas conclusiones, aduciendo que la mayoría de la prueba tiene origen o es el producto de los **informes de Policía Judicial que a lo sumo son criterios orientadores de la investigación**. Esa es una apreciación que en el sistema de la Ley 600 de 2000 no tiene la complejidad de otros métodos procesales de investigación. En la citada ley son criterios orientadores de la investigación los informes de labores de verificación que por su propia iniciativa realiza la Policía Judicial antes de la judicialización de la actuación, no los que realiza por orden del Fiscal para el esclarecimiento de los hechos.

De manera que como los informes fueron realizados por disposición de la Corte, la prueba no infringe el principio de legalidad, en tanto se trate de verificar datos objetivos y no correspondan a juicios de valor.

Se mantendrá, entonces, la condena por este particular delito, pero no en concurso, como más adelante se explicará».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: dosificación punitiva || **LEY 890 DE 2004** - Aumento de penas del artículo 14 || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE** - Dosificación punitiva || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES** - Dosificación punitiva || **CONGRESISTA** - **Aplicación aumento de penas Ley 890 a pesar de trámite Ley 600:** variación jurisprudencial || **LEY 890 DE 2004** - No aplica para procesos de Ley 600 de 2000, salvo para casos de aforados constitucionales que siguen rigiéndose bajo ese sistema || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos || **CONCURSO** - **Dosificación punitiva:** criterios a tener en cuenta, delito más grave || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - **Individualización de la pena:** se debe graduar de acuerdo con la permanencia de la conducta efectivamente probada || **INHABILITACIÓN**

PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS - Dosificación punitiva || **MULTA** - Dosificación punitiva || **PENA** - **Redosificación en la apelación:** disminución de la impuesta

«Para establecer el marco punitivo, la Sala de Juzgamiento lo hizo a partir de la pena que a cada delito le corresponde, incrementada en las proporciones indicadas en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que el apelante considera inaplicable en este caso, dada la condición de aforada de la procesada.

Al respecto, debe aclararse que en cuanto al delito de concierto para delinquir agravado, la primera instancia consideró, con fundamento en el artículo 340 del Código Penal, modificado por las Leyes 733 de 2002, 1121 de 2006, 1762 de 2015 y 1908 del 9 de julio de 2018 -una norma ex post al acto que se imputa—, que la pena para esta conducta oscila entre 48 y 108 meses de prisión, monto que se incrementa en la mitad, por el liderazgo que le fue imputado a la procesada, de conformidad con el numeral 3 de dicha disposición que modificó el artículo 340 del Código Penal.

Ninguna de las leyes modificatorias del artículo 340 del Código Penal, hay que aclararlo, modificaron la pena prevista en la Ley 733 de 2002, por lo cual la pena de prisión de entre 3 y 6 años para el delito de concierto para delinquir simple, se incrementó en el porcentaje previsto en el artículo 1 de la Ley 890 de 2004, dado que las Leyes 1121 de 2006, 1762 de 2015 y 1908 de 2018, modificaron el supuesto fáctico y no la pena.

Eso implicaría, de aceptar que el incremento de la Ley 890 de 2004 es inaplicable a los aforados constitucionales, que la pena debía graduarse según el monto indicado en la Ley 733 de 2002, es decir, partiendo de una pena de entre 3 y 6 años de prisión, que se debería incrementar en la mitad por el liderazgo de la acusada en la conformación del grupo ilegal.

El delito de corrupción al sufragante descrito en el artículo 390 del Código Penal, fue modificado por el artículo 6 de la Ley de la Ley 1864 de 2017, asignándole una pena de entre 4 a 8 años de prisión y multa de doscientos a mil salarios mínimos legales mensuales.

Cuando es cometido por un funcionario público, como es el caso que nos ocupa, la pena se incrementa de la tercera parte a la mitad.

Eso significa que la pena de prisión, para el caso, se debe establecer entre un mínimo de 64 y un máximo de 144 meses.

El delito de porte ilegal de armas, por su parte, tiene asignada una pena de entre 108 y 144 meses de prisión, conforme a la punibilidad señalada en el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011.

Por lo expuesto, las conductas de corrupción al sufragante y porte ilegal de armas, nada tienen que ver con la imposibilidad de incrementar sus montos tratándose de aforados constitucionales, pues son normas posteriores a la Ley 890 de 2004.

De otra parte, la imposibilidad de aplicar el incremento de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a los aforados constitucionales es un tema superado. El argumento para defender ese trato se sustentaba en la imposibilidad de acceder a soluciones de la llamada justicia premial. Sin embargo, al admitir que los aforados pueden acceder a esa opción, el argumento dejó de tener el peso que se le atribuía como justificación de una pena menor, como lo decidió la Sala en la SP del 21 de febrero de 2018, Radicado 50472.

Para dosificar la pena, que cuantificó en 180 meses de prisión, el a quo indicó las penas correspondientes y estableció en términos generales los cuartos de cada una de ellas. La más grave punitivamente, no valorativamente, es el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, que en concreto, considerando la circunstancia de agravación punitiva de la posición distinguida que le fue imputada a la procesada (numeral 9 del artículo 58 del Código Penal), implica que se fije en los cuartos medios.

[...] La justificación para establecer la pena para el delito más grave incorpora juicios de valor sobre las demás conductas. Sin hacer un análisis específico ni explicar por qué se debe fijar la pena para el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal aproximándose hacia el máximo del segundo cuarto medio, la Sala de Juzgamiento zanjó el problema en un párrafo sin mostrar la gravedad de la conducta a partir del examen del daño real o potencial creado contra el bien jurídico, recurriendo en su lugar a conceptos con cierto grado de abstracción, como la pérdida de confianza en las instituciones, haciendo referencia a la gravedad de las demás conductas para ponderar la del injusto de porte de armas.

[...] En este caso, la ejecución de la misma muestra que con conocimiento de causa, el riesgo se plasmó en el porte de armas en una sede política y no más allá de ese lugar, de manera que la simetría entre la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la pena no puede exceder de 117 meses de prisión, cifra correspondiente al monto mínimo del primer cuarto medio y no a 124, como abstractamente lo consideró la Sala de Juzgamiento.

En la sentencia de primera instancia, a la pena de prisión correspondiente a la del delito más grave, la Sala de Juzgamiento le adicionó 32 meses, que atañen a la sanción por el delito de concierto para delinquir agravado. Lo hizo bajo la idea de que esta ilicitud se habría fraguado al menos desde las elecciones de 2014, en las siguientes del 2015 para elegir autoridades regionales y en las del año 2018, cuando se descubrió el fraude.

Como se ha explicado, no existe certeza que el delito de concierto para delinquir se hubiese estructurado desde esas fechas, sin que ello implique que no sea posible, pero al menos no en el grado de convicción requerido por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000. Por consiguiente, la pena de la conducta se debe graduar de acuerdo con la permanencia de la conducta efectivamente probada y no con la que la Sala de Juzgamiento estimó. En esa medida, si la pena se cuantificó en 32 meses, la nueva valoración del injusto implica que la pena se rebaje, por esta conducta, en 21 meses, en la medida que el delito de concierto para delinquir, según se ha explicado, no tiene la trascendencia temporal que se le atribuyó inicialmente.

Además, como se expresó arriba, la Corte asume que no existe certeza sobre la comisión del concurso homogéneo y sucesivo de conductas delictivas de corrupción al sufragante, presuntamente cometidas antes del 2018. En cambio, si está probada suficientemente la ejecutada en la última de las elecciones realizadas en ese año. De manera que si la Sala de Juzgamiento adicionó a la pena asignada al delito más grave 24 meses por la concurrencia de tres delitos de corrupción al elector, bajo la consideración de que solo se probó uno y no tres ilícitos, se disminuirá la pena en 16 meses, cifra que resulta de dividir los 24 meses establecidos en la decisión de instancia, entre tres comportamientos, con el fin de encontrar el monto correspondiente a cada injusto y

conservar así la simetría entre la conducta y la sanción».

MINISTERIO PÚBLICO - Interés para recurrir
|| **RECURSO DE APELACIÓN - Procedencia:** respecto de la decisión de abstenerse de imponer la sanción constitucional de la silla vacía || **FUERO - Congresista:** pérdida de investidura, evento en que el asunto no se resuelve bajo ese régimen || **FUERO - Congresista:** la condición foral inicia con el reconocimiento por parte de la autoridad competente y no con el ejercicio de las funciones || **FUERO - Congresista:** el Consejo Nacional Electoral es la autoridad competente para reconocer la investidura || **CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Silla vacía:** respecto de congresistas, cuando son condenados por delitos contra los mecanismos de participación democrática, corrupción de sufragante || **CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Silla vacía:** respecto de congresistas, constituye una sanción constitucional que no requiere desarrollo legal para su ejecución || **CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Silla vacía:** respecto de congresistas, constituye una sanción constitucional que en ningún caso se puede someter al régimen de faltas absolutas o temporales || **CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Silla vacía:** respecto de congresistas, relación de imputación entre el cargo para el cual fue elegido y la conducta con la que logró acceder a la dignidad || **CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Silla vacía:** respecto de congresistas, constituye una sanción constitucional diseñada para evitar beneficios al partido político al cual pertenece el condenado || **COMPULSACIÓN DE COPIAS - Mesa Directiva del Senado:** para dar aplicación a la sanción constitucional de la silla vacía || **COMPULSACIÓN DE COPIAS - Procuraduría:** para que investigue por presuntas faltas disciplinarias cometidas

«El **Ministerio Público** solicita que se revoque el numeral 11 de la decisión de primera instancia, en el que la Sala de primera instancia se abstuvo de remitir copia de la sentencia para que el Congreso de aplicación a la figura de la **“silla vacía”**».

En principio parecería que el aparte de la sentencia de primera instancia objeto de impugnación no contiene una decisión en sí misma. Sin embargo, la motivación, que se integra con la parte resolutoria de la providencia, permite apreciar que **se trata de un acto sustancial** relacionado con la aplicación directa de la Constitución y no de un mero acto de

trámite en el cual la Sala de Juzgamiento se abstiene de enviar copia del fallo a la Mesa Directiva del Senado de la República, por lo cual la Corte debe decidir el objeto de la controversia.

Se adujo en la sentencia impugnada que si bien la figura de la **“silla vacía”** es una sanción para los partidos políticos, no avizoraba relación entre el delito de corrupción al sufragante atribuido a la electa senadora AMR y la posesión de STT, llamada a ocupar la curul de Senadora de la República en lugar de la procesada.

Consideró igualmente que la autoridad competente para pronunciarse sobre esa materia es la Mesa Directiva de la respectiva Cámara, y que el Consejo de Estado tramita el proceso de nulidad de la curul de la condenada. [...]

[...] Como AMR **adquirió su condición de congresista desde el momento en que fue elegida Senadora de la República y desde el instante en que fue reconocida como tal por el Consejo Nacional Electoral**, al habersele proferido medida de aseguramiento de detención preventiva como probable autora, entre otros delitos, del de corrupción al sufragante, solicitó permiso para posesionarse como senadora, autorización que no le fue concedida por la Sala Tres de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte.

Eso no significa que la situación que aquí se analiza se deba resolver bajo los términos del régimen de la **perdida de investidura** y concretamente por no haberse posesionado la procesada como senadora dentro del término establecido en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política. El asunto es de mayor trascendencia: se trata de una situación en la que es imperioso aplicar directamente la sanción prevista en el artículo 134 de la Constitución Política, que con un fuerte acento ético dispone que quien sea condenado por delitos contra los mecanismos de participación democrática no puede ser reemplazado en ningún caso en la dignidad para la cual fue elegido.

En efecto, los congresistas -como AMR, elegida y reconocida como tal por el Consejo Nacional Electoral—, en los términos del artículo 134 de la Constitución Política, *“solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley”*, y *“en ningún caso”*, cuando son condenados por delitos contra los mecanismos de participación democrática, como es el caso de la procesada. Es, pues, una

sanción de orden constitucional que no requiere de un desarrollo legal para su aplicación y que **en ningún caso se puede someter al régimen de faltas absolutas o temporales**, pues de ser así la imperiosa sanción que contempla la Constitución Política sería inaplicable.

En ese escenario, ante la condena por delitos contra los mecanismos de participación democrática, la Corte no puede evitar pronunciarse sobre la sanción que la Constitución prevé como consecuencia de la presente sentencia, aduciendo que es un asunto que no le incumbe, pues con ella se **trata de impedir que por razón de la condena a uno de sus miembros, el partido al cual pertenece se beneficie** reemplazando a quien es constitucionalmente irremplazable, como si no fuera poco ya el beneficio que obtiene el partido político al sumar al total de votos los que provienen del delito, afectando la cifra repartidora que permite ingresar al Congreso de la República a personas que de otra manera no accederían a esa dignidad, en perjuicio de quienes actuaron en el marco de la ley.

En ese contexto no se puede ignorar que la conducta contra los mecanismos de participación democrática, si bien fue realizada cuando AMR se desempeñaba como Representante a la Cámara, se diseñó con el fin de acceder al Senado de la República, y de allí la **relación de imputación que surge entre el cargo de senadora para el cual fue elegida, la conducta con la que logró acceder a esa dignidad y la sanción constitucional que debe ser aplicada por esa**

razón. No corresponde entonces a esa relación de imputación entre la conducta juzgada y los efectos de la misma, que la “*silla vacía*”, diseñada para evitar beneficios para el partido político al cual pertenece el condenado, se utilice para no reemplazar a AMR en la Cámara de Representantes en las postrimerías del periodo constitucional, haciéndole esguinces a una institución destinada a impedir los graves efectos de la conducta juzgada en la conformación del Senado de la República, cargo al cual la procesada aspiró y fue elegida y que **tiene una relación directa con la conducta por la cual fue juzgada y condenada**.

De manera que por las razones anteriores, la Corte dispondrá **remittir copia de la sentencia a la Mesa Directiva del Senado** para que aplique la Constitución en los términos indicados.

Además, como la Sala observa que se reemplazó a la electa senadora AMR en el Senado de la República sin ninguna justificación, pese a la expresa prohibición constitucional de hacerlo, pues se encontraba capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática asociados a su elección como senadora, se expedirán copias contra la Mesa Directiva del Senado de ese entonces, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que en el ámbito de su competencia evalúe si se incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinariamente con ocasión de ese proceder».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

5. DOBLE CONFORMIDAD - DEBIDO PROCESO

Procedimiento y medidas provisionales adoptadas en la providencia AP1263-2019, garantizan a plenitud su eficacia jurídica

La Sala dio cumplimiento a un fallo de tutela, declarando la nulidad de la actuación y disponiendo su remisión al Tribunal, en orden al restablecimiento de los términos de impugnación especial. Sin embargo, consideró oportuno precisar que el trámite que impartió en el caso fue respetuoso del *debido proceso* y de la

garantía constitucional de *doble conformidad judicial*, habida consideración que tuvo como referente el procedimiento y medidas provisionales adoptadas en la providencia AP1263-2019, las cuales aseguran la eficacia de tales derechos.

50487 del 22/04/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: procedimiento y medidas provisionales para garantizar el derecho cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en segunda instancia, alcance || **SENTENCIA - Condenatoria:** proferida en segunda instancia, impugnación, procedencia, vacío normativo acerca de su procedencia, efectos de la sentencia C-792 de 2014 || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia C-792 de 2014 || SENTENCIA - Condenatoria:** impugnación según la sentencia C - 792 de 2014, precisión hecha por la sentencia SU - 215 de 2016

«La Sala de Casación Penal respetuosa de las decisiones judiciales, acatará lo dispuesto por su homóloga de la Civil. No obstante, estima conveniente hacer algunas precisiones sobre su competencia para establecer el procedimiento de la impugnación de la primera condena y el alcance de las reglas adoptadas el 3 de abril de 2019, las cuales garantizan el principio de doble conformidad judicial.

La Corte Constitucional al establecer que toda persona condenada por primera vez, tiene derecho a impugnar la sentencia ante el superior funcional del juez que la profirió, en vista de ausencia de regulación legal de la materia, fijó un plazo de un (1) año para que el Congreso reglamentara el derecho de impugnación, a cuyo vencimiento sin que lo hubiera hecho, la primera condena era susceptible de todos modos de impugnación especial.

[...] Posteriormente en sentencia de tutela de unificación, dicha Corporación precisó que el derecho de impugnación procedía igualmente contra la condena impuesta en casación, y que vencido el período fijado al Congreso en la sentencia C-792 de 2014 sin haber legislado sobre el tema, correspondía a la Corte Suprema de Justicia dentro de sus competencias, o en su defecto al juez constitucional, definir la forma de satisfacer el derecho constitucional de impugnar la primera condena, en relación con las que no se encontraran ejecutoriadas para esa fecha».

SENTENCIA - Condenatoria: proferida en única o segunda instancia o en casación, impugnación según la sentencia C - 792 de 2014, en la medida en que la Sala de Casación Penal no tiene superior jerárquico o funcional, es imposible darle cumplimiento hasta que no se regulen los procedimientos y competencias || **SENTENCIA -**

Condenatoria: proferida en única o segunda instancia o en casación, impugnación según la sentencia C - 792 de 2014, imposibilidad de cumplirla hasta que no se expida la ley que lo regule || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Plena:** no es superior jerárquico o funcional de sus salas especializadas

«La posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia asumiera la tarea de establecer la satisfacción del derecho de impugnación diferida por la Constitucional, inicialmente fue descartada por sus Salas Plena y de Casación Penal, las que consideraron la misma irrealizable, porque tanto ellas como ninguna autoridad judicial estaba facultada para introducir cambios o fijar procedimientos, entendiéndose que la reforma constitucional y legal solo podía emprenderla el Congreso, en la medida que implicaba redefinir aspectos funcionales, administrativos y de competencia.

[...] De manera, que la Corte definió que mientras no existiera las reformas correspondientes, la impugnación de la primera condena proferida en segunda instancia era improcedente, advirtiendo que en el modelo institucional ninguna de sus Salas que la integran es superior jerárquico de la otra y que no existe una Corporación por encima del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria».

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: constituye una garantía fundamental no sólo de los aforados constitucionales sino de toda persona condenada penalmente || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procedimiento transitorio en la Sala de Casación Penal cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en sede del recurso extraordinario || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procedimiento y medidas provisionales para garantizar el derecho cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en segunda instancia

«A partir del Acto Legislativo 01 de 2018, modificatorio del artículo 235 de la Carta Política, que atribuyó a la Corte la competencia para conocer del derecho de impugnación y de la impugnación especial de la primera condena, la Sala varió su posición inicial y estableció varias modalidades de procedimiento respecto de los

procesos, en razón de que dicha norma no prevé el trámite de la misma.

No obstante reconocer que el derecho de impugnación de la primera condena es una garantía fundamental que asiste a toda persona que sea declarada responsable penalmente de la comisión de un delito, la Sala limitó tal trámite a la proferida en sede de casación.

[...] Persistiendo la omisión legislativa, la Sala determinó un **procedimiento transitorio** respecto de los procesos que se hallaban en casación: **i)** inadmitir la demanda, dedicando en el mismo auto un acápite para examinar la legalidad de la primera condena ; **ii)** inadmitir las demandas y disponer, en los asuntos regulados por la Ley 906 de 2004, una vez agotado el mecanismo de insistencia, que la actuación regresara al despacho para revisar de fondo la sentencia materializando la doble conformidad ; y, **iii)** admitir la demanda sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado.

Finalmente, la Sala en decisión del 3 de abril de 2019, rad. 54215, unificó los procedimientos a seguir y sentó las siguientes reglas».

DOBLE CONFORMIDAD - Concepto || **DOBLE CONFORMIDAD - Finalidad:** persigue que un juez diferente, examine los fundamentos de la sentencia condenatoria || **DOBLE CONFORMIDAD - Debido proceso:** procedimiento y medidas provisionales adoptadas en la providencia AP1263-2019, garantizan a plenitud su eficacia jurídica || **DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de casación:** garantizó el derecho en los procesos en los cuales se estaba surtiendo || **NULIDAD - Doble conformidad:** evento en que la Sala garantizó el principio, pero la declara en cumplimiento de fallo de tutela || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** evento en que la Sala da cumplimiento a una sentencia de tutela || **NULIDAD - Doble conformidad:** evento en que la Sala ordenó remitir el asunto al Tribunal, para que se imparta el procedimiento y medidas provisionales adoptadas en la providencia AP1263-2019

«Es pertinente advertir entonces que a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala con sustento en las facultades reconocidas por la Corte Constitucional, estableció varios procedimientos transitorios, como se ha dicho respecto de los procesos que se encontraban en

trámite en casación, los cuales buscaban materializar la garantía de doble conformidad judicial.

De ahí, que en la última decisión citada haya respetado el procedimiento que cada uno de los integrantes de la Sala acogió para preservar el derecho del acusado a impugnar la condena, pues dispuso en el literal (xi) que los procesos con primera condena en segunda instancia que se hallaran en la Corporación, continuarían *“con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad”*.

A falta de regulación legal del derecho de impugnar la primera condena, la Sala hizo uso de las facultades reconocidas en la sentencia SU-215 de 2016, estableciendo el procedimiento que debía seguirse en relación con los procesos que se hallaban en trámite de casación, y el que, en adelante debía surtir en los tribunales en el evento que la condena se produjera en segunda instancia. En tales circunstancias, el juez constitucional está y estaba impedido para fijar reglas que ya había determinado el órgano competente.

Ahora bien, **la regulación judicial del derecho de impugnar la primera condena** dictada en los tribunales superiores y militar, **adoptada por la Sala en la decisión del 3 de abril de 2019, satisface a plenitud la garantía de doble conformidad judicial**, toda vez que no obstruye la dimensión subjetiva de dicho derecho.

Dicha garantía persigue que un juez diferente al que profirió la condena, examine los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia, en obediencia al derecho consagrado en los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin importar su denominación ni el procedimiento dispuesto para su cumplimiento.

La eficacia jurídica del derecho reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política, quedó a salvo en dichas reglas, sin olvidar que su alcance dependerá de los supuestos fácticos y jurídicos del caso, como de la razonabilidad de la decisión y del imperativo de dar cumplimiento a la garantía de doble conformidad judicial.

En este sentido, **surge evidente el respeto al debido proceso y la materialización de la**

citada garantía para los procesos en los cuales se estaba surtiendo la casación, en principio porque un juez distinto al que profiere la condena la revisa, y su estudio, sin limitación a las formalidades de la casación, comprende los temas objeto de reproche en la demanda, que precisamente corresponden a los de inconformidad con la sentencia.

En ese orden de ideas, en el sub lite, **la Sala respetó la regulación judicial adoptada en la providencia del 3 de abril de 2019**, en tanto que, al tratarse de un proceso que se hallaba en trámite de casación, luego de inadmitida la demanda, decidió dar cumplimiento a la doble conformidad judicial por tratarse de la primera condena, resolviendo, bajo una fundamentación fáctica, jurídica y probatoria del caso, en providencia del 10 de julio de 2019, confirmar la sentencia condenatoria emitida contra el tutelante por la Sala Penal del Tribunal Superior [...].

Con las precisiones anteriores, las cuales dejan claro que **el procedimiento adoptado por la Sala garantizó plenamente el derecho a la doble conformidad judicial del accionante, la**

Sala acata lo dispuesto por su homóloga Civil en el fallo de tutela del 12 de diciembre de 2019, razón por la cual, procederá a declarar la nulidad de las providencias proferidas el 5 de diciembre de 2018 y 10 de julio de 2019, en las que se inadmitió la demanda de casación y confirmó la condena impuesta a RHEM por el Tribunal Superior [...].

En consecuencia, dispondrá **remitir la actuación al Tribunal Superior** [...] para que restablezca los términos para impugnar e imprima el trámite indicado en la decisión del 3 de abril de 2019, de acuerdo con el cual, “(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal”.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

6. DOBLE CONFORMIDAD - RECURSO DE APELACIÓN:

Contra la sentencia de segunda instancia que lo resuelve, respecto de aforados, no procede la casación

La Sala negó el trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto, al determinar que se dirigió contra la sentencia emitida por la misma Corte, en condición de Juez colegiado de segunda instancia, en asunto adelantado frente a un aforado. Se recordó que, respecto de este tipo de decisiones, en las que la Corporación desata el recurso de apelación y garantiza la doble conformidad, no cabe la interposición de este medio de inconformidad.

AP505-2020(53445) del 19/02/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE APELACIÓN - Competencia de la Sala de Casación Penal: sobre decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior, respecto de aforados || **CASACIÓN** - No procede contra fallos emitidos por la Sala de Casación Penal || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** contra la decisión que la resuelve no procede la casación || **DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de apelación:** contra la sentencia de segunda instancia que lo resuelve, respecto de aforados, no procede la casación || **RECURSO DE CASACIÓN** - Improcedencia: la Sala niega el trámite

«Sea lo primero indicar que, la sentencia que esta Sala profirió el 4 de diciembre de 2019 dentro del presente proceso, la dictó en su condición de **juez colegiado de segunda instancia**, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, normatividad que gobierna este diligenciamiento.

Vale decir, tratándose de personas **aforadas**, como sucede en este caso, el estatuto procesal penal establece que le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver el recurso de apelación como superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia en primera instancia, esto es, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, siendo claro que al ser desatada la impugnación por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria, su decisión pone fin a la correspondiente actuación.

Adicional a lo expuesto, debe indicarse que el fallo condenatorio fue dictado en primera instancia, por la sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial [...], luego, la **dobles conformidad se materializó con la resolución del recurso de apelación interpuesto por el defensor** del procesado CALB, el cual fue resuelto por la Corte mediante providencia CSJ SP5332-2019, Rad. 53445; **sin que en ningún caso resulte procedente el recurso extraordinario de casación.**

En efecto, la Corte en la decisión CSJ AP699-2019, Rad. 54582 indicó lo siguiente:

«v. Si se trata de aforados legales y el Tribunal Superior, actuando como juez de primera instancia, profiere la condena, la doble conformidad se materializa en su totalidad a través del recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal.

Por supuesto, en estos casos no procede el recurso extraordinario.

vi. Cuando sea la Sala de Casación Penal en segunda instancia quien condene inicialmente a los aforados, la doble conformidad se satisface a través de la impugnación especial, con la división funcional de la Sala de Casación Penal, en los términos del numeral 7° del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018.

No podrá pretenderse en este evento ejercer el recurso extraordinario, al no estar previsto por la ley, debido a que, si en la doble instancia interviene la Corte Suprema de Justicia, no queda remanente alguno de garantía constitucional que pudiera reclamarse por otro medio».

En esas condiciones y frente al asunto que ocupa la atención, surge evidente que el 4 de diciembre de 2019, fecha en que la Corte dictó sentencia de segundo nivel que confirmó la condena impuesta por el A quo, culminó el trámite procesal y, por consiguiente, se finiquitó la acción penal.

Así las cosas, contrario a lo pretendido por el procesado y su defensor, refulge axiomático que **no procede el recurso de casación respecto de las sentencias proferidas en segunda instancia por la Corte.** En ese sentido, como se indicó en el numeral quinto de la parte resolutive de la dictada en este asunto el 4 de diciembre de 2019: *“Contra lo aquí dispuesto, no procede recurso alguno”.*

El cargo no prospera».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

7. DOBLE INSTANCIA - GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO:

Impone al juez adelantar un control judicial efectivo a la sentencia controvertida

La Sala se abstuvo de pronunciarse sobre la demanda de casación, tras advertir la configuración de un vicio estructural insubsanable en el proceso, derivado de la falta de motivación del fallo de segunda instancia, que condujo al quebrantamiento del deber del Tribunal de efectuar el *control judicial efectivo* frente a la sentencia controvertida por vía de la apelación. En virtud de la declaratoria de

nulidad de esta determinación, la Corporación debió consecuentemente, declarar la *prescripción de la acción penal*, respecto del delito de calumnia, que fue objeto de la actuación.

46963(01-04-20) del 1/04/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE APELACIÓN - Forma de control de la decisión de primera instancia || **RECURSO DE APELACIÓN** - Garantía para las partes || **DOBLE INSTANCIA** - **Alcance:** constituye una garantía del debido proceso || **RECURSO DE APELACIÓN** - **Principio de limitación:** deben tenerse en cuenta los argumentos de la alzada frente a los de primera instancia || **DOBLE INSTANCIA** - **Garantía del debido proceso:** impone al juez adelantar un control judicial efectivo a la sentencia controvertida || **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** - Respuesta a los alegatos del recurrente || **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** - Debe incluir la respuesta sobre la conformidad o no del fallo objeto de alzada, de cara a las alegaciones del recurrente || **SENTENCIA** - **Defectos en la motivación:** modalidades || **SENTENCIA** - **Defectos de motivación:** modalidades, motivación sofisticada, aparente o falsa, constituye vicio de juicio (in iudicando), que conduce a emitir determinación sustitutiva || **SENTENCIA** - **Defectos de motivación:** modalidades, ausencia absoluta, motivación incompleta o deficiente, ambigua, ambivalente o dilógica, constituyen errores de procedimiento (in procedendo), que conducen a la nulidad

«[...] **el recurso de apelación constituye una forma de control**, al interior del mismo aparato judicial, **de la decisión de primera instancia, y una garantía para la parte** que no ha visto cumplidas sus expectativas ni satisfechos sus derechos, de que una autoridad superior revisará la actuación y decidirá imparcialmente sobre sus pretensiones.

[...] **La doble instancia, como garantía del debido proceso, impone al juez ad quem adelantar un control judicial efectivo a la sentencia controvertida** y de revisar, dentro del marco de la apelación, las consideraciones exhibidas por el inferior, los eventuales defectos de actividad y los errores o desviaciones en el juicio lógico, a efectos de depurarlos o corregirlos, si es del caso.

Por manera que **el límite de la competencia del juez de segunda instancia está delimitado por las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y exteriorizan en la alzada, pero siempre de frente a los argumentos del a quo**, sin dejarlos de lado, en la medida en que la revisión descansa, justamente, sobre dichos fundamentos.

Entonces, una justificación completa de esa determinación lleva consigo **incluir una respuesta o pronunciamiento sobre las reprobaciones propuestas por los impugnantes y la conformidad o no del fallo objeto de alzada**, de cara a tales alegaciones.

En el evento de que el proveído no cumpla con las aludidas exigencias, se vulnera al ciudadano su derecho a la tutela judicial efectiva, lesión que implica el **quebrantamiento del debido proceso y de la garantía a ejercer una adecuada contradicción**.

Es del caso, acotar, en torno a los **errores de motivación**, que tienen lugar por **(i)** ausencia absoluta, esto es, cuando no se consignaron los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la decisión; **(ii)** incompleta o deficiente, que se configura cuando el funcionario omitió pronunciarse sobre alguno de los aspectos descritos o dejó de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales destinados a resolver el problema jurídico concreto, de modo que impide saber cuál es el soporte del fallo; **(iii)** ambigua, ambivalente o dilógica, que tiene ocurrencia cuando el juez recae en contradicciones, involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto que es imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa y, **(iv)** sofisticada, aparente o falsa, que surge cuando el fundamento probatorio de la determinación no consulta la realidad probatoria que exhibe el proceso, de forma que, partiendo de una apreciación incompleta de la prueba, el sentenciador construye una realidad diferente y llega a conclusiones abiertamente equívocas.

La constatación de los tres primeros eventos conduce a declarar la nulidad de la providencia para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de contradicción; en tanto que **el último**, de salir avante, **conlleva a emitir una determinación sustitutiva** (cfr. CSJ SP, 4 mar. 2009, rad. 27910; CSJ SP9396-2014, rad. 41567 y CSJ SP4234-2019, rad. 48264, entre muchas otras)».

NULIDAD - **Falta de motivación de la sentencia:** se configura, cuando el juez de segunda instancia omite dar respuesta a los reparos efectuados por los apelantes || **NULIDAD** - **Falta de motivación de la sentencia:** se configura, cuando el juez de segunda instancia no evalúa los fundamentos

exhibidos por el fallador de primera instancia || **DOBLE INSTANCIA - Garantía del debido proceso:** impone al juez adelantar un control judicial efectivo a la sentencia controvertida || **JUEZ - Deberes:** obligación legal y constitucional de valorar en conjunto las pruebas válidamente practicadas en juicio || **NULIDAD - Falta de motivación de la sentencia:** constituye un vicio de procedimiento || **NULIDAD - Falta de motivación de la sentencia:** constituye un vicio de estructura absoluto e insubsanable || **NULIDAD - Debido proceso:** la Sala se abstiene de resolver de fondo sobre la demanda, por advertir oficiosamente una causal de invalidación procesal

«El recuento anterior pone de presente que **el ad quem no solo olvidó dar efectiva respuesta - con independencia de su sentido- a los reparos hechos por los apelantes, sino que ninguna evaluación o revisión hizo a los fundamentos exhibidos por el fallador de primera instancia,** para poder adelantar una verdadera confrontación, como corresponde a la instancia superior en el proceso penal. Emitió una determinación marginándose por completo de su función como juez de segundo grado.

En efecto, no brindó consideración crítica frente a los argumentos exhibidos por el inferior y no contestó las réplicas hechas por los representantes de la Fiscalía, el ministerio público y las víctimas en la alzada, quienes, además de considerar que se verificaban todos los elementos de la conducta punible por la cual se procedió, mostraron inconformidad porque **(i)** el a quo no valoró todas las pruebas, **(ii)** los testigos de la defensa eran de oídas e incurrieron en contradicciones, **(iii)** el procesado no hizo sindicaciones reales y ciertas en juicio y **(iv)** los dos hermanos UV sí se vieron afectados en su honra y buen nombre.

Es que, con independencia de si les asistía o no razón en sus ataques o si los mismos eran intrascendentes en punto de lo que había de resolverse en el presente caso, los recurrentes tenían derecho a que la colegiatura hiciera explícitas las razones por las cuales no atendía sus alegaciones, y revelara cómo el juez de conocimiento acertó en el juicio lógico realizado. El Tribunal, sin embargo, **resolvió marginarse del contenido del fallo objetado y de los planteamientos de los apelantes y emitir una nueva providencia, como si fuese una primera instancia, desatendiendo por completo el**

efectivo control judicial que debía ejercer como juez de segundo grado.

Fue tal la inadvertencia de la magistratura a las alzadas, que ni siquiera se ocupó de revisar, acorde con la discusión propuesta por el apoderado de víctimas, si en realidad el acusado, cuando testificó en juicio, se ratificó en las sindicaciones hechas en la entrevista que dio lugar a este proceso o cuál era su real percepción sobre lo allí denunciado, lo que le hubiera permitido, ya sea darle mayor fuerza a su tesis, o resolver en contrario. No obstante, se conformó simplemente con resolver amparado en lo que aquél relató en la entrevista -que obra en video-, la que, importa destacar, constituía el objeto de prueba, toda vez que fue ella la que dio origen a la actuación.

Omitió su obligación legal y constitucional de valorar en conjunto todas las pruebas válidamente practicadas en juicio, con independencia del valor suasorio que diera a cada una, y de decidir con base en lo que ellas objetivamente arrojaron, apreciadas, lógicamente, bajo el tamiz de la sana crítica.

Ese proceder choca con lo preceptuado en los artículos 3, 170 y 171 de la Ley 600 de 2000 y 55 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia

La ausencia del control judicial, propio del juez de segunda instancia, **y la incompleta y deficiente motivación del fallo en comentario lesionan de forma grave el derecho a la doble instancia y al debido proceso,** en su estructura, **al punto que conducen a su anulación.**

Al amparo del artículo 457 del Código de Procedimiento Penal de 2004, es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

Alguien podría argüir que las víctimas convalidaron tácitamente la nulidad al abstenerse su apoderado de postular un cargo en casación por ese concepto e insinuar estar dispuesto a sufrir el efecto del acto viciado.

Al respecto, cabe acotar dos cosas.

En primer lugar, que tal aquiescencia se pregonaría solamente de las víctimas, pero no del ministerio público y de la fiscalía, que también recurrieron en apelación y cuyas críticas tampoco fueron contestadas; al tiempo que, incluso, el delegado del ente acusador no estuvo de acuerdo en convalidar el acto irregular, pues

en la audiencia de sustentación, de manera explícita y contundente, reclamó a la Corte la anulación del proveído emitido por el Tribunal.

En segundo lugar, que **cuando el vicio es de estructura**, de modo que se priva al proceso de alcanzar sus efectos normales, como sucede en esta ocasión, donde se está ante la pretermisión de una instancia, **la nulidad es absoluta y como tal insubsanable**. Es más, de no proceder a su declaratoria, la Sala podría, eventualmente, hacer pronunciamientos en sede extraordinaria sobre tópicos no abordados por el juez plural, respecto de los cuales se podría aniquilar, inclusive a los ahora recurrentes, su posibilidad de contradicción.

En ese orden de ideas, la Corte no examinará los cargos propuestos en las demandas de casación y, oficiosamente, declarará la nulidad de lo actuado a partir de la expedición del aludido fallo, inclusive, para que el Tribunal emita otro que cumpla con las exigencias de una adecuada motivación».

PRESCRIPCIÓN - Calumnia || PRESCRIPCIÓN - Interrupción del término: diferencias con la suspensión || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prescripción:** Interrupción del término || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura, evento en que conduce a la prescripción de la acción || **PRESCRIPCIÓN - Se configura**

«[...] **por virtud de la anulación dispuesta** en acápite anterior, que cobija desde la emisión de la providencia de segundo grado, **surge la prescripción de la acción penal**.

En efecto, el artículo 83 del estatuto sustantivo dispone que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que en ningún caso sea inferior a cinco años. Tratándose de procesos seguidos bajo el amparo de la Ley 906 de 2004, el precepto 292 de dicha codificación señala que la prescripción de la acción se interrumpe con la formulación de imputación y que, producida la **interrupción** del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, caso en el cual no podrá ser inferior a tres años.

Por manera que, si en este caso se interrumpió la prescripción el 15 de junio de 2012, por razón del acto de comunicación, a partir de ese día comenzaba el nuevo lapso para que operara el fenómeno que extinguía la acción penal, el cual

era de tres años, dada la pena máxima de 6 años de prisión prevista para el delito de calumnia, según el canon 221 del estatuto punitivo, con el incremento de la Ley 890 de 2004.

Ahora, el delegado de la Fiscalía adujo, en la audiencia de sustentación, que la prescripción no opera porque hay que descontar el tiempo transcurrido desde que se emitió el fallo de segunda instancia y el momento en el que se dicte la respectiva sentencia de casación, en acatamiento de lo señalado en el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, máxime si, desde agosto de 2011 a la fecha, no ha corrido el término prescriptivo.

Es evidente su equivocación, en la medida en que, acorde con lo previsto en el canon 292 ibidem, al cual debe acudir por virtud de la nulidad dispuesta, **se está ante una interrupción del término de prescripción y no de una suspensión**.

Al respecto, la Corte ha sostenido:

En los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, como el que se estudia, operan las figuras de la interrupción y de la suspensión del término prescriptivo. La primera, a partir de la formulación de la imputación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 292, y la segunda, a partir del proferimiento de la sentencia de segunda instancia, por mandato del artículo 189 ejusdem.

De conformidad con lo previsto en el primer precepto, el término prescriptivo se interrumpe con la formulación de la imputación, y empieza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior, en ningún caso, a tres (3) años.

Y en virtud de lo establecido en el artículo 189, el término de prescripción se suspende con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, por un tiempo no mayor de cinco (5) años, al cabo de los cuales se reanuda su conteo, por el tiempo que falta. (CSJ AP3484-2019, rad. 45058).

Por consiguiente, **la declaratoria de nulidad del fallo de segunda instancia conlleva**, en esta oportunidad, **al indefectible decreto de la prescripción de la acción penal**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

8. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES

La prohibición de conceder la prisión domiciliaria, así como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, opera frente al delito por el cual se emita la condena

Al inadmitir la demanda de casación, la Sala tuvo oportunidad de recordar que no es dable invocar la *favorabilidad* entre las normas que regulan la *detención domiciliaria* y la *prisión domiciliaria*, dado que se trata de institutos independientes. Además, recabó el criterio pacífico, consistente en que la prohibición de conceder la *prisión domiciliaria*, así como la *suspensión condicional de la ejecución de la pena*, opera frente al delito por el cual se emite la condena.

AP464-2020(56148) del 12/02/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRISIÓN DOMICILIARIA - Diferente a la detención domiciliaria || PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - No se vulnera: por la inaplicación de la normatividad que regula la detención domiciliaria frente a la de la prisión domiciliaria || **EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES -** La prohibición de conceder la prisión domiciliaria, así como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, opera frente al delito por el cual se emita la condena || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Improcedencia:** cuando haya sido condenado por receptación || **DEMANDA DE CASACIÓN -** Inadmisión por indebida sustentación

«En lo concerniente a la crítica por la negativa en la concesión de la **prisión domiciliaria**, el actor, además de no acertar en la elección del motivo de casación, solo adujo que por favorabilidad ha debido aplicarse el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, no el 38 del Código Penal, con lo cual dejó huérfana su réplica habida cuenta que ningún argumento brindó para demostrar que se estaba ante supuestos fácticos asimilables y que merecían igual tratamiento.

Con todo, tampoco le asiste razón en su planteamiento, toda vez que la Corte tiene decantado que en esos eventos **no hay lugar a predicar favorabilidad porque se está ante institutos independientes.**

[...] Ahora, la discrepancia aludida por el censor entre los preceptos 38B y 68A del estatuto sustantivo penal, parte de una errada interpretación legal y de ignorar que **esta Sala**, desde el auto CSJ AP3358-2015, jun. 17, rad. 46031, **ha afirmado que la prohibición de conceder la prisión domiciliaria, así como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, opera frente al delito por el cual se emita la condena.**

[...] Finalmente, el libelista aduce que el artículo 68A es inaplicable porque su cliente se allanó a cargos y la receptación no tuvo lugar respecto de hidrocarburos.

Al respecto, solo se dirá que su reclamo quedó en el mero enunciado, pues ningún argumento ofreció para respaldarlo y menos exteriorizó cómo había lugar a recoger la jurisprudencia existente que prohija la tesis contraria (CSJ AP086-2018, rad 51709 y CSJ AP6373-2017, rad 50879).

Así las cosas, se inadmitirá la demanda y, al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 y concordante con las reglas definidas por la Sala en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, precisadas en AP3481-2014, cabe la insistencia».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

9. EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - PRUEBAS

La aducción y práctica, se surte al interior del proceso

La Sala se abstuvo de resolver el incidente de definición de competencia, propuesto por un *Juez Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías*, relacionado con la atribución para conocer de una solicitud de búsqueda selectiva en bases de datos, dentro de

un proceso de extinción de dominio. En tal sentido, la Corte recordó que el trámite extintivo constituye una institución autónoma frente a la penal, de modo tal que la aducción y práctica de pruebas, se rige por pautas especiales establecidas en la Ley, resultando de esta manera que la contradicción de la demanda se lleva a cabo es ante el Juez de Extinción de Dominio, por lo que resultaba fuera de lugar que la solicitud probatoria se incoara ante un *Juez de Control de Garantías*.

AP180-2020(56785) del 22/01/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTINCIÓN DE DOMINIO - Normatividad aplicable: se sujetará exclusivamente a la Constitución Política y a las disposiciones de la Ley 1708, excepto cuando existan vacíos o lagunas jurídicas || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Características:** es una institución constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y contenido patrimonial || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Características:** es una institución autónoma frente a la penal || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Procedimiento:** se adelanta en dos etapas, la inicial y la de juzgamiento || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Pruebas:** la aducción y práctica, se surte al interior del proceso || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Pruebas:** la aducción y práctica, se rige por las pautas especiales establecidas en la ley || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Procedimiento:** la contradicción de la demanda de la Fiscalía durante la etapa de juicio, se lleva a cabo ante el juez de extinción de dominio || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Observaciones sobre el acto de requerimiento:** oportunidad de los sujetos e intervinientes para realizarlas || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Pruebas:** Juez de Control de Garantías, no tiene intervención en este tipo de asuntos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** la Sala se abstiene de conocer el asunto y devuelve las diligencias

«En el presente asunto, el Juez Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de San Vicente del Caguán (Caquetá) manifestó que un Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz podría ser el competente para conocer de la autorización para realizar la búsqueda selectiva en base de datos, solicitada por el abogado de JLSL.

En lo fundamental, por cuanto el propósito de la petición del defensor era obtener la información que reposa en diversos sistemas de información, tales como el del Comité Operativo para la Dejeción de las Armas -CODA- y el SPOA y SIJUF de la Fiscalía General de la Nación sobre los postulados de justicia y paz DAAA y YEAG.

Lo que intenta la defensa, sin lugar a dudas, es recolectar las pruebas que, en su criterio, son necesarias para desvirtuar los presupuestos de la causal de extinción de dominio que invoca la Fiscalía en la demanda, por cuanto el proceso de extinción de dominio se encuentra en etapa de juicio. Ello, toda vez que el 18 de octubre de 2019 el Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá profirió auto admisorio de la demanda.

Ahora bien, **la acción de extinción de dominio es una institución constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y contenido patrimonial y, especialmente, autónoma de la penal**. Razones por las cuales, está sujeta exclusivamente a la Constitución y a las disposiciones del Código de Extinción de Dominio -Ley 1708 de 2014-, excepto cuando existan vacíos o lagunas jurídicas. (Artículo 26 ibídem)

En lo relativo a la **parte procedimental**, la citada normatividad estableció un **trámite que se adelanta en dos etapas: la inicial y la de juzgamiento**, las cuales prevén la participación de un fiscal (etapa inicial y de presentación del requerimiento) y de un juez (etapa de contradicción y juicio). (CC C-516/15)

El yerro del Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de San Vicente del Caguán (Caquetá) consistió en **inadvertir que la aducción y práctica de pruebas al interior del proceso de extinción de dominio se rige por las pautas especiales que se encuentran establecidas en la Ley 1708 de 2014**.

Así, el artículo 132 del Código de Extinción de Dominio establece que **la contradicción de la demanda presentada por la Fiscalía durante la etapa de juicio se lleva a cabo ante el juez de extinción de dominio.**

Los sujetos e intervinientes podrán pedir la declaratoria de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, aportar o solicitar la práctica de pruebas y realizar observaciones sobre el acto de requerimiento de la Fiscalía dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda, término que, en el presente asunto, no ha fenecido. (Artículo 141 ibidem)

Por ende, **es en ese escenario natural donde el apoderado judicial de JLSL debe presentar las solicitudes probatorias** que considere necesarias. **Está fuera de lugar, en consecuencia, pedirle al juez de control de garantías que se entrometa en el asunto.**

En consecuencia, la Sala no tiene otra alternativa que **abstenerse de resolver el presente incidente de definición de competencia.**

Ante tal panorama, **se remitirán las presentes diligencias al Despacho de origen**, a fin de que adopte las determinaciones a que haya lugar».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

10. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - SE CONFIGURA:

Respecto de armas prohibidas hechizas, independientemente de si reúnen o no las características de las armas de fuego de defensa personal

La Sala decidió no casar el fallo impugnado, condenatorio por el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*. En el estudio del asunto, encontró fundamental no sólo recordar que el monopolio de las armas de fuego corresponde al Estado, sino aludir a su clasificación al amparo de la normatividad que regula la materia. Adicionalmente advirtió, conforme al estudio de la descripción típica, que la conducta se configura cuando recae sobre las armas prohibidas denominadas *hechizas*, independientemente si reúnen o no las características de aquéllas de defensa personal. Agregó que esta clase de armas *-hechizas-* no pueden catalogarse como deportivas.

SP911-2020(51967) del 11/03/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - Configuración || ARMAS DE FUEGO - Monopolio: a cargo del Estado || **ARMAS DE FUEGO - Clasificación legal:** prohibidas, desarrollo en el Decreto 2535 de 1993 y en el Código Penal || **ARMAS DE FUEGO - Clasificación legal:** deportivas, algunas coinciden en sus características físicas con las de defensa personal y con las uso privativo de las fuerzas armadas || **ARMAS DE FUEGO - Clasificación legal:** prohibidas, hechizas, no se pueden catalogar como armas deportivas || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - Se configura:** respecto de armas prohibidas hechizas, independientemente de si reúnen o no las características de las armas de fuego de defensa personal || **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS - Configuración:** respecto de armas hechizas con características de las de uso privativo || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - Penalización:** según, si se trata de defensa personal o prohibidas || **FABRICACIÓN,**

TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - Circunstancia de mayor punibilidad: modificación que aumenta su letalidad || **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS - Circunstancia de mayor punibilidad:** modificación que aumenta su letalidad

«La regulación de este tema en el Código Penal

El artículo 365 del Código Penal dispone:

ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. «Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:» El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

- 1. Utilizando medios motorizados.*
- 2. Cuando el arma provenga de un delito.*
- 3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.*
- 4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.*
- 5. Obrar en coparticipación criminal.*
- 6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad.*
- 7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado.*
- 8. «Numeral adicionado por el artículo 8 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:» Cuando la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).*

El impugnante y los no recurrentes plantean que esta norma, en lo que concierne al caso sometido

a conocimiento de la Sala, debe interpretarse en los siguientes sentidos: (i) para que el porte de un arma hechiza sea penalmente relevante, debe reunir las características de un arma de defensa personal; (ii) si el artefacto de fabricación artesanal tiene las características físicas de un “arma deportiva”, debe catalogarse como tal; y (iii) el porte de armas deportivas no está penalizado.

En primer término, debe resaltarse que esta interpretación implicaría concluir que no es penalmente relevante la fabricación, porte o tenencia de “*pistolas y revólveres para pruebas de tiro libre, rápido y fuego central; armas cortas no automáticas para tiro práctico; revólveres o pistola de calibre igual o inferior a .38 pulgadas y de cañón superior a 15.24 cm (6 pulgadas); escopetas cuya longitud de cañón sea superior a 22 pulgadas; carabinas calibre 22S, 22L, 22 LR, no automáticas; rifles de cacería de cualquier calibre que no sean semiautomáticos*”; entre otras descritas en el artículo 12 del Decreto 2535 de 1993.

Bajo esa lógica, quien desee fabricar o portar una pistola o un revólver hechizo, sin estar sujeto a consecuencias penales, le bastaría con incrementar un centímetro más al cañón (según los parámetros establecidos en el artículo 11, literal a), o hacer lo propio con las escopetas, a la luz de lo establecido en el literal c de dicha norma.

Lo anterior, sin duda, resulta contrario al **monopolio que el Estado debe tener sobre las armas de fuego**, que, según lo resaltó la Corte Constitucional, se erige en presupuesto de la protección de los derechos y la garantía de un orden justo.

Si se armoniza lo establecido en el artículo 14 del Decreto 2535 (armas prohibidas, entre ellas las hechizas), con la literalidad del inciso segundo del artículo 365 del Código Penal (“En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales”), necesariamente debe entenderse que en la primera parte se hace alusión a las armas descritas en el artículo 11 del referido decreto, y en el inciso segundo se alude a las incluidas en el artículo 14, literal c, ídem, salvo cuando las mismas reúnen los requisitos para ser catalogadas como de uso privativo de las fuerzas armadas, cuyo porte, tráfico o fabricación está penalizado en el artículo 366 ídem.

Si el legislador hubiera sometido la penalización de las **armas hechizas** al hecho de que reúnan las características de un arma de defensa personal, no tendría ninguna utilidad el referido inciso segundo, pues, según la teoría del impugnante, en el primero estarían cobijadas las de fabricación industrial y artesanal, ya que en esa parte de la norma no se hizo ninguna diferenciación.

Asimismo, debe considerarse que en el inciso segundo del artículo 365 se consagró la salvedad prevista en el artículo 14 del Decreto 2535 de 1993 en lo que concierne a las “*escopetas de fisto en zonas rurales*”, lo que confirma que en este apartado se desarrolló lo atinente a las armas hechizas como uno de los tipos de armas prohibidas.

La redacción del artículo 366 del Código Penal permite comprender mejor este tema. Dice la norma:

ARTICULO 366. FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS. «Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:» El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre, porte o tenga en un lugar armas o sus partes esenciales, accesorios esenciales, municiones de uso privado de las Fuerzas Armadas o explosivos, incurrirá en prisión de once (11) a quince (15) años.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando concurren las circunstancias determinadas en el inciso 3o del artículo anterior.

Si se asumiera, como propone el demandante, que el primer inciso del artículo 365 penaliza lo atinente a armas de defensa personal de fabricación industrial, y que en el inciso segundo se hizo lo propio con armas hechizas que reúnan las características descritas en el artículo 11 del Decreto 2535, habría que aceptar que en el artículo 366 ídem, cuya redacción es prácticamente igual (salvo en lo que atañe a la clasificación de los elementos bélicos) solo se penalizó la fabricación, tráfico o porte de armas de uso restringido o de uso privativo de las fuerzas armadas cuando son producidas industrialmente, mas no cuando son hechizas.

Visto de otra manera, para que la interpretación que propone el censor tuviera sentido, el artículo 366 debió incluir un inciso igual al segundo del artículo 365, salvo que se quiera aducir, en contra de cualquier lógica, que el legislador penalizó la fabricación, tráfico o porte de armas de defensa personal hechizas, y decidió no hacerlo frente artefactos de la misma procedencia, pero más letales, como los referidos en el artículo 366.

Lo que emerge con claridad es que en el artículo 366 **se penalizó la fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas, independientemente de su origen y forma de fabricación**. Al respecto, en la norma no se hizo ninguna diferenciación.

Por su parte, en el primer inciso del artículo 365 del Código Penal se penalizó la fabricación, tráfico y porte de armas de defensa personal, pero, en el inciso segundo, **se incluyeron las armas hechizas, independientemente de sus características**, salvo las que reúnan las características que permitan catalogarlas como de “*uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas*”.

Se insiste, si el legislador, en el artículo 365, hubiera querido penalizar únicamente las armas de defensa personal, no tendría sentido la inclusión del inciso segundo. Al efecto, hubiera resultado suficiente una redacción semejante a la del artículo 366, que incluyó las armas de uso privativo de las fuerzas armadas, sin especificar su origen y forma de fabricación.

Resulta claro que con el inciso segundo del artículo 365 se abarcan las armas de fuego hechizas que no reúnan las características previstas en el artículo 8 del Decreto 2535 de 1993, bajo el entendido de que las que se sujeten a estos parámetros están comprendidas en el artículo 366.

No puede pasar inadvertido que **las armas hechizas que reúnen las características para ser catalogadas como de uso privativo de las fuerzas armadas, son catalogadas como prohibidas** por cada una de estas razones en el artículo 14 del decreto en mención: “*armas y accesorios prohibidos (...) a) Las armas de uso privativo o de guerra...; (...) c) Las armas hechizas, salvo las escopetas de fisto*”.

Por demás, se advierte que el artículo 14 del **Decreto 2535 de 1993** (armas prohibidas) se desarrolló en varios sentidos en el Código Penal:

Artículo 14 del Decreto 2535 de 1993 (armas prohibidas) Código Penal

a) Las armas de uso privativo o de guerra, salvo las de colección (...)

Art. 366, penaliza su tráfico, fabricación o porte, sin diferenciar su origen o forma de producción.

a) Armas de fuego de cualquier calibre que hayan sido modificadas sustancialmente en sus características de fabricación u origen, que aumenten la letalidad del arma Circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 6°, inciso tercero, artículo 365 del Código Penal, y en el artículo 366 ídem:

Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad.

b) Las armas hechizas, salvo las escopetas de fisto Inciso segundo del artículo 365:

En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales.

Si son de uso privativo de las fuerzas armadas, están cobijadas por el artículo 366

c) Las que requiriéndolo carezcan del permiso expedido por autoridad competente. Inciso primero del artículo 365 y artículo 366

En síntesis, se tiene que el legislador: **(i)** en el Decreto 2535 de 1993 estableció diversas categorías de armas de fuego, en orden a regular los permisos de porte o tenencia; **(ii)** dentro de esas categorías incluyó la de “*armas prohibidas*”; **(iii)** entre las armas prohibidas están las “*hechizas*”; **(iv)** en cuanto a las “*armas de uso civil*”, diferenció las de defensa personal, las deportivas y las de colección; y **(v)** algunas armas deportivas coinciden en sus características físicas con las de defensa personal e incluso con armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

En cuanto a las armas hechizas y su posible categorización como armas deportivas se tiene que: **(i)** el concepto de arma deportiva depende de las características del arma y, principalmente, de la sujeción del deportista a las reglas dispuestas para mantener el control sobre el uso de ese tipo de artefactos, entre los que se destacan la asociación a un club y la vigilancia permanente de la Federación Colombiana de Tiro y Caza, sin perjuicio de la supervisión de las autoridades militares competentes; **(ii)** en todo caso, debe

obtenerse permiso para su tenencia, el que solo puede recaer sobre armas importadas o fabricadas por el Estado; y **(iii)** bajo estas condiciones, las armas hechizas no pueden ser catalogadas como armas deportivas, no solo por su origen, sino además porque hacen parte del grupo de “*armas prohibidas*”, consagrado en el artículo 14 del Decreto 2535 de 1993.

Y, **en cuanto a la penalización:** **(i)** en el artículo 365, en su primer inciso, se sanciona el porte ilegal de armas de defensa personal -que es una de las categorías de armas de uso civil-; **(ii)** en el inciso segundo, se sancionó uno de los tipos de “*armas prohibidas*” -las hechizas-; **(iii)** en el inciso tercero, numeral 6°, se estableció como **circunstancia de mayor punibilidad** (la pena se duplicará) “*cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad*”; **(iv)** en el artículo 366 se sancionó la fabricación, tráfico o porte de armas (...) de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas (...); y **(xii)** en el inciso segundo de esta norma se consagró la misma circunstancia de mayor punibilidad que se acaba de mencionar, cuando las características de fabricación u origen del arma son alteradas para **incrementar su letalidad**, lo que bien puede suceder por cambios artesanales».

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - No se configura || FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - Se configura: respecto de armas prohibidas hechizas, independientemente de si reúnen o no las características de las armas de fuego de defensa personal || **ARMAS DE FUEGO - Monopolio:** a cargo del Estado || **ARMAS DE FUEGO - Clasificación legal:** prohibidas, hechizas, no se pueden catalogar como armas deportivas || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - Se configura:** mediante el porte o tenencia de munición

«[...] la Sala considera infundada la violación directa de la ley sustancial atribuida al Tribunal. Según se anotó, la condena gira en torno a la idea de que en el inciso segundo del artículo 365 del Código Penal se penalizó el tráfico, fabricación o porte de armas de fuego hechizas o artesanales, al margen de si reúnen o no todas las características previstas en el artículo 11 del

Decreto 2535 de 1993, con la excepción de las escopetas de fisto en zonas rurales.

Según se indicó, esta interpretación se aviene al análisis sistemático del decreto en mención, no solo de sus “principios generales”, entre los que se destaca el monopolio estatal sobre todas las armas de fuego, sino además en la expresa inclusión de las armas hechizas en la categoría de armas prohibidas, salvo las escopetas de fisto.

Igualmente, la postura del Tribunal es acorde a lo establecido en los artículos 365 y 366 del Código Penal, bien porque la primera norma dispuso expresamente la penalización del tráfico, fabricación o porte de armas de fuego hechizas, y porque ambas normas regularon, a su manera, la respuesta penal frente a la realización de estos verbos rectores frente a varias de las “armas prohibidas” relacionadas en el artículo 14 del Decreto 2535 de 1993.

Por demás, se tiene que la interpretación que propone el censor, a partir de un estudio fragmentario del ordenamiento jurídico, resulta contrario a los fundamentos constitucionales del monopolio estatal sobre las armas de fuego, por las razones expuestas en precedencia.

Del mismo nivel es la propuesta incluida en la demanda acerca de las armas deportivas, porque se edifica sobre referencias aisladas al artículo 12 del Decreto 2535, sin considerar la extensa regulación allí contenida sobre la utilización de armas de fuego para actividades deportivas, que fue objeto de un completo análisis por parte de la Corte Constitucional, tal y como se resaltó en su momento.

Finalmente, no puede pasar inadvertido que a WSHM le fue hallada la escopeta y dos municiones para la misma. Así, incluso si se aceptara, solo para la discusión, que el porte de la escopeta es penalmente irrelevante, tendría que explicarse por qué también lo sería el porte de los cartuchos “calibre 28” que, según el perito en balística, fueron utilizados para verificar que el arma es idónea para disparar (folios 97 y ss.), pues el artículo 365 del Código Penal también sanciona el tráfico, la fabricación y el porte de ese tipo de elementos».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

11. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - SE CONFIGURA

Al valorar y tener como fundamento demostrativo de la sentencia, manifestaciones anteriores al juicio que no adquirieron la condición de pruebas, ni como testimonio adjunto ni de referencia

La Sala mayoritaria decidió casar el fallo impugnado y restablecer la absolución dispuesta en primera instancia, respecto del procesado por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*. Lo anterior, por cuanto se advirtió configurado un *falso juicio de legalidad* por parte del Tribunal, pues valoró y tuvo como fundamento demostrativo de la sentencia, *manifestaciones anteriores al juicio* que no adquirieron la condición de pruebas, ni como *testimonio adjunto ni de referencia*. En este sentido, la Corporación efectuó un estudio

de tales medios de convicción, así como de los presupuestos requeridos para su aducción.

SP934-2020(52045) del 20/05/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, carece de consagración expresa en la ley || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, ha sido desarrollado por la jurisprudencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción || **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos
|| **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** en casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante conainterrogatorio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** conainterrogatorio, está limitado a los temas abordados en el interrogatorio directo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, no adquiere la condición de prueba si su lectura se hace durante el interrogatorio de un tercero

«Del testimonio adjunto.

La noción de **testimonio adjunto, que carece de consagración expresa en el Código de Procedimiento Penal, ha sido desarrollada por la jurisprudencia** en atención a que, conforme lo enseña la práctica judicial, con no poca frecuencia sucede que quienes concurren al juicio a rendir testimonio se desdican de las aserciones que han efectuado en entrevistas y declaraciones anteriores, las modifican sustancialmente o incluso rehúsan haberlas efectuado.

Así, la Sala ha decantado una línea de pensamiento orientada a que, frente a un escenario de retractación o modificación sustancial de la versión de un testigo en la vista pública, la parte interesada pueda incorporar como testimonio adjunto, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, pero desde luego, ello sólo resulta posible, por virtud del artículo 16 precitado, en la medida en que **se garantice a la parte contra la cual aquéllas se aducen la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.**

En ese entendido, para que una declaración previa pueda incorporarse a la atestación producida en el juicio oral en tal calidad, deben satisfacerse los siguientes **requisitos:**

(i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, no sólo físicamente, esto es, con su presencia en la diligencia, sino también funcionalmente, es decir, en condiciones de servir o ejercer efectivamente como medio de prueba.

Por lo anterior, no podrá reputarse disponible el declarante que, no obstante concurrir al juicio, rehúsa comunicar los hechos que le constan, se

niega a contestar las preguntas que se le formulan o las evade con respuestas artificiales que hacen imposible la adecuada confrontación.

(ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas. De lo contrario - es decir, de persistir el testigo en su narración primigenia - resultaría innecesaria cualquier referencia a lo dicho con anterioridad y la prueba consistiría sencillamente de lo que diga en la diligencia.

(iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, de modo que el Juez cuente con las dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas (si es que alguna) le merece credibilidad.

Ahora bien, lo fundamental para que las declaraciones previas adquieran la condición de testimonio adjunto, según se esbozó, es que a la parte contra la cual se aducen se le garanticen los derechos de contradicción y confrontación. De ahí que la lectura que habilita su incorporación es la que se hace durante el interrogatorio de la persona que las suministró (en principio, por el mismo testigo o, excepcionalmente, por quien conduce el interrogatorio, si aquél, verbigracia, no sabe leer o está en incapacidad de hacerlo) y no la que eventualmente pueda realizar quien las recabó (investigadores, psicólogos, médicos, etc.) o cualquier otro testigo.

La razón es evidente: sólo si la lectura de la versión extra-juicio se hace durante el interrogatorio de quien la realizó se activa para la parte contraria la posibilidad real y efectiva de ejercer la confrontación de esos contenidos probatorios, pues el conainterrogatorio, que es la herramienta procesal primordial con la que cuenta para ese fin, está limitado por expreso mandato legal a "los temas abordados en el interrogatorio directo".

[...] En esa línea, **cuando la lectura de la declaración previa no es efectuada en el curso del interrogatorio de quien la ofreció sino en el de un tercero, aquélla no adquirirá la condición de prueba** porque la parte contra la cual se aduce queda desprovista de la posibilidad de explorarla, controvertirla y desmentirla. Se insiste, si la versión extra-juicio (y muy especialmente, los apartes inculpativos que constituyen la verdadera prueba de cargo) no es

objeto de interrogatorio directo, las limitaciones temáticas inherentes al contrainterrogatorio implicarán para la parte restante la imposibilidad de confrontarla y, con ello, una suerte de indisponibilidad del deponente respecto de esos contenidos probatorios».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, que la parte interesada la solicite en el juicio oral || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, requisitos, que el Juez de conocimiento profiera decisión favorable || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, no opera automáticamente ni de oficio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Debido proceso probatorio:** se vulnera, cuando se valora como testimonio adjunto, una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, requisitos, cargas demostrativas para su admisión || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, la contraparte se puede oponer a la petición de incorporación

«A lo anterior debe agregarse que la incorporación de una manifestación antecedente como testimonio adjunto **requiere**, además del cumplimiento de las anteriores exigencias, **que la parte que la pretende exteriorice una solicitud en ese sentido** (desde luego, en el juicio oral, pues la condición necesaria es que el testigo se retracte en esa diligencia al rendir testimonio) y que, frente a tal postulación, **se profiera una decisión favorable del Juez de conocimiento**.

La aducción de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada. En primer lugar, porque ello comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto; **mal podría el funcionario valorar como testimonio adjunto** (esto es, como una verdadera prueba) **una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente**, pues con ello estaría arrojándose una iniciativa de la que está desprovisto.

De otro lado, porque así resultaría sorprendida la parte contraria, para la cual, entonces, resultaría pretermitida la posibilidad de oponerse a tal incorporación y de controvertir los fundamentos de la misma, con ostensible **violación del debido proceso probatorio**.

En esa comprensión, quien pretende la aducción de una declaración como testimonio adjunto debe solicitarla y, para ello, tiene la **carga argumentativa de demostrar que (i)** el testigo está disponible en el juicio; **(ii)** al rendir testimonio se retractó de sus anteriores aserciones o las modificó sustancialmente y; **(iii)** la deposición previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos.

Sobre tal petición (como sobre cualquier otra de naturaleza probatoria) necesariamente deberá permitirse a la contraparte intervenir, a efectos de que, si a bien lo tiene, refute el cumplimiento de una o más de las condiciones que habilitan la incorporación del testimonio adjunto, por ejemplo, porque **(i)** en realidad el testigo no estuvo disponible, **(ii)** no existió una retractación, o **(iii)** no se le dio lectura ni se materializó el derecho de confrontación frente a la declaración anterior».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, que la parte interesada la solicite en el juicio oral || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Debido proceso probatorio:** se vulnera, cuando se valora como testimonio adjunto, una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, requisitos, la persona debe estar disponible física y funcionalmente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, requisitos, el testigo debe retractarse de sus aserciones u ofrecer una versión sustancialmente diferente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, requisitos, la declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, requisitos, la declaración anterior debe incorporarse durante el

interrogatorio de la persona que la suministró || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, no adquiere la condición de prueba si su lectura se hace durante el interrogatorio de un tercero || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción

«En el asunto que se examina, las manifestaciones previas de C.G.P.P. que el Tribunal tuvo como fundamento de la condena - las ofrecidas ante las psicólogas RS y GB - no constituyen, contrario a lo entendido por el ad quem, testimonio adjunto, sencillamente porque la Fiscalía no agotó el procedimiento requerido para que así fuera y reclamó su incorporación en tal condición.

En efecto, la Sala no discute que **(i)** C.G.P.P. estuvo disponible para el juicio, tanto física como funcionalmente, pues rindió testimonio y respondió los cuestionamientos que le formularon tanto la Fiscalía como la defensa con fluidez y sin evadirlos o eludirlos; **(ii)** la menor se retractó de las aseveraciones que realizó en las entrevistas que se le practicaron antes del juicio, pues mientras en aquéllas expresa e inequívocamente sindicó a PMA de haberle realizado tocamientos sexuales con precisión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello habría sucedido, en la vista pública adujo que esos hechos nunca ocurrieron y que los denunció por animadversión hacia el nombrado.

Lo anterior, entonces, da por satisfechas las dos primeras de las exigencias atrás examinadas en punto a la aducción del testimonio adjunto.

No obstante, **la Fiscalía no incorporó las manifestaciones previas mediante su lectura durante el interrogatorio** de C.G.P.P., con lo cual **no se activó para la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación** respecto de esos contenidos probatorios (que constituyen la verdadera prueba de cargo, en tanto lo dicho por la menor en el juicio le es favorable al imputado).

En efecto, ante la retractación de la ofendida en la vista pública, el Delegado de la acusación, como se observa en la reseña de su testimonio, se limitó a formularle algunos cuestionamientos sobre el porqué de sus primigenios señalamientos contra PM y a preguntarle en qué

consistieron las sindicaciones que anteriormente había elevado contra el imputado. [...]

Ante tales proposiciones, que hacían patente la **retractación** de la testigo, la Fiscal del caso, con total pasividad, se abstuvo de confrontar a la entonces adolescente con el contenido de sus manifestaciones extra-juicio y de provocar su lectura a efectos de cuestionarla sobre su contenido. Incluso, aunque C.G.P. dijo varias veces “no recordar” lo que había dicho anteriormente, el funcionario ni siquiera acudió a ellas con el propósito de refrescar su memoria.

Desde luego, para la Corte no pasa desapercibido que las manifestaciones extra-juicio de la menor fueron leídas en la vista pública por las **psicólogas** que las acopiaron. No obstante, y según fue explicado, ello resulta insuficiente para atribuirles la calidad de testimonio adjunto.

La confrontación de esos contenidos probatorios, cuyo agotamiento era inexorable para atribuirles la condición de pruebas, únicamente resultaba posible frente a la autora de las afirmaciones antecedentes, esto es, la víctima, en cuyo interrogatorio entonces debían ser incorporadas mediante su lectura. De ese modo, se hubiese habilitado para la representación de PM la posibilidad de controlar el interrogatorio de la Fiscalía y de adelantar por su cuenta el respectivo contrainterrogatorio.

Así pues, como **el contenido de las entrevistas no fue incorporado a través de la única testigo con quien ello podía legalmente hacerse - la víctima - y, además, la Fiscalía ni siquiera solicitó del despacho la aducción de las mismas como testimonio adjunto** (por lo cual no existió para la defensa la oportunidad de oponerse a ello ni una decisión del Juez que accediera a tal pretensión), **surge evidente que las mismas no adquirieron dicha connotación y no podían ser valoradas como tales por las instancias».**

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, menor víctima de delitos sexuales (art. 206A), es prueba de referencia, admisibilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como prueba de referencia, requisitos, que la disponibilidad del testigo no sea plena sino

relativa || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** anamnesis de las pericias sexológicas, psicológicas o psiquiátricas de menor de edad víctima de delitos sexuales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como prueba de referencia, requisitos, que la parte interesada solicite su aducción, evento en que la Fiscalía no lo hizo

«Por otra parte, la Sala advierte que **las entrevistas** de C.G.P.P. **tampoco reúnen las condiciones para tenérselas como pruebas de referencia admisibles**, y, por ende, **la incorporación que de su contenido se hizo a través de las psicólogas que las practicaron, también desde esta óptica, se adelantó irregularmente.**

Ciertamente, no cabe duda de que tales manifestaciones **(i)** fueron producidas por fuera del juicio y **(ii)** comprenden aspectos sustanciales de relevancia para la solución del caso, en tanto allí la ofendida sindicó con claridad y detalle a JAPM de la comisión del delito investigado. No se rebate tampoco que **el testimonio de las psicólogas entrevistadoras** podía constituir el medio de prueba pertinente para comunicar y demostrar su contenido en la vista pública.

Con todo, es evidente que C.G.P.P. **estuvo disponible en el juicio oral.** No sólo compareció a la diligencia, sino que estuvo abierta a responder las preguntas que la Fiscalía y la defensa le formularon. Además, para el momento en que se celebró ese acto procesal, C.G.P.P. tenía diecisiete años - no era ya una niña para quien la rememoración de los sucesos o su comunicación verbal resultara especialmente difícil - y no exhibió tampoco limitaciones de cualquier índole para rendir testimonio.

Lo anterior derruye **la condición fundamental de la admisibilidad de la prueba de referencia en casos de menores víctimas de delitos sexuales que comparecen a la vista pública, cual es que lo hagan en condición de disponibilidad relativa.**

En todo caso, **la Fiscalía ni siquiera solicitó** (y menos aún, por consecuencia obvia, cumplió con la carga argumentativa que una pretensión de tal naturaleza le imponía) **que las entrevistas fueran incorporadas al acervo probatorio como pruebas de referencia».**

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura: al valorar y tener como fundamento demostrativo de la sentencia, manifestaciones anteriores al juicio que no adquirieron la condición de pruebas, ni como testimonio adjunto ni de referencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba, deben cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto, ha sido desarrollado por la jurisprudencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** evento en el que las manifestaciones extra-juicio, no se incorporaron debidamente y no podían ser apreciadas por el juez || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** conocimiento indirecto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** testimonio del perito, respecto de las entrevistas que recibió al menor, víctima de delito sexual, evento en que tuvo la doble connotación de referencial y directo || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, retractación || **PRINCIPIO PRO INFANS** - Genera exigencias reforzadas de diligencia para la fiscalía, cuando la víctima es menor de edad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la Fiscalía para elegir cuál mecanismo utilizar || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Agravado:** no se configura

«De lo anterior se sigue, en síntesis, que **las manifestaciones extra-juicio** de C.G.P.P. **no adquirieron la condición de pruebas - ni como testimonio adjunto ni de referencia - y no podían**, por ende, **ser apreciadas**, con lo cual se hace patente el **falso juicio de legalidad en que incurrió el Tribunal al valorarlas y tenerlas como fundamento demostrativo de la sentencia** atacada.

No sobra anotar que para la fecha en que se profirió el fallo de segunda instancia - el 1° de noviembre de 2017 - ya la Sala, en decisión SP606-2017 atrás referenciada, había precisado y definido cuál es el trámite que debe seguirse para la incorporación de declaraciones incompatibles con el testimonio a modo de **testimonio adjunto**, el cual, como quedó visto, fue manifiestamente desatendido en este asunto.

La corrección de ese dislate supone la necesidad de adelantar la valoración del acervo probatorio legalmente incorporado al proceso - esto es, con sustracción de las manifestaciones previas de C.G.P.P. - a efectos de establecer si resulta suficiente para mantener la condena o si, en contrario, se impone la absolución de PM.

Pues bien, la prueba de cargo regularmente allegada a la actuación consiste, en primer lugar, en los testimonios de MAHS, quien relató que escuchó de C.G.P. los tocamientos a los que el enjuiciado la sometió, y MMHS, quien a su vez escuchó de la primera que JAP “cogió” a la menor.

A las nombradas nada les consta sobre los hechos y no pudieron ofrecer información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido. Incluso, la segunda de ellas ni siquiera se enteró de los tocamientos por la ofendida, sino a través de su hermana MA, esto es, de manera indirecta.

Se cuenta también con las declaraciones de las psicólogas CPRA y DJGB, quienes recibieron las entrevistas de la víctima y por cuyo conducto se comunicó (aunque ilegalmente, como quedó visto) su contenido. En el juicio, además, se pronunciaron sobre el comportamiento que asumió la menor durante las diligencias, el respaldo emocional que advirtieron en su relato y la consistencia lógica que observaron en el mismo.

En este punto, recuérdese que estas dos pruebas tienen la **doble connotación de referenciales y directas**; lo primero, en cuanto a las manifestaciones efectuadas por la persona entrevistada y, lo segundo, en relación con la percepción personal de lo sucedido por las profesionales en el curso de las entrevistas.

[...] Pues bien, como quedó explicado, **la incorporación de las manifestaciones previas de C.G.P.P. efectuada a través de CPRS y DJGB se llevó a cabo ilegalmente** y respecto de esas proposiciones probatorias **nada resulta lícito considerar**.

En ese orden, las declaraciones de las nombradas, en lo que son susceptibles de valoración, están circunscritas a los aspectos fácticos de los que fueron testigos directas, limitados, básicamente, a que C.G.P.P. ofreció un relato coherente y detallado (de contenido desconocido para el proceso) con respaldo emocional de angustia.

A lo anterior se suman las atestaciones de la propia víctima - esto es, que antes del juicio afirmó haber sido manoseada por PM en las «partes íntimas», pero que ello en verdad nunca sucedió y lo dijo por rabia - y las de su hermana M.S.O.P., quien simplemente advirtió que el acusado fue detenido por una denuncia de C.G. que «es mentira (y) no pasó».

En ese entendido, la información incriminatoria allegada al trámite se ciñe, en esencia, a **(i)** las escuetas aserciones de C.G.P.P. sobre lo que admitió haber afirmado antes del juicio, esto es, que fue manoseada en las partes íntimas por el acusado, y **(ii)** la apreciación de las psicólogas en cuanto a que recibieron de aquélla un relato coherente con respaldo emocional, cuyo contenido no se probó.

Tal información carece enteramente de detalles y, por ello, resulta insuficiente para sostener la condena, máxime que C.G.P.P. insistió en la vista pública en que esas lacónicas sindicaciones elevadas contra PM no son ciertas. **Como su relato extra-juicio** (ese sí, contentivo de una descripción minuciosa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían acaecido los hechos) **no puede ser valorado**, resulta imposible contrastar las dos versiones a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas está revestida de condiciones de credibilidad.

En esas condiciones, **ante la evidenciada precariedad de la prueba incriminatoria, se impone casar el fallo y reestablecer la absolución dispuesta en la primera instancia**; no porque, como lo entendió el a quo, los señalamientos efectuados por C.G. fuera del juicio no sean creíbles, sino por las consideraciones expuestas en esta providencia.

La Sala no puede dejar de anotar que, en este asunto, podía avizorarse razonablemente desde las entrevistas rendidas por C.G. (obtenidas con suficiente antelación respecto de la iniciación del juicio) que aquélla se retractaría de las imputaciones elevadas contra el sentenciado, en tanto ya desde esas preliminares diligencias exteriorizó sentimientos de culpa derivados de haber revelado lo sucedido. Además, era evidente la ausencia de otros elementos de juicio directos o indirectos que permitieran demostrar el hecho investigado y la participación del acusado en su comisión.

Esa situación **imponía a la Fiscalía, especialmente por razón de las cargas especiales derivadas del principio pro infans, la ponderación cautelosa y reflectiva de las distintas alternativas probatorias con las que contaba para sacar adelante su teoría del caso** (supra 2.1 y ss.) y en particular, en tanto optó por practicar el testimonio de C.G.P. en el juicio, la carga de tramitar adecuadamente la incorporación de sus declaraciones previas como

testimonio adjunto con el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello, a efectos de garantizar la confrontación de esos contenidos probatorios de suerte que pudiesen constituirse en fundamento demostrativo válido de un eventual fallo de condena».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

12. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - SE CONFIGURA

Cuando el Juez de segunda instancia examina y apoya sus conclusiones en documentos que no fueron introducidos al plenario, ni apreciados por el juzgado de primer nivel

La Sala mayoritaria, casó el fallo impugnado y restableció la decisión absolutoria de primera instancia, respecto de los acusados del concurso entre los delitos de *fraude procesal y obtención de documento público falso*, tras advertir configurado un *falso juicio de legalidad*, toda vez que el Tribunal apoyó sus conclusiones en el examen oficioso de documentos inadmitidos en la audiencia preparatoria, y que, por lo mismo, no habían sido objeto de valoración por parte del Juzgado de primer nivel. Tal situación, implicó la inobservancia del debido proceso probatorio, y tuvo trascendencia en el análisis del aspecto subjetivo de las conductas atribuidas.

49672 del 15/04/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Diferencia con el falso juicio de existencia || DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de casación: la Sala hace caso omiso a la técnica y resuelve de fondo || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se**

configura: evento en que el juez de segunda instancia, construyó hechos favorables a la víctima, a partir del contenido de documentos inadmitidos a la fiscalía en la audiencia preparatoria || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** cuando el Juez de segunda instancia examina y apoya sus conclusiones en documentos que no fueron introducidos al plenario, ni apreciados por el juzgado de primer nivel || **DEBIDO PROCESO PROBATORIO - Se vulnera || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** métodos de autenticación e identificación, evento en que se inobservaron por el Juez de segunda instancia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas de oficio:** prohibición legal, evento en que el Juez de segunda instancia solicitó oficiosamente medios de convicción inadmitidos a la fiscalía, y los enunció en la sentencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Debido proceso probatorio:** es inviable valorar pruebas adosadas al expediente a iniciativa del propio fallador, por fuera de las oportunidades legalmente previstas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Debido proceso probatorio:** reglas, pasos graduales de solicitud, admisión o decreto, práctica, contradicción y valoración, establecidos en la ley

«Error de derecho por falso juicio de legalidad:

Aun cuando el libelista postuló un **error de hecho por falso juicio de existencia**, por suposición, en su demostración aludió a situaciones que, en su entender, comportan un indebido decreto y práctica de las pruebas, más ello implica la ruptura de la unidad lógica del reproche por él formulado, pues tales aspectos pertenecen a **errores de derecho**, que no atañen a las fases de apreciación y valoración probatoria, sino que conciernen a aspectos normativos en la

formación y aducción de las pruebas, **definitorios del falso juicio de legalidad.**

Sin embargo, **esa imprecisión no es obstáculo para realizar el estudio pertinente, para así garantizar, en esta sede, el derecho a la doble conformidad.**

En esa medida, el demandante fundamentó la censura en la apreciación de los siguientes medios probatorios:

[...] Es menester aclarar que la única prueba de cargo practicada por la fiscalía fue la declaración de CTOA, quien describió las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, en especial, la relación comercial y sentimental que entabló con GAQQ, los predios -2- y vehículos -2- que adquirieron juntos y la forma en que los familiares de su excompañero permanente se apoderaron de esos bienes.

La deponente expresó que para el año 2001 constituyeron el establecimiento de comercio denominado [...] el cual se ubicaba en la carrera 54 con calle 57 y estaba identificado con un aviso de aluminio que fue retirado por los parientes de su expareja cuando éste se encontraba hospitalizado. Aclaró que vivía con sus hijos y el ahora difunto en el segundo piso del precitado inmueble.

Resaltó que después de la muerte GAQQ, los acusados procedieron a apoderarse del dinero y mercancía que reposaba en el negocio y, a desalojarla de su vivienda, incidentes que la llevaron a interponer una denuncia por hurto contra AQQ y JMQQ y a promover un procedimiento de lanzamiento por ocupación de hecho.

Expresó que esa última diligencia fue atendida por los hermanos F y JMQQ y el abogado JWGM, quienes se opusieron al desarrollo de ésta, alegando que ella no tenía ningún derecho. Agregó que, el profesional del derecho le manifestó que buscara asesoría legal si estimaba que se hallaba legitimada.

Aseveró haber recibido una indemnización sustitutiva de pensión por el fallecimiento de su excompañero permanente y, que siempre mantuvo buena relación con la familia de aquel.

Por otra parte, las estipulaciones probatorias se limitaron a: (i) la plena identidad de los encartados, (ii) el contenido y autenticidad de las escrituras públicas n.º [...], (iii) la historia clínica de GAQQ, (iv) la propiedad de los vehículos de

placas [...] y [...], el primero en cabeza de CTOA y, el segundo a nombre de AQQ, (v) la veracidad de las matrículas inmobiliarias n.º [...] y [...], (vi) el deceso de GAQQ, y, (vii) la calidad de abogado de JWGM.

Ahora bien, al revisar el expediente se tiene que el fallador de primera instancia, en audiencia efectuada el 10 de diciembre de 2013, inadmitió la mayoría de los elementos de convicción solicitados por la fiscalía, por los siguientes motivos:

[...] Aclarado lo anterior, la Sala logró identificar, conforme a planteamientos elevados por la defensa, diversos apartes en la providencia impugnada en los que se hizo alusión a las pruebas denegadas por el fallador de primera instancia a la delegada del ente acusador.

Así, el Tribunal partió del supuesto que todas las afirmaciones elevadas por CTOA estaban sustentadas probatoriamente y que permitían deducir que entre ella y GA existió una relación de convivencia. Igualmente, indicó que a esa conclusión también arribaron el Juzgado [...] de Familia y la Sala de Familia del Tribunal Superior [...] en el proceso declarativo de unión matrimonial de hecho. Además, acotó:

[...] De la lectura de los fragmentos recalcados, aparece sosegado que **el fallador de segundo grado incurrió en falso juicio de legalidad** -más no en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, como lo anunció el demandante-, **al construir hechos favorables a la víctima, a partir del contenido completo de documentos que le habían sido inadmitidos a la fiscalía en la audiencia preparatoria, y por tal razón, no fueron introducidos al plenario, ni mucho menos apreciados por el juzgado de primer nivel.**

En ese orden, erró la Colegiatura al examinarlos en su integridad pues con ese indebido proceder **afectó claramente las reglas del debido proceso probatorio, entendidas como los pasos graduales de solicitud, admisión o decreto, práctica, contradicción y finalmente valoración establecidos en la ley.**

En contravía de los principios rectores del proceso penal, el cuerpo colegiado, inexplicablemente, **procedió a solicitar, oficiosamente,** esos medios de convicción, a la fiscalía, y luego, a enunciarlos dentro de la providencia impugnada, como se acaba de indicar.

Revisado el expediente se observa que, mediante auto del 26 de septiembre de 2016 el Tribunal pidió a la Fiscalía [...] Seccional [...]

[...] Sin fundamentos perceptibles, el juzgador de segundo nivel dio por sentado que las piezas requeridas se exhibieron, reconocieron y controvirtieron en el juicio oral, cuando lo cierto es que, pese a que algunos apartes de aquellas se exteriorizaron en la vista pública al haber sido solicitados por la defensa y que la fiscalía utilizó para refrescar la memoria de unos testigos de descargo, **el contenido total de los mismos no fue reproducido o autenticado conforme a lo dispuesto en el artículo 426 de la Ley 906 de 2004.**

Los elementos de juicio que, en concreto, empleó la delegada del ente acusador fueron el certificado de registro mercantil del establecimiento de comercio [...] y el acta de diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho. El primer documento fue exhibido al investigador de la defensa CAGM y el segundo a FQQ.

Al respecto, GM señaló que CTOA contaba con el registro mercantil n.º[...] para el local [...], sin embargo, el deponente no refirió la dirección en la que funcionaba ese negocio, por tanto, no se logró corroborar la ubicación de la empresa.

Por su parte, FQQ, luego de ponérsele de presente la constancia de la actuación administrativa, indicó que la atendió junto con su hermano JM y el abogado JWGM y que la afectada, promotora de la acción, alegaba ser la pareja sentimental de GA y dueña del negocio de reciclaje, pero que sus pretensiones de desalojo no prosperaron toda vez que aquella no aportó pruebas que acreditaran la relación marital con su familiar fallecido o la propiedad sobre el local de comercio. Agregó que no recordaba si en la diligencia se encontraron y retiraron bienes de CTOA y, si esta contaba con algún registro del negocio.

El debido proceso torna inviable valorar pruebas adosadas al expediente a iniciativa del propio fallador, por fuera de las oportunidades legalmente previstas, como ocurrió en el evento analizado, donde el reparo por incorrecta valoración hace alusión a **elementos de juicio que ya habían sido inadmitidos, y, por lo tanto, su contenido no pudo ser conocido ni controvertido por las partes ni corroborado por el juez de instancia.**

Por lo expuesto, es claro que **el Tribunal**, con el único propósito de dar mayor mérito suasorio a las manifestaciones de la víctima, **dedujo el dolo de los implicados a partir de las siguientes circunstancias que tuvo como ciertas con base en pruebas no debatidas en juicio:** [...].

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Principio de trascendencia || **DEBIDO PROCESO - Alcance:** derecho a la presunción de inocencia y a ser vencido conforme a reglas pre establecidas || **FRAUDE PROCESAL - Tipicidad subjetiva:** dolo, no se configura || **OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Tipicidad subjetiva:** dolo, no se configura || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** cuando el Tribunal reconoce valor probatorio a pruebas ilegítimas, bajo la creencia errónea de haber sido aducidas en el juicio con el lleno de los requisitos legales

«Efectivamente, al verificar los instrumentos incorporados oportunamente a la actuación, no se observan las copias de la denuncia instaurada por la afectada, las actas de la audiencia de conciliación preprocesal -requisito de la querrela- y del procedimiento de lanzamiento por ocupación de hecho impulsado por la quejosa, como tampoco del certificado mercantil de Cámara de Comercio.

De ahí que, contrario a lo indicado por la señora Fiscal Delegada que acudió a la audiencia de sustentación, **el yerro en el que incurrió el juez plural sí ostenta trascendencia** sobre la determinación adoptada, pues apoyó sus conclusiones en medios de prueba no adosados a la actuación.

Además, la Corte tampoco tiene certeza de que, en dichas ocasiones, la afectada hubiera aportado prueba sumaria respecto a la calidad de compañera permanente que alegaba, con lo cual se pueda inferir que tanto AQQ como su abogado JWGM -quien lo representó en la audiencia de conciliación y el procedimiento de lanzamiento-, sabían con plenitud de la relación marital de hecho y optaron por ocultarla en el proceso de sucesión.

De igual forma, cabe destacar que, aunque la Sala reconoce la existencia de las providencias emitidas por el Juzgado [...] de Familia y la Sala de Familia del Tribunal Superior [...], mediante las cuales se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre la denunciante y el

causante, dichas decisiones no podían servir de fundamento para determinar el dolo de AQQ y JWGM por cuanto, según lo informado en el juicio, las mismas fueron proferidas en el año 2011, es decir, cuatro años después del acaecimiento de los hechos investigados, de ahí que sus efectos no eran previsibles para los procesados.

En esa medida, **erró el Tribunal al dar por probado, con fundamento en elementos de persuasión que no fueron acercados al juicio oral**, que AQQ y JWGM exteriorizaron o realizaron actos a partir de los cuales concluir que, al momento de iniciar el trámite de sucesión intestada, conocían con plena certeza la relación marital que GAQQ sostuvo con CTOA así como de la existencia del registro mercantil del establecimiento de comercio de reciclaje -que daba cuenta de la titularidad de la afectada sobre ese negocio- y, voluntariamente, eligieron omitir esa información en los formatos arrimados a la notaría.

Esta Corporación considera necesario aclarar, 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 la prerrogativa a que solo las pruebas previamente descubiertas e incorporadas al juicio pueden ser valoradas a la hora de decidir su situación judicial.

Así las cosas, **prospera la censura por violación indirecta de la ley sustancial**, producto del **error de derecho por falso juicio de legalidad** -propuesto como falso juicio de existencia por suposición por la defensa-, pues **se demostró que el Tribunal reconoció valor probatorio a pruebas ilegítimas bajo la creencia errónea de haber sido aducidas en el juicio con el lleno de los requisitos legales»**.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

13. HABEAS CORPUS – PROCEDENCIA

Quando se evidencia que los jueces ordinarios no decidieron en forma adecuada el restablecimiento del derecho a la libertad

Al desatar el recurso de apelación, se advirtió la necesidad de revocar la decisión del Tribunal, para en su lugar conceder el amparo solicitado por vía de la acción constitucional de *habeas corpus*. Para arribar a esta determinación, se constató que, en el asunto particular, los jueces ordinarios no adoptaron las decisiones adecuadas en relación con la solicitud de libertad, a pesar de que estaba configurada la causal invocada, referida a la superación del término de ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, sin que se hubiere dado inicio a la audiencia de juicio.

301 del 08/05/2020

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HABEAS CORPUS - Prolongación ilícita de la privación de la libertad: vencimiento de términos || **HABEAS CORPUS - Prolongación ilícita de la privación de la libertad:** se configura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Causal de libertad:** vencimiento de términos, artículo 317, lapso que corre a cargo de la defensa cuando la solicitud de aplazamiento carece de justificación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Causal de libertad:** vencimiento de términos, artículo 317, numeral 5, cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio || **JUEZ - Poderes y medidas correccionales:** improcedencia de la sanción, cuando la conducta tiene como finalidad el ejercicio de las potestades que el ordenamiento ofrece a las partes para la defensa de sus derechos y garantías || **LIBERTAD PROVISIONAL - Vencimiento de términos:** maniobras dilatorias, no la constituye la

interposición legítima del recurso de apelación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Causal de libertad:** vencimiento de términos, artículo 317, préstamo de expediente para realizar audiencias de libertad, no resulta válido para descontar tiempo en perjuicio de los acusados || **HABEAS CORPUS - Procedencia:** cuando se evidencia que los jueces ordinarios no decidieron en forma adecuada el restablecimiento del derecho a la libertad

«[...] los accionantes impetran el amparo del derecho fundamental a la libertad de sus defendidos, al estimar que se viene **prolongando ilícitamente su restricción de la libertad por haberse superado el término de 120 días desde la presentación del escrito de acusación sin que se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral**, conforme lo previsto en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 4° de la Ley 1760 de 2015.

De acuerdo con los informes rendidos en el presente trámite, se tiene acreditado que, desde el 6 de mayo de 2019, DASH y JDGO se encuentran privados de libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías [...], por los delitos de concierto para delinquir en concurso con hurto calificado y agravado dentro del proceso con radicado [...].

Así mismo no se discute que la fiscalía radicó el escrito de acusación ante el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio [...] el 25 de junio de 2019 y a la fecha aún no se ha dado inicio a la audiencia de juicio oral.

Conforme con lo anterior, se tiene que desde el día siguiente de la presentación del escrito de acusación al momento en que fue interpuesta la acción de habeas corpus, el 28 de abril de 2020, ha transcurrido un lapso de 306 días (187 de 2019 y 119 de 2020).

Sobre dicho término han de **descontarse** 108 días que transcurrieron entre la presentación del escrito de acusación (25 de junio de 2019) y la fecha en que se realizó la audiencia de formulación de acusación (11 de octubre de 2019), lapso que no puede atribuirse en perjuicio de la administración de Justicia sino exclusivamente **corren a cargo de la defensa por cuanto la solicitud de aplazamiento de la vista acusatoria carece de justificación**, alterando el curso normal del proceso.

Al respecto se considera que la excusa del defensor sustentada en la falta de conocimiento de las diligencias por habersele asignado el día anterior a la audiencia de acusación no resulta atendible, pues para ese acto procesal no se requiere la constatación de aspectos sustanciales que imposibiliten un adecuado ejercicio de la defensa técnica, dado que se trata de la formalización de la acusación donde no hay lugar a debate de fondo alguno.

De este modo, se tiene que desde la presentación del escrito de acusación y descontando el término antes indicado, han transcurrido 198 días, por lo que resulta evidente el vencimiento del término para dar inicio al juicio oral.

Ahora bien, le asiste razón al impugnante pues a pesar de haberse agotado dentro del cauce ordinario las pretensiones de libertad, **las decisiones mediante las cuales se denegó el otorgamiento de la libertad adolecen de defectos que habilitan la procedencia del habeas corpus.**

En efecto, no puede desconocerse que con antelación a las solicitudes de libertad impetradas ante los jueces de garantías ya se configuraban los presupuestos señalados en el numeral 5° del artículo 317 del C. de P.P. pues habían transcurrido 126 días desde la presentación del escrito de acusación sin que se hubiese iniciado la audiencia de juicio oral habiéndose restado los días cuya demora resultó atribuible a la defensa como se explicó anteriormente.

Ahora bien, la razón expuesta por el Juez Primero Penal del Circuito de Duitama para confirmar el auto que confirmó la negativa de la libertad, resulta equivocada porque no se puede tildar de maniobra dilatoria la interposición del recurso de apelación contra la decisión que denegó la nulidad en el curso de la audiencia de acusación pues ello constituye el ejercicio de los derechos de las partes previstos en la ley, en la oportunidad y en los términos que corresponden para que sean decididos por los funcionarios competentes en el término previsto para ello, y en caso de su incumplimiento dicha conducta sería atribuible a la administración de justicia y no a las partes.

Por otra parte, como lo manifiesta el recurrente, si la nulidad propuesta resultaba manifiestamente improcedente, era al juez de conocimiento a quien correspondía adoptar los

mecanismos previstos en el estatuto procesal penal (artículo 139 numerales 1º y 2º) para conjurar dichas maniobras a través del rechazo de plano de tales pretensiones o el ejercicio de las facultades disciplinarias.

Si ello no ocurrió, los jueces de garantías no podían desconocer el legítimo derecho a la libertad de los acusados partiendo de la comprensión equivocada acerca de que la interposición legítima del recurso de apelación configuraba una maniobra dilatoria.

Sobre el préstamo del expediente para realizar las audiencias de libertad ante los jueces de control de garantías, no resulta válido descontar tiempo alguno en perjuicio de los acusados dado que ello corresponde a una actuación válida y legítima al propender por el restablecimiento del derecho a la libertad y no a una estrategia para demorar el curso del proceso».

HABEAS CORPUS - Procedencia: cuando se evidencia que los jueces ordinarios no decidieron en forma adecuada el restablecimiento del

derecho a la libertad || **HABEAS CORPUS - Prolongación ilícita de la privación de la libertad:** vencimiento de términos || **HABEAS CORPUS - Se concede**

«De acuerdo con lo anterior, **al evidenciarse que se cumplen las exigencias legales para el otorgamiento de la libertad sin que los jueces ordinarios hubiesen decidido en forma adecuada el restablecimiento de dicho derecho, resulta procedente el habeas corpus interpuesto.**

Así, **se revocará la decisión impugnada y en consecuencia se concederá el amparo constitucional a la libertad corporal** de DASH y JDGO, para lo cual se libraré la correspondiente orden de libertad ante el Director del Establecimiento Carcelario quien procederá a hacerla efectiva una vez se verifique que no son requeridos por otra autoridad».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

14. NON BIS IN IDEM - ALCANCE Y SIGNIFICADO:

En sentido amplio, implica no sólo la imposibilidad de proferirse sentencia cuando ya se ha dictado una por los mismos hechos, sino la de adelantar simultáneamente dos o más procesos

Bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, la Sala declaró fundada la causal segunda de revisión, referida a la situación de haberse dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía proseguirse, por confluir una causal de extinción de la acción penal. Para arribar a esta determinación, reconoció que, en sentido estricto, no se vulneró el principio de *cosa juzgada*, pues para la época en que se emitió la sentencia demandada, no existía previamente otra decisión proferida por la autoridad extranjera con los mismos efectos. Sin embargo, consideró procedente la revisión, bajo la óptica del principio de *non bis in ídem*, en *sentido amplio*, dada la tramitación simultánea de dos procesos contra el sentenciado, uno en Estados

Unidos, y el otro, en Colombia, lo que implicaba la imposibilidad de prosecución del último de los referidos. De este modo, al constatar no sólo la existencia de la sentencia foránea, sino los parámetros de identidad de sujeto y objeto, dispuso dejar sin valor y efecto la sentencia nacional, declarar la cesación de procedimiento y ordenar la libertad inmediata e incondicional al procesado.

SP1475-2020 (48861) del 17/06/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

COSA JUZGADA - Concepto || ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse: **non bis in ídem || DEBIDO PROCESO - Garantías que ampara:** cosa juzgada y **non bis in ídem**, bloque de constitucionalidad || **PROCESO PENAL -**

Principios: cosa juzgada y prohibición de doble incriminación || **EXTRADICIÓN - Non bis in ídem:** antecedentes legislativos y jurisprudenciales || **EXTRADICIÓN - Non bis in ídem:** carencia de regulación en la Ley 906 de 2004 y declaratoria de inexequibilidad del artículo 527 de la Ley 600 de 2000, no significa que exista vacío normativo para su aplicación || **EXTRADICIÓN - Improcedencia:** cuando las autoridades nacionales hubieren ejercido jurisdicción sobre una conducta punible || **EXTRADICIÓN - Improcedencia:** en garantía de la autonomía y soberanía nacionales || **EXTRADICIÓN - Improcedencia:** en garantía del principio de non bis in ídem / **EXTRADICIÓN - Improcedencia:** en garantía del principio de cosa juzgada

«Ciertamente, **la cosa juzgada** que hace inmutable a una sentencia debidamente ejecutoriada **es susceptible de ser derruida cuando**, en términos del numeral 2° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, **se haya dictado en proceso que no podía iniciarse o proseguirse** por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o **por cualquier otra casual de extinción de la acción penal, como sería la afectación al principio de non bis in ídem**, pues éste implica la imposibilidad de iniciar o proseguir procesos por conductas punibles que ya fueron o son objeto de otro de la misma índole.

En ese orden el artículo 29 de la Constitución prevé el derecho de toda persona a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho, mientras que los artículos 8° del Código Penal y 19 de la Ley 600 de 2000, contemplan el **principio de prohibición de doble incriminación** y el respeto de la **cosa juzgada** como valores que regentan el proceso penal e imponen, en consecuencia, que a nadie se le puede imputar en más de una oportunidad la misma conducta punible, ni que, a la persona cuya situación jurídica se le haya definido por sentencia ejecutoriada o decisión con el mismo efecto vinculante, se le puede someter a una nueva actuación por igual conducta.

[...] Tal principio, en frente de la extradición y para efectos de establecer o no su procedencia ha evidenciado un tratamiento legislativo y jurisprudencial diverso, cuando quiera que el solicitado por un Estado foráneo haya sido o esté

siendo juzgado en nuestro país por los mismos hechos que motivan aquel pedido, supuesto este que, aunque en la actual codificación contenida en la **Ley 906 de 2004 no tiene una regulación expresa**, sí la ostentaba en anteriores ordenamientos.

Así, el artículo 565 del Decreto 2700 de 1991 preveía: *“Casos en que no procede la extradición. No habrá lugar a la extradición cuando por el mismo delito la persona cuya entrega se solicita, esté investigada o haya sido juzgada en Colombia”*; mientras que el 527 de la Ley 600 de 2000 prescribió en similares términos: *“Casos en que no procede la extradición. No habrá lugar a la extradición cuando por el mismo hecho la persona cuya entrega se solicita, haya sido o esté siendo juzgada en Colombia”*, mas este precepto fue declarado inconstitucional por vicios de forma en sentencia C-760 de 2001.

No obstante esa declaratoria de inexequibilidad y la falta de específica regulación en la Ley 906 de 2004, la Corte ha comprendido que eso no significa en manera alguna que al respecto exista un vacío normativo cuando desde el punto de vista **constitucional y del bloque de constitucionalidad** entre las garantías de los asociados a un **debido proceso** se incluyen las de la **cosa juzgada** y la del **non bis in ídem**; es que, como se dijo en la sentencia C-622 de 1999 al estudiar la exequibilidad del referido artículo 565 del Decreto 2700, *“en virtud de una interpretación sistemática con las garantías consagradas en el artículo 29 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, esta Corte estima necesario advertir -lo que resulta aplicable a la interpretación y ejecución de la norma objeto de demanda- que tampoco cabe la extradición cuando la persona solicitada por las autoridades de otro Estado es procesada o cumple pena por los mismos hechos delictivos a los que se refiere la solicitud”*.

Por manera que, **aun en ausencia de regulación expresa** en dicha temática, los principios rectores y garantías procesales previstos en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, las normas rectoras de la ley penal colombiana que determina la Ley 599 de 2000 en su Título I y los axiomas que orientan nuestro Estado de Derecho señalados en el Título I de la Constitución y las garantías previstas en el artículo 29 de la Carta,

impiden que cuando por nuestras autoridades se haya ejercido jurisdicción sobre un hecho punible, proceda por él la extradición que solicite otro Estado, pues de esa manera se efectiviza no sólo la **autonomía y soberanía nacionales**, sino que, además, se procura la observación de garantías fundamentales de los procesados como la de **no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.**»

ACCIÓN DE REVISIÓN – Principio de cosa juzgada: causal infundada, si al momento en que se dictó la sentencia en Colombia y adquirió firmeza, no preexistía decisión extranjera ejecutoriada con iguales efectos || **COSA JUZGADA - Concepto:** identidad en la persona juzgada, objeto del proceso, y en la causa || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** no puede utilizarse en casos de falta de analogía fáctica || **COSA JUZGADA – No se vulnera:** en sentido estricto.

«Bajo tales supuestos, diríase entonces, en principio que, **la causal invocada en sustento de esta acción de revisión resulta infundada en la medida en que** para cuando se dictó la sentencia en Colombia y adquirió firmeza, **no existía ninguna otra decisión que con iguales efectos hubiere condenado al accionante**, vale decir que el fallo de nuestras autoridades judiciales, no habría, en ese restringido sentido, infringido la examinada garantía.

En efecto, bien entendió el demandante cuáles eran las exigencias a demostrar con el propósito de acreditar a su vez la vulneración de dicho axioma, como son la identidad de objeto o hechos y sujeto o procesado, así como la existencia de un juzgamiento previo concluido en sentencia debidamente ejecutoriada.

Sin embargo, con independencia de los dos primeros o aun dando por acertadas las consideraciones del libelista y con ello que, en efecto, se trata del mismo procesado y de idéntico supuesto fáctico, no resultaría esto suficiente en el evento examinado cuando el tercer requerimiento, a diferencia de lo tácitamente expuesto por él, no se acredita en manera alguna.

Es que, de conformidad con lo ya dicho, **para tachar a una sentencia como lesiva de la cosa juzgada se requiere que medie otro pronunciamiento igual o de similar alcance**

previamente proferido y debidamente ejecutoriado, valga decir que, en este asunto la sentencia extranjera debería preexistir a la nacional, para de ese modo entender que la colombiana violó la garantía invocada, de lo contrario si la nacional fue emitida primero que aquella y cobró la debida ejecutoria, mal podría catalogarse de vulneradora de ese valor fundamental.

No bastaría con afirmar, como equivocadamente lo hace el accionante, que existe otra sentencia en su contra, por idénticos hechos; debe demostrarse, en torno a la cosa juzgada, que ella preexistía al momento en que se profirió la que se pretende rescindir por afectar ésta el principio citado.

Acá, los documentos aportados por él con su demanda y en la fase probatoria de este trámite, permiten establecer que para el momento en que las autoridades judiciales colombianas dictaron sentencia condenatoria en su contra y ella cobró ejecutoria, 16 de febrero de 2006, **no existía sentencia alguna proferida por otra autoridad, nacional o foránea**, luego el fallo que se cuestiona por vía de la acción de revisión **no habría vulnerado en esas condiciones el axioma de la cosa juzgada**, puesto que el dictado en Estados Unidos lo fue el 23 de marzo de 2006, esto es, en fecha posterior al emitido en nuestro país.

Es cierto que en **precedentes jurisprudenciales** la Corte ha considerado infringida la citada garantía, vr.gr. la sentencia de 14 de abril de 2010, Rad. No. 31529; SP4235 de 2017, o SP3228 de 2019, pero en ellos se ha determinado ciertamente que la decisión extranjera es anterior o previa a la colombiana, como que, en casos así, sí resulta evidente la aducida infracción, pues se habría dictado en Colombia una sentencia en un asunto que ya fue juzgado y definido por el Estado requirente en otra o en decisión con igual fuerza vinculante.

En tales condiciones, por tanto, **la sentencia demandada no vulneró estrictamente la cosa juzgada**, porque para el momento en que fue dictada no existía otra decisión con similares efectos.»

NON BIS IN IDEM - Alcance y significado: en sentido amplio, implica no sólo la imposibilidad

de proferirse sentencia cuando ya se ha dictado una por los mismos hechos, sino la de adelantar simultáneamente dos o más procesos || **EXTRADICIÓN – Principio de non bis in ídem:** efectos, implica la imposibilidad de iniciar o proseguir procesos que sobre idénticos hechos y en contra de las mismas personas se pudiesen adelantar o estén cursando en Colombia || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** aplicación a casos análogos || **NON BIS IN IDEM - Vulneración:** cuando el condenado por la jurisdicción nacional fue extraditado, condenado y cumplió una pena en el extranjero por los mismos hechos || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse:** vulneración al non bis in ídem, demostración, cuando la otra sentencia condenatoria se profirió en el extranjero || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse:** vulneración al non bis in ídem, demostración, debe acreditarse que el juicio en el Estado requirente se adelantó efectivamente y concluyó con una sentencia o una decisión de similares efectos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Principio de oportunidad:** causal segunda, cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición, implica la suspensión de la actuación en Colombia hasta que se defina con efectos de cosa juzgada la situación del requerido || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse:** non bis in ídem, se declara fundada la causal.

«Empero, lo anterior, **aunque resulte cierto en frente de la res iudicata, no tiene el mismo efecto cuando se examina**, como ha de ser, **la garantía del non bis in ídem en su sentido amplio** y no en el de apenas una de sus expresiones, porque, como se ha dicho, ella **implica no sólo la imposibilidad de proferirse sentencia cuando ya se ha dictado una por los mismos hechos, sino también la de adelantarse simultáneamente dos o más procesos**, tal cual, es el problema jurídico que, en este evento, realmente se plantea, en la medida en que cuando se tramitó la extradición de WATC, para que fuera juzgado por las autoridades judiciales de los Estados Unidos por delitos relacionados con narcotráfico, estaba

siéndolo también en Colombia por los mismos hechos.

Además, es evidente, como se verificará más adelante, que en contra del accionante fueron proferidas dos sentencias de condena, una en los Estados Unidos y otra en Colombia por los mismos sucesos.

En esas condiciones, ante el hecho cumplido de que el accionante fue extraditado, juzgado y condenado en el país requirente, tal problemática sólo puede resolverse bajo la consideración de que cuando aquello sucedió, **el proceso en Colombia no podía proseguirse.**

Es que, **cuando el gobierno**, una vez verificados por la Corte los requisitos de procedencia de la extradición, **decide renunciar al juzgamiento del requerido** conforme a la legislación penal nacional, **el principio del non bis in ídem aparece como consecuencia la imposibilidad de iniciar o proseguir procesos que sobre idénticos hechos y en contra de las mismas personas se pudiesen adelantar o estén cursando en Colombia.**

Por demás, aunque no en un asunto de extradición, pero sí de casación, la Corte ya se ha pronunciado por una solución en ese sentido, esto es que, producida aquella, **el proceso que eventualmente se siga en Colombia por los mismos hechos debe cesar o precluirse.**

En tal asunto, juzgados como eran varios procesados por delitos de narcotráfico y concierto para delinquir, se produjo su extradición entre septiembre y noviembre de 2010; el juicio en Colombia prosiguió hasta que en junio 28 de 2013 se dictó por el Tribunal correspondiente sentencia condenatoria de segunda instancia, la cual fue objeto del recurso de casación, en cuya virtud la Sala declaró oficiosamente conculcada la garantía del non bis in ídem por considerar que, una vez realizada la extradición, el proceso en Colombia ha debido concluir.

[...] En resumen, en aquellos asuntos donde a pesar de haberse producido la extradición siguió y culminó el proceso que en Colombia se adelantaba contra el requerido por los mismos hechos, **se considera infringido el non bis in ídem**, porque en esas condiciones la actuación en Colombia no podía proseguirse, mucho menos si, como en este asunto y en cuanto el expediente

completo de extradición fue adjuntado durante el juzgamiento, las autoridades judiciales patrias que cursaban el respectivo proceso estaban al tanto de dicho trámite y sus resultados.

Sin embargo, se estima también, que a esta conclusión no se puede arribar de modo automático, esto es que, producida la extradición se comprendería sin más concretada tal infracción, pues a no dudarlo, la entrega del requerido no implica siempre, ni necesariamente que en el Estado petente se lleve a cabo el juicio para el cual se le solicitó, ni tampoco la emisión de un fallo o de una decisión con iguales efectos vinculantes, bien porque se opte en algunos ordenamientos por el retiro de los cargos, o se anule por alguna causa el proceso, o se determine que el requerido no corresponde a quien allí se juzga, según lo ha demostrado la praxis judicial y se evidencia en decisiones del 5 de agosto y 9 de octubre de 2013, proferidas en el radicado No. 41301, como que allí se estableció que aunque el requerido, quien también estaba siendo procesado en Colombia, fue extraditado, finalmente no fue juzgado, ni menos sentenciado por el país que lo solicitó.

Por tanto, a fin de preservar valores superiores y evitar la eventual impunidad, no bastará en tales casos acreditar la extradición de quien era investigado o juzgado en Colombia, la sola extradición no implica violación de la garantía que se examina; **debe demostrarse además que el juicio en el Estado requirente se adelantó efectivamente, o se surtió alguna forma anticipada de terminación y concluyó con una sentencia o una decisión de similares efectos**, sólo de esa manera se entenderá que el requerido fue juzgado dos veces por los mismos acontecimientos.

Ahora, para evitar situaciones como la que se verifica en el caso presente, dable resulta en casos adelantados bajo el sistema procesal regulado por la Ley 906 de 2004, que se acuda a la aplicación del **principio de oportunidad y bajo el amparo de la causal 2° del artículo 324 del C.P.P. suspender la investigación o el juzgamiento seguido en Colombia** hasta esperar que se defina, con efectos de cosa juzgada, en el país requirente la situación jurídica del sujeto pedido en extradición por los mismos hechos por los cuales se adelanta una actuación penal en nuestro Estado.

[...] Así, en este caso se estableció que, WATC, cuando estaba siendo procesado en Colombia por los punibles de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, fue extraditado a los Estados Unidos el 15 de abril de 2005 y que allí efectivamente, declarando su culpabilidad, fue condenado a 87 meses de prisión, mediante sentencia del 23 de marzo de 2006, cuya copia autenticada y traducida fue debidamente allegada.

Es decir, se advierten satisfechas en principio las condiciones antes precisadas: fue extraditado cuando simultáneamente estaba siendo juzgado en Colombia y efectivamente fue sentenciado por el Estado requirente.

Luego, resta por determinar, si, como lo manifiestan Fiscalía, Ministerio Público, accionante y su apoderada, concurre la identidad de sujeto y objeto.

En ese propósito, confrontados los hechos reseñados al inicio de esta decisión con los cargos igualmente transcritos, formulados en los indictment proferidos por los Tribunales de los Distritos Sur de Nueva York y La Florida el 4 y el 9 de septiembre de 2003, respectivamente, así como con las declaraciones que en apoyo a la solicitud de extradición rindieron funcionarios de la Fiscalía y de la Agencia Antidrogas de Estados Unidos, forzosa es la conclusión de que efectivamente se acreditó la identidad de sujeto y objeto.

Por lo primero, ninguna duda hay de que el extraditado, quien aceptó culpabilidad ante el Tribunal foráneo que lo requería y fue condenado en sentencia del 23 de marzo de 2006, respondía al nombre de WATC, natural de Colombia, nacido [...] en Bogotá, 1.68 metros de estatura, de tipo hispanico, 90 kilogramos de peso y titular de la cédula colombiana [...], el mismo que fue hallado responsable en las sentencias que se cuestionan en esta sede, según así se aprecia en la filiación que de él se describió en el fallo del a quo proferido el 6 de octubre de 2005.

Y por lo segundo, se ha demostrado que en Colombia fue condenado por pertenecer, entre diciembre de 2001 y julio de 2003 a una empresa criminal dedicada al envío de sustancias estupefacientes al exterior mediante el empleo de personas que servían de correos humanos, o

comúnmente llamadas mulas; por ser miembro de una organización que, efectivamente, se encargaba del tráfico de estas sustancias mediante el ocultamiento de ellas en prendas de vestir y maletas de viaje para transportarla dentro del país a Cartagena y Buenaventura y en el exterior a Panamá, México y por último Estados Unidos, actuar dentro del cual le fueron concretados 6 episodios de incautación de heroína, 5 de ellos en los Estados Unidos y uno en Colombia, así:

[...] Es decir, en cuanto se acreditó en los anteriores términos que WATC fue juzgado y condenado en Colombia y en Estados Unidos por los mismos sucesos punibles, extraditado a este país cuando era juzgado en el nuestro y que en virtud del mecanismo de cooperación

internacional admitió su culpabilidad y fue consiguientemente, como se dijo, condenado, **debe reconocerse fundada la causal de revisión sustento de la acción ejercida por el doblemente sentenciado**, como así se declarará, a consecuencia de lo cual **se dejará sin efecto**, en su respecto, **las sentencias** del 6 de octubre de 2005 dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá y del 12 de enero de 2006, por medio de la cual el Tribunal Superior de esta capital la confirmó y se dispondrá su inmediata e incondicional excarcelación.»

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

15. NULIDAD - DEBIDO PROCESO

Se configura, cuando se permite que el trámite procesal avance más allá de la acusación, pese a la existencia de una causal de improseguibilidad de la acción penal

INASISTENCIA ALIMENTARIA – NATURALEZA

Aunque no es querellable, conserva su carácter conciliable

La Sala mayoritaria decidió *casar* la sentencia impugnada para, en su lugar, declarar la *nulidad* del proceso a partir de la audiencia de acusación, y disponer la *preclusión* de la actuación, toda vez que se permitió que el asunto prosiguiera su curso procesal más allá de esa fase, a pesar que se presentaba una *causal de improseguibilidad de la acción penal*, derivada de la conciliación efectuada entre la víctima y el imputado por el delito de *Inasistencia Alimentaria*, situación que en el caso concreto, implicaba el reconocimiento de su validez y la terminación del diligenciamiento. La Corporación explicó que, si bien la conducta descrita tiene naturaleza oficiosa, ello no impide la aplicación de los *mecanismos de justicia restaurativa*, para garantizar el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, acorde a una interpretación

sistemática del ordenamiento. También se refirió al *principio de favorabilidad*, así como al de *necesidad de la pena bajo un análisis consecuencialista*.

46389 del 29/04/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Naturaleza: aunque no es querellable, conserva su carácter conciliable || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico, evento en que se examina el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) || **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Formas de terminación anticipada del proceso:** conciliación, desistimiento o indemnización integral, eventos en que pueden aplicarse para garantizar el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Conciliación:** determina por voluntario acuerdo la forma, plazo y monto || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Conciliación:** puede dar lugar a la terminación del proceso

«[...] **aunque el delito de inasistencia alimentaria deja de ser querrelable, conserva el carácter de conciliable, conforme se desprende de una interpretación sistemática contenida en el Código de la Infancia y Adolescencia.**

En efecto, el artículo 193 numeral 5° de la Ley 1098 de 2006, con el propósito de garantizar el restablecimiento de los derechos en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes, y asegurando que el interés superior del niño -sujeto pasivo del delito- no se vea afectado, otorga la posibilidad de dar por terminados -de manera anticipada- los procesos mediante “*conciliación, desistimiento o indemnización integral*”, con el deber de tener “*especial cuidado, para que en los procesos que terminan por esta vía no vulneren los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito*”.

Dicha exégesis sistemática tiene asidero en los artículos 81.1 (deberes del defensor de familia de procurar la mayor economía procesal), 82 Inc. 8° y 9° (funciones del defensor de familia para promover y aprobar la conciliación extrajudicial en asuntos relacionados con los menores), 100 Par. 1° (obligación del funcionario judicial de provocar la conciliación para fijar obligaciones de alimentos custodia y visitas), 111 y 129 (promocionar la conciliación en temas de alimentos), 140 (fines del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, allí se insta para que el proceso garantice “*la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño*”), 173 (extinción de la acción penal por conciliación), 174 (favorecimiento por las autoridades judiciales para el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, teniendo como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad) . Ello denota una clara tendencia que propende por la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa a fin de que se protejan los derechos de menores víctimas.

Reforzando lo anterior, en CSJ-SP SP3029-2019, 3.jul.2019, Rad. 51.530, se concluyó que “(...) *el elemento esencial para extinguir la obligación alimentaria lo constituye la superación de las condiciones que dieron origen a la prestación alimentaria*” - Negritas fuera de texto-. Ello **no excluye a la conciliación** como forma de terminación, siempre que entre las partes pueda presentarse este modo de culminación procesal,

como manifestación de la justicia restaurativa y, se satisfagan las exigencias que dieron origen a la investigación penal.

Así, **puede terminarse el proceso penal por inasistencia alimentaria a través de la conciliación** -por voluntario acuerdo de las partes-, determinando la forma, plazo y monto en que el (la) progenitor(a) dará cumplimiento a su obligación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Conciliación: oportunidad procesal para presentarla, control por el Juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** funciones en el sistema procesal, realizar el examen judicial sobre los presupuestos de validez del inicio del proceso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** funciones en el sistema procesal, control en lo que respecta a la querrela, coincidencia con los hechos jurídicamente relevantes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de conciliación preprocesal:** efectos, archivo de las diligencias por el Fiscal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Conciliación:** oportunidad procesal para presentarla, control por el Juez, en la audiencia de formulación de la acusación, cuando el acuerdo fue posterior a la imputación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de formulación de acusación:** fase de saneamiento, si el juez establece la existencia de alguno de los requisitos que impide la procesabilidad deberá ordenar la preclusión de la actuación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación:** imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura, cuando se permite que el trámite procesal avance más allá de la acusación, pese a la existencia de una causal de improseguibilidad de la acción penal || **JUEZ - Deberes:** corregir actos irregulares || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actuación procesal:** corrección de actos irregulares

«Oportunidad procesal para que pueda presentarse la conciliación

La audiencia de formulación de imputación es, en principio, el espacio para realizar el examen judicial sobre los presupuestos de validez del inicio del proceso. Ese **control, en lo que respecta a la querrela**, apuntará a establecer si existe y, de ser así, si está revestida por las formas legales debidas que, como antes se indicó,

se relacionan con la oportunidad, la legitimidad y el contenido. Sobre este último, el juez verificará si son **coincidentes con los “hechos jurídicamente relevantes” de la imputación.**

Ahora bien, con relación a la **diligencia de conciliación**, conforme al artículo 522 de la Ley 906 de 2004, el **Fiscal procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa** o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente.

No obstante, si en la audiencia de imputación se pretermitió la obligatoria comprobación de las condiciones de procesabilidad, **le corresponderá efectuarla al juez de conocimiento durante la formulación de acusación.** De igual modo deberá proceder en el evento de que la conciliación se alcance después de la imputación. **La audiencia de acusación tiene una fase de saneamiento del proceso**, por lo que en ella las partes podrán formular observaciones al pliego de cargos, impugnar la competencia del juez o recusarlo, solicitar nulidades y, de igual manera, éste -a iniciativa propia-, puede declararse incompetente o impedido, corregir los actos irregulares o decretar la nulidad respecto de los que sean violatorios del debido proceso o del derecho a la defensa y no sean subsanables por haberse cumplido el fin de la actuación, bien porque la parte interesada coadyuvó en su ejecución o la convalidó después, o porque exista otro medio para su reparación.

Ahora bien, **si el juez establece la existencia de alguno de los requisitos que impide la procesabilidad, decidirá, adicionalmente, ordenar la preclusión de la actuación por la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal**, conforme el artículo 332, numeral 1° de la Ley 906 de 2004.

En casos en que se permitió que el trámite procesal avanzara más allá de la acusación, existiendo la evidencia de una condición que impide proseguir el proceso, tal verificación le corresponderá hacerla al juez de conocimiento, de primera o de segunda instancia -inclusive a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia-, apenas se advierta su existencia, con el respeto debido a las formas propias de cada una de las etapas del proceso, así como a los principios de igualdad de armas, publicidad y contradicción. Si el resultado de ese examen es el cumplimiento de los presupuestos de la actuación, se tendrá por válida para todos los efectos; de lo contrario, **se determinarán las**

consecuencias jurídicas que correspondan de acuerdo con lo ya expuesto.

Así, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 estableció como causales de **nulidad** la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales y, correlativamente, señaló el **deber que tienen los jueces de “corregir los actos irregulares”**, conforme el canon 139 numeral 3° de la misma obra.

En consecuencia, también corresponde a esta Sala, sea de manera oficiosa o a solicitud de parte, examinar la viabilidad de anular el proceso si se presenta una de las irregularidades señaladas, conforme los principios que la rigen las nulidades, tales como los de especificidad, trascendencia, instrumentalidad de las formas, protección, convalidación y residualidad».

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Naturaleza: aunque no es querellable, conserva su carácter conciliable || **LEY PROCESAL - Principio de aplicación inmediata** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Conciliación:** improcedencia, cuando la víctima es menor de edad || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Conciliación:** capacidad para convenirla, cuando la víctima cumple la mayoría de edad || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Víctima:** no lo es la madre o padre afectado || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Víctima:** lo es el menor y no el denunciante || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** no lo es la defraudación económica del capital ajeno || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas:** Concepto || **JUSTICIA RESTAURATIVA - Mecanismos:** conciliación || **JUSTICIA RESTAURATIVA - Mecanismos:** conciliación, procedencia, siempre y cuando no se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito

«Validez de la conciliación para precluir el delito de inasistencia alimentaria

El debate central se concreta en determinar si era posible conciliar sobre obligaciones que configuraban el tipo penal de inasistencia alimentaria, cuando la Ley 1542 de 2012 eliminó el carácter de querellable y desistible, y si ello afecta el acuerdo efectuado entre AP y EMPC.

En primer lugar debe aclararse que la fecha en que se promulgó la ley referida fue el 5 de julio de 2012, -y al tenor del artículo 5° de esta normatividad-, rige a partir de su promulgación.

El acuerdo conciliatorio entre las partes se surtió el 3 de agosto del 2012.

En virtud de lo anterior, -en principio-no sería válido el acuerdo efectuado entre las partes, ya que el efecto general e inmediato de la Ley 1542 impediría realizar algún tipo de conciliación.

A pesar de ello, dicha premisa no resulta válida para la Sala a partir de las siguientes consideraciones:

i) a) 102. Resulta claro para esta Corporación que la figura de la conciliación -desde el artículo 74 original de la Ley 906 de 2000- **ha estado vedada cuando las víctimas sean menores de edad**, en razón de la protección constitucional y convencional que recae sobre ellas. De igual manera, con similar criterio, a partir de la Ley 1542 de 2012 se vuelve -nuevamente- oficioso el estudio de este delito, para proteger al sujeto pasivo víctima menor de 18 años.

Definido que el ámbito de protección se reserva para quienes sean menores de 18 años, **en el presente caso EMPC como adulta** -ya que alcanzó la mayoría de edad el 8 de marzo de 2012- **podía transar con su padre sobre el monto y cumplimiento de la obligación**, la cual fue clara, expresa y exigible, para dar término a la disputa por alimentos, dentro de la que se enuncia está a paz y salvo por lo que se debía desde el año 2006 hasta la fecha.

La víctima, en ejercicio de sus derechos, podía realizar la referida conciliación de forma autónoma, y no en presencia o con la aquiescencia de su madre, ya que justamente al tener más de 18 años estaba facultada legalmente a acordar con su padre. Además, en la acusación se menciona claramente que el objeto del litigio es la deuda con motivo de esta obligación en favor de EMPC representada por su madre, pero una vez superada esta incapacidad legal, se sostiene que la única persona tenida en cuenta actualmente como reclamante es la alimentaria.

[...] Debe agregarse que esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el alcance del **concepto de víctima**, precisando que son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste.

Así, la determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, se puntualizó que ello depende -entre otros criterios-, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, aclarando que depende no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

Ahora, como **el punible de inasistencia alimentaria protege el bien jurídico de la familia y sus relaciones, no la defraudación económica del capital ajeno** y como CC, madre de EMPC, se declara afectada por un daño de contenido patrimonial al parecer reflejado en los alimentos dejados de percibir por su hija, **no puede considerarse víctima del delito, aunque se haya visto afectada** como suele suceder con las madres cabeza de familia, que suelen cumplir labores de padre y madre, cuando los varones la rehúsan. En estos casos de todas maneras **la víctima es el/la menor, y en esa condición no la adquiriera la denunciante o querellante que promueve la acción penal.**

En estas condiciones, al cumplir los 18 años EMPC, como titular del bien jurídico protegido, podía disponer del mismo sin el aval de su progenitora, pues **autónomamente podía participar de las decisiones que la afectaban** y obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, todo **lo cual torna plenamente valido el acuerdo conciliatorio en cuestión.**

De esta forma, se reitera, **no está expresamente prohibido que se pueda conciliar en este tipo de asuntos**, ya que el artículo 193, numeral 5° de la Ley 1098 de 2006, y el espíritu de justicia restaurativa contenido en dicho precepto legal (Párr. 70), **permite que siempre y cuando no se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito, puede llegarse a conciliar.** Lo anterior también guarda consonancia con el numeral 7° Ídem, en el que señala debe darse prioridad a la intervención de los menores dentro del proceso penal, en cada una de sus audiencias, tomando en cuenta su opinión, haciendo prevalecer sus derechos de manera informada (numeral 10°)».

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación de norma sustancial permisiva o favorable vigente en la época de los hechos || **NORMA PROCESAL - Aplicación:** se aplica la ley vigente al momento

de la actuación procesal || **QUERRELLA - Aplicación de la favorabilidad** || **NORMA PROCESAL - Aplicación:** de la ley inmediatamente después de su promulgación || **NORMA PROCESAL - Aplicación:** excepcional de la ley vigente al tiempo de su iniciación, cuando hubiesen comenzado a correr algunos términos o iniciado diligencias o actuaciones || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Principio de favorabilidad:** conciliación, tránsito legislativo de delito querellable a oficioso (Ley 1453 de 2011 y Ley 1542 de 2012) || **LEY PENAL - Vigencia:** de las normas penales sustantivas / **LEY PENAL - Vigencia:** de las normas penales adjetivas || **NORMA PROCESAL - Concepto** || **NORMA PROCESAL - Adjetiva de efectos sustanciales**

«[...] esta Corporación en un caso similar se había pronunciado previamente sobre qué normatividad debía tomarse en cuenta a efectos de requerirse la querrela y consecuente conciliación, como requisito de procesabilidad, operando el **principio de favorabilidad**.

[...] Dicho principio prevé que la ley procesal se aplique inmediatamente después de que se promulga, salvo lo previsto para algunos eventos, esto es, cuando hubiesen comenzado a correr algunos términos o iniciado diligencias o actuaciones, casos en los que se aplica la ley vigente al tiempo de su iniciación. Además, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, en relación con la aplicación de las leyes en el tiempo que determinan el procedimiento, aclara que:

[...] Esa regulación se aviene perfectamente al ordenamiento Superior, porque el artículo 29 de la Carta Política distingue sobre la **vigencia en el tiempo de las normas penales sustantivas y las penales adjetivas**. A las primeras se refiere expresamente cuando señala que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”*. A las otras alude cuando relaciona que el juzgamiento se debe adelantar *“(…) ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*.

Ahora bien, la **ley procesal aplicable**, es decir la que se refiere a la competencia, al juez natural y a las formas propias de cada juicio, es la que esté rigiendo al momento de la actuación procesal, excepto cuando se trate de normas adjetivas de efectos sustanciales, que deben aplicarse cuando son permisivas o favorables, puesto que es con respecto a las leyes sustanciales que nuestra

normatividad constitucional exige su preexistencia al acto que se imputa.

[...] Y aclaró manifestando que: *“(…) en punto al momento procesal en el cual se pone en conocimiento la noticia criminal se aplica la ley vigente en ese instante, (...) pues ello implicaría imponerle a la víctima cargas no establecidas por el legislador”*.

[...] Resulta claro que en este caso **la norma aplicable a la fecha en que se conocieron los presentes hechos fue la Ley 1453 del 24 de junio de 2011**, en el cual -como se enunció anteriormente-, **la inasistencia era un delito querellable**, tomando en cuenta que el 8 de mayo de 2012 se realizó la audiencia de imputación e inició formalmente el proceso, y sólo hasta el 5 de julio de ese mismo año, entró en vigencia la referida Ley 1542, **de manera que desde ese punto de vista, es válida la conciliación realizada para que precluyera la actuación judicial** en contra de AP, en aplicación del principio de favorabilidad, el cual permitía que se realizara la conciliación y por ende terminara anticipadamente el proceso, en beneficio de ambas partes».

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado: la familia, lo que incluye los diferentes vínculos y relaciones entre sus miembros || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** resguardar la unidad familiar || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Proceso penal:** no debe convertirse en una especie de cobro ejecutivo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Naturaleza:** aunque no es querellable, conserva su carácter conciliable || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Conciliación:** se debe interpretar en relación con el interés superior del menor y el principio de solidaridad || **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Formas de terminación anticipada del proceso:** conciliación, desistimiento o indemnización integral, eventos en que pueden aplicarse para garantizar el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes

«El contenido del **bien jurídico protegido por el legislador en el punible de inasistencia alimentaria**, tal como se manifestó anteriormente, **es proteger a la familia- no sólo como institución, sino incluyendo los diferentes vínculos y relaciones entre sus miembros-**, y en la presente actuación resulta evidente -tal como se relata en el expediente- ,

que existe una buena relación entre EMPC y AP, de manera que se frecuentaban hasta por tres veces por semana, él la recogía en la institución educativa donde estudiaba, y tenían un buen trato al punto que pernoctaba algunos días en la casa de su padre, y durante alguna época convivió con él.

La finalidad de la protección jurídica a través de este tipo penal es también la de **resguardar la unidad familiar** y proteger las relaciones entre sus miembros. De esta forma, y ello debe reiterarse, el proceso penal no debe convertirse en una especie de cobro ejecutivo por este tipo de actos, ni de vendettas entre consanguíneos, sino que debe ser el medio para evaluar el nivel de afectación de las relaciones entre congéneres, a fin de que no se incumplan las obligaciones de las que trata el Código Civil en su artículo 411.

En particular para este escenario, **debe orientarse por una interpretación que no sólo propenda por el interés superior del menor**, el cual obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de los niños y adolescentes (art. 8° de la Ley 1098 de 2006), pero además debe, entre otras cosas, aplicarse la hermenéutica más favorable al interés superior de aquéllos (art. 9° inc. 2° ídem) , y ello confluye con los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, en clara manifestación del **principio de solidaridad para inclinarse por la protección de ese tipo de vínculos afectivos**.

Dicha lógica argumentativa resulta compatible con la Carta Política, cuando **se abre la posibilidad de conciliar en este tipo de asuntos**.

[...] Al mismo tiempo se brinda preponderancia a los intereses de los niños, niñas y adolescentes (art.7, 8, 9 Ley 1098 de 2006), se protegen los vínculos familiares, y se da prevalencia a métodos alternativos para la terminación del proceso penal, sin tener que acudir al desgaste del aparato judicial, actuando en consonancia con los principios de eficiencia y economía, en aras de la búsqueda de un orden justo. Lo anterior puede realizarse siempre que se logre a través de arreglos equitativos y convenientes para las partes, estimulando la búsqueda de acuerdos entre las personas, y respetando los derechos en particular de las mujeres, cuyo objeto de protección prevalente fue el motivo del cambio legislativo reflejado en la Ley 1542 de 2011».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Conciliación: oportunidad procesal para presentarla, control por el Juez, evento en que se presentaron irregularidades en su ejercicio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de formulación de acusación:** fase de saneamiento, si el juez establece la existencia de alguno de los requisitos que impide la procesabilidad deberá ordenar la preclusión de la actuación || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura, cuando se permite que el trámite procesal avance más allá de la acusación, pese a la existencia de una causal de improseguibilidad de la acción penal

«Del examen de las condiciones que habilitaban la persecución del delito de inasistencia alimentaria, en el que se acusó y condenó a AP, y sobre el cual **existió una conciliación previa a la acusación, se produjeron varias irregularidades en el control judicial que debía ejercerse**.

En efecto, el juez de conocimiento consideró que **estaba en presencia de un delito querellable**, el cual, por mandato del artículo 522 de la Ley 906 de 2004, **requieren como requisito de procesabilidad que se surta previamente la audiencia de conciliación**, y ante su fracaso surge la procesabilidad de la acción penal. En consecuencia, la Fiscalía puede formular la imputación y avanzar en los diferentes estadios que configuran el proceso penal.

Es más, el yerro del sentenciador no se quedó ahí, puesto que dispuso continuar la acusación, cuando esa oportunidad procesal era el límite para aceptar la terminación anticipada del proceso tal como se expuso previamente, y luego en la audiencia preparatoria aceptó la estipulación que incorporaba al proceso la conciliación y el acta de la misma, en la cual se detalla el alcance del acuerdo logrado entre las partes. Sin embargo, no se percató de los efectos que tenía el mecanismo alternativo de solución de conflictos respecto a la procesabilidad de la conducta por la cual se juzgó a AP.

Posteriormente, al proferir la sentencia, el juez resumió la actuación procesal y cuando se refirió a las estipulaciones probatorias señaló que *“el documento que acredita el cumplimiento de las obligaciones alimentarias”*, sin que le haya merecido comentario alguno al momento de valorar la prueba. Tampoco derivó las **consecuencias que la conciliación acarrea sobre la procesabilidad de la conducta que está juzgando**. En el fallo de segunda instancia

se guardó silencio sobre las estipulaciones probatorias y, en consecuencia, la causal que impedía continuar la acción penal pasó desapercibida.

Siendo así **la conclusión es que desde la acusación se perdió la facultad jurisdiccional para actuar, de manera que las acciones posteriores carecen de validez, ya que la única vía posible a partir de ese momento era declarar la preclusión de la actuación, por la conciliación celebrada entre las partes».**

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Conciliación: validez, efectos, preclusión de la actuación || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura, cuando se permite que el trámite procesal avance más allá de la acusación, pese a la existencia de una causal de improseguibilidad de la acción penal || **NULIDAD - Principio de convalidación:** no aplica cuando se está frente a una causal de extinción de la acción penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la actuación:** imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal || **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Conciliación || EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Efectos:** no se extienden a la acción civil derivada del injusto ni a la acción de extinción de dominio || **NULIDAD - Debido proceso:** evento en que se declara a partir de la audiencia de formulación de la acusación

«En efecto **dada la existencia de la conciliación, y concluyendo su plena validez en el caso sub iudice, se impone disponer la preclusión en favor del procesado** según lo estipulado en la Ley 906 de 2004 artículos 331 y 332, numeral 1°, **dada la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, conforme al contenido del Código de Infancia y Adolescencia que faculta para dar por terminado el proceso por conciliación o reparación integral,** según lo dispuesto en el artículo 193, numeral 5° de la Ley 1098 de 2006,

y en los demás argumentos esgrimidos anteriormente.

Al no actuar como se acaba de señalar, se quebrantó la estructura del proceso penal, pues se está ante una causal de extinción de la acción penal, aspecto que no puede convalidarse con el silencio de las partes, debido a que nadie puede ser judicializado o condenado sin un juicio legal, y en el presente caso **existía una causal que impedía la procesabilidad de la conducta.** La vulneración del debido proceso en aspectos sustanciales, como ocurre aquí, **conduce a la invalidación de la actuación,** conforme lo determina el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, la Sala procederá en el sentido indicado y **decretará la nulidad del proceso a partir, inclusive de la audiencia de acusación, y dispondrá la preclusión de la investigación por conciliación.** Lo anterior con la aclaración de que se continuó con una actuación que no podía proseguirse según se indica en el artículo 522 de la Ley 599 de 2000. En consecuencia **el cargo propuesto por la censora prospera.**

Por ello, **la Sala casará la sentencia y decretará la nulidad de lo actuado a partir, inclusive desde la audiencia de acusación** - realizada el 18 de abril de 2013-, fecha en la que no había podido iniciarse dicho acto procesal, ya que anteriormente se había efectuado la conciliación entre el procesado y su hija - perdiendo el ejercicio de la acción penal-, sin necesidad de estudiar otros aspectos contenidos en la demanda de casación.

Es de advertir que, conforme a lo contemplado en el artículo 80 de la Ley 906 de 2004, **los efectos de la extinción de la acción penal no se extienden a la acción civil** derivada del injusto, ni a la acción de extinción de dominio (CSJ AP, 27 feb 2012, Rad. 38.547)».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

16. PRISIÓN DOMICILIARIA - MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA: improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente,

cuando no se acredita que sea incapaz o incapacitado para trabajar

La Sala decidió no casar la sentencia impugnada, tras advertir que la negativa a la concesión de la *prisión domiciliaria* respecto de

la sentenciada, constituyó una determinación en la que no se incurrió en *violación directa* ni *indirecta* de la ley sustancial, así como de cualquier otra garantía fundamental. Para arribar a esta inferencia, encontró, conforme a la valoración de la prueba pericial, que la compañera permanente de la condenada, presentaba una escasa o leve dependencia respecto de ésta, y que adicionalmente, su situación no se ajustaba a la de una persona incapaz o incapacitada para trabajar, todo lo cual impedía asignar a la solicitante, la condición de *cabeza de familia*. Determinó que el *juicio proyectivo* sobre la posibilidad de *reincidencia* delictiva resultó plausible, conforme a las pruebas allegadas a la actuación; y finalmente, descartó que se presentara discriminación o desconocimiento del *enfoque diferencial*, pues la identidad sexual de las personas no influyó en la decisión.

SP1251-2020 (55614) 10/06/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia: requisitos (Ley 750 de 2002) || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, demostración || **PRUEBA PERICIAL - Diagnóstico de medicina ocupacional:** grado de dependencia del paciente, índice de barthel || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando existe evidencia sobre la escasa o leve dependencia || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando la persona no está absoluta o gravemente incapacitada para sostenerse, cuidarse y mantenerse a sí misma || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, frente al cónyuge, compañero o compañera permanente, incapaz o incapacitado para trabajar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando no se acredita que sea incapaz o incapacitado para

trabajar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** concepto, no puede confundirse con la jefatura femenina de hogar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, frente al cónyuge, compañero o compañera permanente, su referente normativo, en sentido estricto, no es la dependencia en sí misma, sino tal circunstancia cuando deviene de la imposibilidad de uno de los integrantes para sostenerse, mantenerse y cuidarse a sí mismo, por incapacidad para trabajar

«[...] contrastadas las anteriores premisas con las razones expuestas por el tribunal para revocar la prisión domiciliaria concedida en primera instancia, la Sala encuentra, como primera medida, que en la sentencia impugnada fueron fijados correctamente los presupuestos exigibles para analizar la procedencia del instituto.

La ocurrencia de los hechos data de marzo de 2017, resultando entonces aplicable el art. 38 B del C.P. -adicionado por el art. 23 de la Ley 1709 de 2014-. Por ello se incumple el factor objetivo, dado que todos los delitos por los que se procede superan, en el mínimo de pena, el término de ocho años de prisión. Además, el art. 68 A ídem, al que remite el num. 2° de la norma, impide la concesión de la prisión domiciliaria a sentenciados por delitos dolosos contra la administración pública, como lo son el cohecho propio, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y el interés indebido en la celebración de contratos.

Por ello, en su condición de norma -y modalidad- especial para evaluar la procedencia de la suspensión de la prisión carcelaria por domiciliaria, el ad quem acudió al art. 1° de la Ley 750 de 2002, en conjunción con la jurisprudencia de esta Sala, al fijar como requisitos: “i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y iv) que la persona no tenga antecedentes penales.”

4.2.3.1. De otro lado, a la hora de verificar si la sentenciada es **mujer cabeza de familia**, el ad quem descartó esta condición bajo el entendido que la dependencia presentada por su compañera permanente es leve y, sólo en los momentos de crisis, presentará una gran

limitación para sus actividades cotidianas. Ese aserto se extrajo del informe pericial suscrito por médico forense, aportado por la propia defensa, sin tergiversación alguna.

Del contenido objetivo de la prueba el tribunal destacó, además, que esa conclusión derivó de **la aplicación del índice de Barthel**, en el cual BRG obtuvo una puntuación de 95, indicativa de una dependencia leve. Y en esa valoración no se advierte ninguna infracción de las reglas de la sana crítica.

Antes bien, a la luz de criterios científicos, el escrutinio de la prueba se ofrece sólido. Según la literatura médica, **el índice de Barthel** es una *“medida genérica que valora el nivel de independencia del paciente con respecto a la realización de algunas actividades de la vida diaria, mediante la cual se asignan diferentes puntuaciones y ponderaciones según la capacidad del sujeto examinado para llevar a cabo estas actividades”*. La estimación del grado de independencia se expresa en términos cuantitativos, de la siguiente manera: **i)** de 0-20: dependencia total; **ii)** 21-60: dependencia severa; **iii)** 61-90: dependencia moderada; **iv)** 91-99: dependencia escasa y **v)** 100: independencia .

Entonces, **existiendo evidencia sobre la escasa o leve dependencia de la señora RG** -que se evaluó en 95/100 por el hecho de requerir apoyo únicamente para subir y bajar escaleras-, **difícilmente puede sostenerse que ello convierte a su compañera permanente en mujer cabeza de familia, pues esa condición no es suficiente para predicar que aquélla está absoluta o gravemente incapacitada para sostenerse, cuidarse y mantenerse a sí misma**. Ello no implica desconocer la enfermedad ni las dificultades que pueda padecer la compañera de la sentenciada. Empero, lo cierto es que no reúne las condiciones de gravedad necesarias para poder considerar a CPMG como mujer cabeza de familia, en los términos exigidos por el art. 1° de la Ley 750 de 2002, en conexión con el art. 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008.

No puede confundirse la jefatura femenina de hogar, en tanto fenómeno socio-económico, en el que una mujer asume la manutención de su pareja, **con la figura de cabeza de familia derivada de la incapacidad de alguien, a su cargo, en razón de su incapacidad para trabajar**.

El referente normativo para poder catalogar a un sentenciado como **cabeza de familia**, en estricto sentido, **no es la dependencia en sí misma, sino tal circunstancia cuando, en el caso de parejas, deviene de la imposibilidad de uno de sus integrantes para sostenerse, mantenerse y cuidarse a sí mismo, “por incapacidad para trabajar, por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral”**».

INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez: se determina con base en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez || **PRUEBA PERICIAL - Diagnóstico de medicina ocupacional:** apreciación, evento en que resultó inidóneo para concluir la imposibilidad para laborar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, demostración, el Juez no está en el deber de practicar pruebas de oficio / **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, demostración, la defensa tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio adversarial:** facultades y obligaciones de la defensa || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** demostración, evidencias sobre la condición de salud y deficiencias físicas no son pruebas aptas para acreditarla || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** concepto || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de minusvalía:** concepto, conforme al Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Ocupación:** concepto || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Trabajo:** concepto || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** demostración, a través de dictámenes emitidos por una junta multidisciplinar || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** es distinto al concepto de discapacidad || **PRUEBA PERICIAL - Concepto médico legal sobre estado de invalidez e incapacidad para trabajar:** protocolo de Barthel || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Entrevistas:** ante psicólogo || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alimentos:** del alimentante al alimentario, para la provisión de los necesarios y congruos || **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria:** no se configura || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge,

compañero o compañera permanente, cuando no se acredita que sea incapaz o incapacitado para trabajar

«En ese sentido, no le asiste razón a la censora al pregonar que las demás pruebas incorporadas por la defensa en el traslado del art. 447 del C.P.P. conllevan a una conclusión diferente a la adoptada por el ad quem.

Es verdad que el tribunal dejó de apreciar los otros conceptos médicos alusivos a la condición de salud de la señora RG. No obstante, de cara al objeto de prueba, esto es, la **incapacidad para trabajar, los mismos se avienen inidóneos para concluir que aquélla está imposibilitada para laborar** y que, por ello, se hace dependiente de manutención por su compañera.

De acuerdo con el art. 41 inc. 1° de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez, que resulta de la incapacidad para trabajar en un determinado nivel, no puede determinarse de cualquier manera, sino que ha de establecerse con base en el **Manual Único para la Calificación de la Invalidez** expedido por el Gobierno Nacional, en el que se deberán contemplar los criterios técnicos de evaluación para **calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral**.

No es cierto, como lo alega la censora, **que el juez de conocimiento está en el deber de practicar pruebas de oficio a fin de establecer si el procesado se encuentra en condición de cabeza de familia** para acceder, por esa especialísima vía, a la prisión domiciliaria. No. Además de que ésta procede a solicitud de parte, pues mal podría el juez conocer dicha circunstancia si los interesados no se lo dan a conocer, **la lógica adversarial** que rige el juicio igualmente aplica en el procedimiento para sentenciar, por lo que **la defensa tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho de la consecuencia jurídica que reclama**.

En esa dirección, la actividad probatoria de la defensa fue insuficiente para acreditar que BLRG está incapacitada para laborar y que, por ello, su compañera permanente ostenta el rol de mujer cabeza de familia.

En su momento, el defensor únicamente incorporó al trámite evidencia sobre la condición de salud y deficiencias físicas de la señora RG, no pruebas aptas para demostrar incapacidad laboral ni invalidez.

Según el art. 3° del Decreto 1507 de 2014, por medio del cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, la condición de salud alude a categorías de enfermedad (aguda o crónica), trastorno, traumatismo y lesión, referenciada según la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud -CIE10, mientras que las deficiencias corresponden a alteraciones en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Ésta últimas pueden consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida.

Siguiendo dicha normatividad, la deficiente condición de salud de la persona dependiente de la mujer u hombre cabeza de familia, para que sea reconocida la prisión domiciliaria, ha de superar un umbral de gravedad que justifique la preponderancia del cuidado de esa persona sobre la necesidad social de que se ejecute la pena. El estándar consagrado legalmente y desarrollado por la jurisprudencia, se insiste, no fue cualquier deficiencia o minusvalía. Al exigirse el cuidado de **“personas incapaces o incapacitadas para trabajar que dependan exclusivamente del procesado”**, prácticamente, ha de verificarse una situación de invalidez.

Ello, por cuanto, en los términos del mencionado decreto, la **invalidez** es la pérdida de capacidad laboral u ocupacional igual o superior al 50%. La **minusvalía** que no alcance esa condición no puede reputarse, para los efectos de la prisión domiciliaria por ser cabeza de familia, como **incapacidad o imposibilidad para trabajar**.

El **Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional** entiende por **minusvalía** toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que impide o limita para el desempeño de un rol, que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece.

En ese sentido, el rol específico al que el legislador circunscribió la dependencia de la persona a cargo del hombre o mujer cabeza de familia fue el laboral, y no por cualquier disminución, deficiencia o discapacidad, sino

únicamente en la hipótesis de **incapacidad para trabajar**, que al corresponder al imposibilidad para laborar, se equipara en sus efectos al concepto legal de **invalidez**.

Empero, los diagnósticos de medicina ocupacional aportados por la defensa, al margen de no haber sido apreciados por el tribunal, no acreditan que la compañera de la sentenciada esté en condición de incapacidad para trabajar en un grado comparable a la invalidez.

En primer lugar, ninguno de los conceptos emite una conclusión en ese sentido. Al referirse el doctor CHV a “*gran limitación funcional para cualquier actividad física*” y “*condiciones que limitan su desempeño en cualquier labor*” (fl. 82), a lo sumo se ponen de presente discapacidades en la señora RG, pero por no constar ninguna información sobre el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo determinado, **mal podría entenderse como un diagnóstico de incapacidad para trabajar**.

La **ocupación** es lo que hacen las personas en el desempeño de sus roles, incluyendo el cuidado de sí mismos, el disfrute de la vida y la contribución al desarrollo económico y social de sus comunidades. Representa las ocupaciones propias de cada etapa del ciclo vital, de tal forma que el juego y el estudio resultan ser la ocupación principal en la infancia y la adolescencia; el trabajo en la etapa adulta y el uso del tiempo de ocio en la etapa de adulto mayor. Por su parte, el trabajo es aquel oficio o labor que desempeña la persona con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración.

Sin embargo, sobre este último aspecto nada dice el mencionado concepto médico, que restringe su ámbito de análisis a “limitaciones funcionales” sin emitir juicio alguno de cara a la aptitud laboral de BLR, pues nada se sabe de los antecedentes ocupacionales de aquella. Y ello es lo relevante para el propósito perseguido por la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, pues la figura se justifica desde la perspectiva de asistir a otro en su manutención, en eventos en que, por incapacidad para trabajar, no pueda hacerlo por sí mismo.

La incapacidad para trabajar es un juicio que no puede desarticularse de los antecedentes y el contexto ocupacional en que alguien se

desempeña o ha desempeñado. Por ello, ese tipo de dictámenes son emitidos por una junta - multidisciplinar- que califica la invalidez como resultado de identificar discapacidades laborales de magnitud tal que alcanzan el 50%. No es dable establecer una incapacidad laboral ni medirla con simples referencias médicas alusivas a la condición de salud y a las deficiencias que alguien pueda padecer producto de enfermedades o patologías, descontextualizadas de un ámbito ocupacional concreto.

Por sólo poner dos ejemplos, la amputación de una pierna en un futbolista no puede tener el mismo impacto, en términos de capacidad laboral, que en un escritor, como tampoco podría valorarse de igual manera la extracción de las cuerdas vocales en un cantante que en un diseñador gráfico. Ambos procedimientos, pese a producir idéntica discapacidad en los afectados, evidentemente no producen iguales efectos en punto de la incapacidad para trabajar.

Y a discapacidad, no a incapacidad para trabajar, es a lo que se refiere el otro concepto de medicina laboral cuya apreciación echa de menos la libelista. El doctor MOL tampoco consideró en su concepto (fls. 83-84) los antecedentes ni el contexto ocupacional de BLR, pues únicamente refirió sus enfermedades y, a partir de ellas, indicó, sin hacer explícita la base de su conclusión, que aquella presenta limitación para la movilización, el desplazamiento y la bipedestación, así como que requiere ayuda por otra persona para sus necesidades básicas.

Mas de estas últimas circunstancias no puede inferirse indefectiblemente la incapacidad para laborar, como quiera que, debido a la ausencia de información y análisis de los especialistas sobre el contexto laboral y ocupacional, mal podría determinarse si la examinada alcanza un grado de invalidez que le permita desempeñar un trabajo en particular. Además, en punto de valoración conjunta, el **informe rendido por el médico adscrito al Instituto de medicina Legal y Ciencias Forenses**, apreciado por el ad quem, desvirtúa las conclusiones del médico ocupacional privado.

De un lado, por cuanto el concepto pericial del INMLCF, visible a fls. 77 y 78, sí consigna las bases del análisis, indicando que, además de la revisión de la historia clínica, practicó un examen físico, con aplicación del **Protocolo de Barthel**, que arrojó un mínimo nivel de dependencia en la examinada. Ese examen mostró que la

puntuación de 95 se dio “a expensas de la subida y bajada de las escaleras, que requiere apoyo, lo cual indica una dependencia leve”. De ahí que si ese fue el único factor que bajó la puntuación de 100 (independencia) a 95 (dependencia leve), es incomprensible que el doctor OL hubiera concluido que “hay una limitación importante para funciones fisiológicas básicas”, menos cuando el médico legista dejó constancia de que la examinada, si bien con dolor, realizó todas las tareas asignadas durante el examen.

Pero hay más, una **apreciación** detallada del **concepto de salud ocupacional** particular (fls. 83-84) ofrece información relevante de cara a lo decidido por el tribunal. La compañera permanente de la sentenciada, como consta en el informe de visita socio familiar realizada por una psicóloga de la Comisaría de Familia de Cartago (fls. 73-76) -que, valga destacar, sí fue observado por el ad quem al señalar que BR cuenta con sus padres y una hermana-, reside en ese municipio, pero pudo trasladarse hasta Pereira ser valorada por el médico ocupacional, dejando constancia en el consultorio que su actividad económica está relacionada con una ONG. Incluso, a la funcionaria de la Comisaría de Familia le indicó que asiste a terapias médicas en la ciudad de Cali (fl. 76).

Esas circunstancias pueden indicar, contrario a lo evidenciado por los médicos ocupacionales privados, y acorde con lo concluido por el galeno del INMLCF, que, pese a las limitaciones propias de la enfermedad que padece, la señora RG sí puede movilizarse y desplazarse por sí misma -o asistida por otras personas-, incluso a otras ciudades, para continuar con sus tratamientos médicos, a los que no la ha acompañado su compañera desde que está presa.

Ahora, si bien -como igualmente lo destacó el ad quem- en momentos de crisis aquella puede presentar gran limitación para sus actividades cotidianas, no es menos cierto que, como ella

misma lo puso de presente a la psicóloga de la Comisaría de Familia, cuenta -en Cartago- con sus padres y su hermana, quienes constitucionalmente (arts. 95-2 y 47) tienen el deber de asistirle en su cuidado.

Puede admitirse, el tribunal desconoció que, en la entrevista con la psicóloga, BLR indicó que la relación con su familia es “distante”. Sin embargo, ello no releva a sus familiares de asistirle y, en cuanto a sus padres, no los exime del **deber de proporcionarle alimentos**, de darse las circunstancias legales para ello (arts. 411-2 y 422 del C.C.), en vista de la ausencia de su compañera permanente. En esa dirección, el inc. 2° de la última norma en mención preceptúa que ninguna persona podrá pedir **alimentos** a sus padres salvo que, por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo.

De suerte que las conclusiones probatorias fijadas por el tribunal **carecen de yerros de apreciación o valoración** capaces de invalidar el escrutinio probatorio, el cual tampoco se ve removido por los reproches formulados por la demandante. En consecuencia, **habiéndose descartado que la compañera permanente de la sentenciada esté en incapacidad para trabajar** y habiéndose probado que, en todo caso, aquella cuenta con otras personas que legalmente están en la obligación de apoyarla y asistirle tanto económicamente como en sus cuidados, **no es dable afirmar la condición de cabeza de familia** en CPGM, pues ésta no es su único soporte. Entonces, **existe razón suficiente para negar la prisión domiciliaria, por lo que la decisión del ad quem, al revocar la indebida concesión de la sustitución de la pena, fue del todo correcta».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

17. PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - APLICACIÓN Inmediata y urgente de la norma excepcional, derivada del estado de emergencia económica, social y ecológica (Decreto 546 de 2020)

Pese a la inadmisión de la demanda de casación, la Sala encontró procedente la concesión al sentenciado de la prisión domiciliaria transitoria, establecida en el Decreto 546 de 2020. La Corte explicó su competencia para pronunciarse sobre el particular, dado el carácter de inmediatez y urgencia de la disposición. Adicionalmente

precisó que la aplicación de esta figura jurídica es viable, así el fallo no se encuentre ejecutoriado o el procesado se encuentre en libertad.

56777 del 29/04/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Procedencia: cuando la sentencia condenatoria no haya cobrado ejecutoria (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Competencia:** del Juez de conocimiento o el de segunda instancia (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Procedencia:** del trámite relativo a su concesión, así el condenado se encuentre en libertad (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Finalidad:** proteger la salud de las personas reclusas en establecimientos carcelarios y penitenciarios

«De conformidad con el artículo 8, parágrafo 1 del Decreto 546 de 2020, cuando la sentencia de condena no haya cobrado ejecutoria, como ocurre en este asunto, *“el Juez de conocimiento o el de segunda instancia, según corresponda, tendrá la facultad para hacer efectiva de manera directa la prisión domiciliaria transitoria, a condición de que se cumpla con las exigencias previstas en este Decreto Legislativo”.*

Lo anterior, llama la atención la Sala, **sin perjuicio de que el condenado se encuentre en libertad**, pues si bien tal normatividad está dirigida a proteger en su salud a las personas reclusas en establecimientos carcelarios y penitenciarios, carecería de sentido esperar hasta la materialización de la orden de captura con la consiguiente ubicación del condenado en uno de tales sitios, para ahí sí emprender el trámite relativo a la concesión de la prisión domiciliaria transitoria, proceder que haría ineficaz la protección pretendida con el decreto».

PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Competencia: de la Corte Suprema de Justicia,

cuando el caso se encuentre en casación (Decreto 546 de 2020)

«Si bien el caso no se encuentra en el curso de las instancias de primer y segundo grado, sino en casación, con la misma teleología de agilidad y urgencia en la protección de la salud del sentenciado que configura el ámbito de protección de la norma excepcional, asiste competencia a la Corte para conceder la prisión domiciliaria transitoria».

PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Requisitos: únicamente deben verificarse los de naturaleza objetiva (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Requisitos:** no es necesario constatar el arraigo familiar del beneficiario ni la imposición de caución o dispositivo de seguridad electrónica (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Duración:** tiene un término de 6 meses (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Requisitos:** haber sido condenado a pena privativa de libertad inferior a cinco años (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Requisitos:** no encontrarse dentro de las exclusiones regladas (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Requisitos:** suscribir diligencia de compromiso ante el juez de primera instancia, bajo los parámetros de la Ley 1709 de 2014 (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Requisitos:** suscribir diligencia de compromiso ante el juez de primera instancia, utilizando los medios electrónicos y tecnológicos pertinentes (Decreto 546 de 2020)

«Según el artículo 13 del citado Decreto Legislativo, únicamente deben verificarse los requisitos objetivos establecidos en dicha normatividad, sin que sea necesario constatar el arraigo familiar del beneficiario ni la imposición de caución o dispositivo de seguridad electrónica.

(iv) De conformidad con el artículo 2-f del mencionado Decreto Legislativo, la Corte debe reconocer a RH el derecho a la prisión domiciliaria transitoria en su residencia por el término de 6 meses (artículo 3 ídem), pues fue condenado a una pena privativa de libertad inferior a 5 años y no se encuentra dentro de alguna de las exclusiones regladas en el artículo 6 del Decreto.

Respecto del párrafo 2 de dicha disposición se tiene que al consultar el número de cédula [...] correspondiente al acusado en www.procuraduria.gov.co no le figuran antecedentes penales y no obra en el expediente elemento de juicio alguno como para deducir que ha sido condenado por algún delito dentro de los 5 años anteriores, en cuanto en la vista pública dio cuenta de su penuria económica y la de su familia, sin referir algún asunto judicial al cual hubiera estado involucrado.

Para ser beneficiario de la prisión domiciliaria transitoria, HM debe suscribir diligencia de compromiso.

(v) En dicha diligencia se comprometerá, en los términos del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 (artículo 38B-4 del Código Penal) a no cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial que vigile el cumplimiento de la sanción, comparecer personalmente ante dicha autoridad judicial cuando fuere requerido y permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia de la ejecución de la pena.

(vi) La diligencia de compromiso será firmada ante el funcionario de primer grado, para lo cual podrán ser utilizados los medios electrónicos y tecnológicos pertinentes».

PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Aplicación: no conlleva la casación parcial del fallo impugnado (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Aplicación:** inmediata y urgente de la norma excepcional, derivada del estado de emergencia económica, social y ecológica (Decreto 546 de 2020)

«Debe precisar la Sala que la decisión adoptada **no conlleva la casación parcial del fallo impugnado**, pues no se trata de la corrección de un yerro en la aplicación de la ley, la apreciación de las pruebas o la guarda de la legitimidad y validez del trámite, **sino de la aplicación inmediata y urgente de una norma excepcional** contenida en el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, en desarrollo de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesta en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

18. PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - COMPETENCIA: **No corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando conoce del recurso de casación**

La Sala decidió sobre la competencia para el conocimiento de una solicitud de *prisión domiciliaria transitoria*, al amparo del Decreto 546 de 2020, con ocasión de la emergencia sanitaria derivada de la enfermedad denominada Covid-19. A este respecto, precisó que tratándose de personas privadas de la libertad, la competencia para conocer de ésta corresponde al juez de conocimiento o al de segunda instancia, por lo que encontró así, que en este evento, dicha atribución radica en el Tribunal que tiene a su cargo el asunto para desatar la apelación, dada la condición prioritaria y urgente de la petición. Finalmente, recordó que la Sala de Casación Penal de la

Corte Suprema de Justicia no es la competente para conocer de las peticiones a que se refiere el Decreto 546 del 14 de abril de 2020, cuando conoce del recurso de *casación*, pues en este trámite no obra ni como juez de conocimiento ni de segunda instancia.

393 del 20/05/2020

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Competencia: del Juez de conocimiento o el de segunda instancia (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Competencia:** del Tribunal Superior de Distrito, cuando tiene la actuación para resolver el recurso de apelación (Decreto 546 de 2020) ||

PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA – **Competencia:** la reglamentación especial y transitoria estableció una aplicación preferente a la consagrada en las normas ordinarias penales y penitenciarias (Decreto 546 de 2020) || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** Tribunal Superior de Distrito Judicial, se le remite la actuación para que se pronuncie sobre la solicitud de prisión domiciliaria transitoria (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA** - **Competencia:** no corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando conoce del recurso de casación (Decreto 546 de 2020)

«De lo expuesto en precedencia, en aras de definir la autoridad judicial que debe resolver la solicitud especial presentada por MP, se tiene que tratándose de personas condenadas a pena privativa de la libertad, mediante providencia no ejecutoriada, el Decreto 546 de 2020 estableció que, a partir de la fecha de su publicación, esto es abril 14 de 2020 y de manera especial, preferente y transitoria, **la concesión la prisión domiciliaria transitoria es competencia del juez de conocimiento o el de segunda instancia**, según corresponda, para que de manera directa haga efectivo el beneficio, en caso de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el decreto legislativo.

Así las cosas, corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior [...] emitir un pronunciamiento

sobre la solicitud presentada por el sentenciado, toda vez que: i) por virtud del recurso de apelación, tiene a su disposición y cargo el proceso, desde octubre de 2018; ii) resulta urgente y prioritario resolver este tipo de peticiones oportunamente; y iii) **la reglamentación especial y transitoria estableció una aplicación preferente a la reglamentación consagrada en las normas ordinarias penales y penitenciarias**, expresamente invocadas por el ad quem.

Dado que, en el presente asunto, **la competencia para resolver la solicitud de prisión domiciliaria transitoria se encuentra radicada en la Sala Penal del Tribunal Superior** [...] se dispondrá la remisión inmediata de la actuación para lo de su cargo.

No sobra señalar en esta oportunidad, que **la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no es la competente para conocer de las peticiones a que se refiere el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 cuando conoce del recurso de casación, pues en este trámite no obra ni como juez de conocimiento ni de segunda instancia**, criterios que fueron expresados en el auto de 7 de mayo de 2020 (Rdo.55966).»

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

19. PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - MARCO DE PUNIBILIDAD

Inhabilitación por el tiempo fijado en la sentencia, no significa que sea por uno similar al de la pena principal, sino por el que corresponde señalar acorde con el régimen punitivo

La Sala decidió casar oficiosamente el fallo impugnado, luego de advertir un yerro de los sentenciadores en la determinación de la sanción relativa a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Concretamente

precisó que cuando la normatividad se refiere a la inhabilitación *por el tiempo fijado en la sentencia*, no lo hace respecto de uno similar al de la pena principal, sino por el que cabe deducir conforme al marco de punibilidad y parámetros de *proporcionalidad y legalidad* establecidos en los artículos 51 y 61 del Código Penal.

SP206-2020 (48275) del 05/02/20

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA - Se vulnera || PENA - Principio de proporcionalidad || CASACIÓN OFICIOSA - Pena accesoria: privación del derecho a la tenencia y porte de armas || **CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación de la pena || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** disminución punitiva, flagrancia || **PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Aplicación del sistema de cuartos || PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Marco de punibilidad:** inhabilitación por el tiempo fijado en la sentencia, no significa que sea por uno similar al de la pena principal, sino por el que corresponde señalar acorde con el régimen punitivo

«En la providencia que viene de referirse con la cual la Corte calificó la demanda de casación interpuesta por la defensa técnica del acusado, además de exponer las diversas razones que condujeron a inadmitirla, **se advirtió la necesidad de un pronunciamiento oficioso enderezado a corregir un error de juicio de los sentenciadores, inadvertido para el demandante, relacionado con la sanción accesoria del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, tasada por el juez de conocimiento en 94 meses y 15 días, esto es, por término similar al de la pena de prisión, determinación contraria a los principios de legalidad y proporcionalidad de la pena.**»

En efecto, en el proceso de individualización de la sanción principal, el sentenciador determinó los extremos punitivos acorde con lo establecido por el artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011 (108 a 144 meses de prisión), se ubicó en el cuarto mínimo que va de 108 a 117 meses y, siguiendo los criterios legales para establecer la pena, consideró que procedía imponer el mínimo establecido en esa disposición.

De otra parte, con el fin de reconocer el descuento correspondiente al allanamiento a cargos efectuado por el acusado en la audiencia de formulación de imputación, aplicó, según correspondía, la regla consignada en el parágrafo del artículo 301 del estatuto procedimental,

acorde con la cual, en los **casos de flagrancia** [como el presente], el procesado sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de esa codificación, razón por la cual al mínimo de la pena prevista en el artículo 365 del Código Penal, le descontó 12.5%, razón por la cual la pena principal la fijó el 94 meses y 15 días de prisión. Del mismo modo, precisó el juez de conocimiento, *“se condenará al joven CAIB, a las penas accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas y prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, por un periodo igual a la pena privativa de la libertad, respectivamente, de conformidad con el artículo (sic) 44 y 49 del Código Penal.”*

La norma última citada por el a quo establece que **la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia, que no quiere decir, como erradamente asumió el juzgador [avalado por el Tribunal] por similar tiempo al de la pena principal, sino por el que corresponde señalar acorde con lo normado por los artículos 51 y 61 del régimen punitivo**, inaplicados en la sentencia recurrida, cumpliendo el deber adicional de **imponer la sanción accesoria de manera proporcional** a la principal.

El marco de punibilidad del artículo 51 del Código Penal, dividido en cuartos, como lo impone el artículo 61 ejusdem, es el siguiente: el primero de 1 a 4 años y 6 meses, el segundo de 4 años, 6 meses y 1 día a 8 años, el tercero de 8 años y 1 día a 11 años, 6 meses, y el último de 11 años, 6 meses y 1 día a 15 años.

Como la pena principal se fijó en el mínimo del primer cuarto y se disminuyó en la proporción señalada en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, siguiendo estos mismos parámetros, la accesoria analizada se fijará definitivamente en diez (10) meses y quince (15) días».

(Textos resaltados por la Relatoría)

20. PROVIDENCIAS - REVOCATORIA:

No está prevista en la legislación como mecanismo de corrección oficiosa de yerros en que pudo incurrir la autoridad judicial

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la revocatoria de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por un mecanismo de vigilancia electrónica, la Sala determinó que la decisión adoptada por un Magistrado de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, en ejercicio de la función de control de garantías, constituyó una afectación trascendente del *debido proceso*, el *derecho de defensa* y la *seguridad jurídica*, en perjuicio del postulado. Específicamente advirtió que el auto fue emitido sin atribuciones para ello, por cuanto la figura de la *revocatoria* no está prevista como mecanismo correctivo, que permita a la autoridad judicial enmendar *oficiosamente* sus yerros. Aunado a ello, no se presentó en el caso, el escenario establecido legalmente en la normatividad transicional, relativo a la revocatoria de la sustitución de la medida de aseguramiento a solicitud de la Fiscalía, de modo que, ante el carácter insubsanable de la irregularidad, se procedió a declarar la nulidad de la citada decisión, con sustento en los principios que informan su decreto.

202 del 10/06/2020

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEBIDO PROCESO - Se vulnera || DERECHO DE DEFENSA - Se vulnera || PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA - Se vulnera || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Magistrado de control de garantías: competencia || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: detención preventiva, sustitución por mecanismo de vigilancia electrónica || PROVIDENCIAS - Revocatoria: no está prevista en la legislación como mecanismo de corrección oficiosa de yerros en que pudo incurrir la autoridad judicial || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: sustitución, revocatoria, procedencia a solicitud de la Fiscalía, ante el incumplimiento del postulado || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: sustitución, revocatoria, improcedencia ||

PROVIDENCIAS - Ejecutoria: efectos, carácter inmodificable, oponible a terceros y con plena eficacia en relación con la consecuencia jurídica reconocida || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Principio de complementariedad || NULIDAD - Principios || NULIDAD - Principio de taxatividad || NULIDAD - Principio de protección || NULIDAD - Principio de convalidación || NULIDAD - Principio de trascendencia || NULIDAD - Principio de instrumentalidad || NULIDAD - Principio de acreditación || NULIDAD - Principio de residualidad || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad || NULIDAD - Debido proceso: se configura, evento en que el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, revocó oficiosamente una decisión ejecutoriada

«El examen de la actuación y de la decisión confutada, en los términos expuestos en acápite previos, deja claro que la autoridad de primera instancia incurrió en **afectación trascendente de las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa y la seguridad jurídica en perjuicio del postulado, todo lo cual constituye motivo de nulidad.**

Así se predica porque el auto impugnado fue emitido contra toda lógica y sin atribución para ello por el **magistrado en ejercicio de la función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz** del Tribunal Superior [...] que, en cambio de decidir la solicitud de dar aplicación al artículo 18B de la Ley 975 de 2005, optó por revocar la determinación previa adoptada por esa misma instancia en el sentido de sustituir las medidas de aseguramiento de detención preventiva con que GC ha sido gravado en el proceso de Justicia y Paz.

Es evidente que desatendió el funcionario de primera instancia que **la figura de la revocatoria no está prevista en la legislación nacional como mecanismo de corrección que permita a la autoridad judicial oficiosamente enmendar el yerro en que considere pudo haber incurrido al tomar determinada decisión** dentro de una actuación bajo su cargo.

Lo anterior, destaca la Sala, sin perjuicio de lo previsto en la normatividad transicional que en el artículo 40 del Decreto 3011 de 2013, prevé **la revocatoria de la sustitución de la medida de aseguramiento a solicitud de la fiscalía, a causa del comprobado incumplimiento por parte del postulado** de cualquiera de las condiciones u obligaciones que le fueron impuestas en la decisión sustitutiva del gravamen.

En vista que **no se presentó un escenario en el que fuera legalmente procedente modificar lo decidido mediante auto del 3 de diciembre de 2019, con la determinación opugnada se afectó el principio de seguridad jurídica** en cuanto, tras haber adquirido firmeza aquella providencia porque no interpusieron las partes o intervinientes legitimados los recursos que la ley procesal penal establece, **se tornó en inmodificable, oponible a terceros y con plena eficacia en relación con la consecuencia jurídica reconocida**, cabe decir, la sustitución de las medidas de aseguramiento impuestas al postulado en el proceso de Justicia y Paz.

La irregularidad en que se incurrió desborda los cauces legales, acorde con los principios que informan el decreto de las nulidades cuya aplicación en el proceso penal especial deriva del principio de complementariedad, según el cual para todo lo no dispuesto en la legislación transicional se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

En esa línea de análisis, la Sala ha explicado que a pesar de que **esos principios** no fueron enlistados expresamente en el cuerpo legal que instauro el modelo de proceso penal oral de tendencia acusatoria, **están ínsitos en la estructura procesal misma**, y, acorde con las alegaciones del apelante, se manifiestan en el asunto examinado así:

- **Taxatividad**, referido a que la declaratoria de invalidez de la actuación debe corresponder a los motivos establecidos en la ley, que se materializa en el artículo 457 del estatuto procesal penal de 2004 por violación de garantías fundamentales cuando se viola el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales.

Ambas de estas hipótesis concurren, conforme se ha explicado porque son de entidad superior las garantías consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política a todos los individuos, sin espacio para que el ejercicio de aquella -la defensa de los derechos propios- admita relativización.

Por ende, la sorpresiva variación del instrumento de definición que sobre el tema en discusión expuso la judicatura de primer grado, no puede superponerse a la posibilidad de hacer efectivo el mandato de la Carta cuando quiera que compromete la esencia misma de la garantía defensiva.

En cuanto a la **afectación del debido proceso**, se constata que en su perspectiva formal de diseño de pasos sucesivos para adoptar determinada decisión judicial, fue pretermitido y se impuso a cambio uno no pertinente a la situación, desconociéndose el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico que busca la protección de la persona incurso en una actuación judicial, para que se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia, acorde con la definición que la Corte Constitucional ha dado en sentencia C-341 de 2014.

- **Protección**, que consiste en que el sujeto o parte procesal que ha dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica, nada de lo cual se aviene en la medida que fue la instancia judicial la que erró en la dirección del trámite a su cargo y propició el criticado resultado.

- **Convalidación**, relacionado con que la irregularidad que engendra el vicio pueda ser validada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales, temática indiscutible porque la determinación revocatoria es censurada de manera directa por la defensa del postulado GC, precisamente por la incidencia que tiene en perspectiva de la pérdida del derecho obtenido, la medida sustitutiva no privativa de la libertad; y en cuanto al desarrollo subsiguiente del trámite de reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de las penas impuestas en la justicia ordinaria, que se vio truncado en tanto aquella, la sustitución, es presupuesto de esta, la suspensión.

- **Trascendencia**, consistente en que la declaratoria de nulidad requiere además e la demostración de la ocurrencia de la incorrección, la afectación real y cierta de las garantías de los sujetos procesales, o que se socaven las bases fundamentales del proceso; aspectos que refulgen probados en perjuicio del postulado que afronta una decisión producida en contravía del rito procesal, de sus intereses y derechos al haber sido adoptada oficiosamente y sin fórmula de juicio.

- **Instrumentalidad de las formas**, referido a que no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa, supuesto de manifiesto en el sub

examine en atención a que la decisión proferida de ninguna manera es la apropiada para enmendar, en gracia de discusión, la eventual inmerecida concesión de la medida sustitutiva en firme.

- **Acreditación**, atinente a que la configuración del motivo nugatorio se propicie especificando la causal que lo soporta, acorde con los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes a la cuestión, que en el presente se cumple siguiendo las precedentes exposiciones acerca de la afectación de los derechos al debido proceso y la defensa, del referido artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

- **Residualidad**, que dice de la necesidad de acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad, premisa determinante para que se llegue al extremo de reorientar el cauce de la actuación, que se evidencia porque no cabe diversa solución para restablecer los efectos de la medida sustituida que se suprimieron de tajo.

En ese sentido, la providencia en cuestión lejos está de ser ejemplo de la labor que debe asumir la judicatura para la resolución de los asuntos sometidos a su consideración, menos aun cuando ese proveer entraña desconocer claras pautas legales relativas a la **imposibilidad de revocar una decisión en firme que ha reconocido un derecho**.

Como quiera que nada de lo anterior se puede pasar por alto ni remediar por la Corte en sede de segunda instancia, **se declarará la nulidad del auto proferido el 4 de marzo de 2020 por la magistratura con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior [...]**.

Consecuente con esta determinación, la autoridad de primer grado deberá resolver la solicitud presentada por la defensa del postulado YAGC en los términos del artículo 18B de la Ley 975 de 2005».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

21. RECURSO DE QUEJA - SUSTENTACIÓN ***Se deben expresar los motivos por los cuales considera procedente la concesión del recurso de apelación***

La Sala dispuso desechar el recurso de queja interpuesto, al determinar que el recurrente no cumplió con la carga que le asiste en estos eventos, que no es de tipo opcional, consistente en expresar las razones en virtud de las cuales encuentra procedente que se le conceda la alzada, pues sólo de esa manera puede ser posible la verificación de la segunda instancia sobre su viabilidad.

AP166-2020(56802) del 22/01/20

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja: trámite || RECURSO DE QUEJA - Sustentación: se deben expresar los motivos por los cuales considera procedente la concesión del recurso de apelación || **RECURSO DE QUEJA - Sustentación:** término || **RECURSO DE QUEJA - Desechado**

«[...] conforme lo dispone el artículo 179-D, adicionado al Código de Procedimiento Penal de 2004 por la Ley 1395 de 2010, **corresponde a quien interpone el recurso de queja, la sustentación que estará encaminada a expresar los motivos por los cuales considera procedente la concesión del de apelación**, lo cual se hará dentro del término de tres días señalados en el artículo en mención. De no cumplirse con esa carga, el recurso será desechado.

La sustentación de la queja, dispone la citada norma, debe cumplirse en la segunda instancia dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias, a cuyo término se resolverá de plano. Frente a la ausencia de sustentación, el recurso será desechado».

«En la presente actuación, aunque el interesado interpuso la queja una vez le fue denegado el

recurso de apelación, **no lo sustentó** dentro del término establecido en el artículo 179D de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1395 de 2010, **carga que en modo alguno es opcional, en tanto solo de esa manera la segunda instancia puede conocer los motivos lógicos y jurídicos con los cuales el recurrente aspira a evidenciar los errores en los que incurrió la primera instancia.**

Así las cosas, como en el presente evento el recurrente no sustentó en término el recurso de queja interpuesto, conforme lo prevé el artículo 179D, inciso tercero del Código de Procedimiento Penal de 2004, **será desechado».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - RECURSO DE APELACIÓN:

Competencia, pautas y criterios para determinarla en segunda instancia, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena acumulada

La Sala tuvo la ocasión de fijar las pautas y criterios que determinan la competencia, cuando se trata de precisar el funcionario con atribuciones para conocer en segunda instancia, sobre el recurso de apelación respecto de las decisiones emitidas por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, durante la ejecución de una *pena acumulada*. En tal sentido precisó que, cuando el asunto se refiere a penas acumuladas, que provengan de juzgados de distintos niveles, siempre prevalecerá el de *mayor grado* y, en el evento de ser más de uno, la controversia de esta índole se definirá teniendo en cuenta ese *mayor nivel* y la *gravedad de la pena* como factor preponderante. Por manera que, en el evento concreto, asignó la competencia para conocer de la apelación contra la negativa de concesión de la *libertad condicional*, al Despacho de *superior jerarquía*, que profirió la condena de *mayor gravedad*.

609 del 10/06/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación: de las decisiones del juez de ejecución de penas, sobre mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** reiteración || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** competencia, Juez de mayor jerarquía, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena acumulada, proferida por despachos judiciales del mismo nivel || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** competencia, Juez de mayor jerarquía o el que impuso la pena más grave, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena acumulada, proferida por despachos judiciales de distinto nivel || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** prórroga de competencia, excepciones || **NULIDAD - Falta de competencia:** del juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** competencia, pautas y criterios para determinarla en segunda instancia, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena acumulada

«El artículo 478 Ibidem, prevé que: «Las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia».

Desde el auto CSJ AP1641-2017, Rad. 49896, esta Corporación, en atención a que el aludido canon, no consagra el competente para conocer de las anteriores decisiones en segunda instancia en la ejecución de una pena acumulada, estableció la siguiente regla, así:

[...] Ahora, para definir la competencia en el asunto bajo estudio, se advierte que el artículo 478 del Código de Procedimiento Penal dispone que las decisiones de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad relacionadas con los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia. Sin embargo, no indica cuál debe ser el competente para conocer en segunda instancia cuando se trata de la ejecución de una pena acumulada, producto de dos o más condenas proferidas por distintos despachos judiciales, aspecto que debe dilucidarse por vía jurisprudencial. En ese sentido, estima la Sala que **la gravedad de la pena es el factor preponderante para definir dicho cuestionamiento**, de tal suerte que deberá fungir como ad quem **el juez de conocimiento que haya proferido la condena de mayor gravedad**, la que a su vez debió ser tomada como base para determinar la pena acumulada, según previsiones del artículo 460 de la Ley 906 de 2004.

Conforme a ese criterio jurisprudencial, la competencia para conocer del recurso de apelación contra las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, en la ejecución de una pena acumulada, **recae en el juez de conocimiento que haya proferido la condena de mayor gravedad**.

Si bien tal postura, en esta oportunidad será reiterada, resulta necesario precisar que la misma **solo puede entenderse frente a penas acumuladas proferidas por despachos judiciales de la misma jerarquía, pues cuando provengan de juzgados de distintos niveles, siempre prevalecerá el de mayor grado** y, en el evento de ser más de uno, **la controversia de esta índole se definirá teniendo en cuenta ese mayor nivel y la gravedad de la pena** como factor preponderante.

Lo anterior, encuentra sustento en la prohibición que trae el Código de Procedimiento Penal de asignar competencia de asuntos que, por su especialidad, gravedad o por el factor subjetivo, corresponde a funcionarios de superior jerarquía, en otros de menor grado. Un ejemplo claro es la **excepción a la prórroga** de esta [artículo 55 de la Ley 906 de 2004], cuando no se manifiesta o alega la incompetencia en la oportunidad

indicada en el artículo 54 y, frente a la cual esta Sala, en múltiple y reiterada jurisprudencia ha señalado:

[...] De igual forma, el canon 456 Ibidem, establece como causal de nulidad que *«la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados»*.

Bajo esa situación, **las pautas que determina la competencia para conocer en segunda instancia de las decisiones citadas en la ejecución de una pena acumulada atenderán los siguientes criterios:**

(i) De conformidad con el artículo 478 de la Ley 906 de 2004, las decisiones del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad relacionadas con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, **son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia**.

(ii) En los casos en que la ejecución se efectúa sobre una pena acumulada, producto de dos o más condenas proferidas por distintos despachos judiciales del **mismo nivel jerárquico**, el competente para resolver dicho recurso será **el funcionario de conocimiento que haya proferido la condena de mayor gravedad**.

(iii) Cuando la ejecución se realiza sobre una pena acumulada, producto de condenas proferidas por despachos judiciales de **diferente nivel jerárquico**, el competente para resolver el recurso de apelación **será el funcionario de conocimiento de mayor grado, indistintamente que un inferior haya proferido la condena más grave**.

(iv) Si la ejecución se efectúa sobre una pena acumulada, producto de más de dos condenas proferidas por despachos judiciales de diferente jerarquía y, dos o más de éstas corresponden a igual nivel superior, la competencia para resolver la apelación contra las decisiones que se refieran a los asuntos indicados, se definirá entre ellos, correspondiendo ésta a **aquel que haya proferido la condena de mayor gravedad**.

[...] Como quiera que JBG fue condenado por los Juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado Adjunto de Descongestión de Cúcuta, el 18 de marzo de 2013, Penal del Circuito Especializado de Valledupar, el 5 de noviembre de 2015 y Segundo Penal del Circuito

de Ocaña, el 17 de noviembre de 2017, a las penas de prisión de 64 meses y multa de 1.800 salarios mínimos legales mensuales vigentes, 45 meses y multa de 3.250 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 100 meses, respectivamente, acorde con las reglas expuestas en precedencia, **el funcionario judicial competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cúcuta**, con la que se le negó el mecanismo sustitutivo de libertad condicional, **es el titular del primero de los despachos citados.**

Lo anterior, por cuanto el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Adjunto de Descongestión de Cúcuta, frente a su homólogo de Valledupar, **fue el despacho de superior jerarquía que profirió la “condena de mayor gravedad”**, en consecuencia, se le enviará el trámite para que obre de conformidad, o a quien haya asumido su carga laboral».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

23. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - PROCEDENCIA

La no verificación de sus presupuestos en la justicia transicional, no implica que el procesado no tenga derecho a que se evalúe la concesión de los subrogados propios del régimen penal ordinario

La Sala decidió casar parcialmente el fallo impugnado, al advertir que los falladores de instancia incurrieron en un falso juicio de existencia por omisión, toda vez que pretermitieron el estudio de las pruebas documentales aportadas por la defensa, así como de la propia indagatoria del procesado, pese a que en su conjunto acreditaban el cumplimiento del factor subjetivo para la concesión del subrogado. La Corporación consideró fundamental precisar que, aunque el sentenciado no se hizo acreedor a los beneficios propios de la justicia transicional, en su condición de desmovilizado de un grupo armado ilegal, ello no impedía evaluar la viabilidad de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, bajo los parámetros del régimen penal ordinario.

52620 del 22/04/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

JUSTICIA TRANSICIONAL - Suspensión condicional de la ejecución de la pena de carácter especial: inaplicabilidad cuando el sentenciado no se acogió al proceso de reintegración (Ley 1424 de 2010) || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Procedencia:** la no verificación de sus presupuestos en la justicia transicional, no implica que el procesado no tenga derecho a que se evalúe la concesión de los subrogados propios del régimen penal ordinario (Ley 1424 de 2010) || **JUSTICIA TRANSICIONAL - Normatividad aplicable:** sin perjuicio de los beneficios, los desmovilizados serán investigados o juzgados según las normas aplicables al momento de comisión de la conducta (Ley 1424 de 2010) || **JUSTICIA TRANSICIONAL - Aplicación preferente:** de los subrogados y beneficios de justicia transicional, sin atender al máximo de la pena que cabría imponer (Ley 1424 de 2010) || **JUSTICIA TRANSICIONAL - Aplicación preferente:** respecto a la ley penal ordinaria (Ley 1424 de 2010) || **JUSTICIA TRANSICIONAL - Suspensión condicional de la ejecución de la pena de carácter especial:** su aplicación preferente no implica que el desmovilizado sólo tiene derecho a ese subrogado (Ley 1424 de 2010) || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Sentencia:** al momento de dictarla, el juez debe establecer si el procesado puede hacerse acreedor o no a ésta

|| **JUSTICIA TRANSICIONAL - Aplicación subsidiaria:** de las normas penales ordinarias

«Al no haber suscrito el sentenciado el plurimencionado Acuerdo, es claro que **no se acogió a ese especial proceso de reintegración, por lo que tampoco le son aplicables los beneficios inherentes al mismo.** Sin embargo, como a continuación se expondrá, **ello no implica que, por no verificarse los presupuestos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de ese régimen, el condenado no tenga derecho a que se evalúe la concesión de los subrogados propios del Código Penal, aplicables en el régimen penal ordinario,** por el que fue juzgado. Y tampoco podrían mezclarse las exigencias de una y otra legislación, por cuanto ello vulneraría el debido proceso.

En ese sentido, el art. 5° de la Ley 1420 expresamente señala que, sin perjuicio de los beneficios contemplados en esa ley, los desmovilizados de que trata el art. 1° ídem **serán investigados y juzgados según las normas aplicables en el momento de la comisión de la conducta** punible.

Además, el art. 9° inc. 2° ídem preceptúa que la aplicación de los subrogados y demás beneficios de justicia transicional previstos en esa ley para los desmovilizados **se aplicarán de forma preferente a lo dispuesto en otras normas, sin atender al máximo de la pena que cabría imponer.**

La conjunción de dichos preceptos normativos permite afirmar, entonces, que **el régimen especial de beneficios transicionales para los desmovilizados es de aplicación preferente al régimen penal ordinario,** en caso de que se hubieran acogido al mentado Acuerdo para la Contribución a la Verdad y la Reparación. La suspensión -ordinaria- de la ejecución de la pena exige unos requisitos objetivos y subjetivos a ser verificados caso a caso por el sentenciador (art. 63 C.P.). Por eso, la **suspensión especial de la ejecución de la pena en el régimen transicional** (art. 7° Ley 1424 de 2010) se torna beneficiosa, pues al desmovilizado sentenciado, si cumple con las condiciones para que el Gobierno solicite el subrogado, éste le habría de ser concedido indefectiblemente, al margen de la pena que se le imponga y del juicio subjetivo que en cada caso pueda aplicar el juzgador a fin de evaluar, en concreto, la necesidad de ejecución de la sanción penal.

Mas **la aplicación preferente de la suspensión especial de la ejecución de la pena,** importa puntualizar, **no implica que el desmovilizado sólo tiene derecho a ese subrogado por la vía transicional.** Además de que ello contradice el tenor del art. 5° de la Ley 1424, desconoce que el plurimencionado beneficio especial **es apenas una alternativa** a la que se puede acceder por el desmovilizado que, voluntariamente, decide obligarse a cumplir con determinados compromisos a fin de acceder, como contraprestación, a que se le suspenda la ejecución de la sanción penal.

Si, al margen de los beneficios contemplados en la Ley 1424 de 2010, los desmovilizados de que trata el art. 1° ídem han de ser investigados y juzgados según las normas aplicables en el momento de la comisión de la conducta punible, es claro que, **a la hora de dictar sentencia condenatoria, el juez debe establecer si el sentenciado puede hacerse acreedor o no a la suspensión de la ejecución de la pena.** Así lo puso de presente la Corte Constitucional (sent. C-771 de 2011), siguiendo en ese aspecto la jurisprudencia de esta Sala: [...]

Ahora bien, no obstante existir un mandato legal de aplicación preferente de la normatividad transicional frente a las reglas penales ordinarias, ello no quiere decir que estas últimas devengan excluyentes, pues en lo no previsto en la Ley 1424, **la aplicación de aquéllas deviene subsidiaria.** Y esa subsidiariedad igualmente tiene lugar cuando el incumplimiento de los requisitos de rigor impide la concesión de los beneficios especiales (transicionales)».

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Requisitos
|| **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado
|| **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** consideración de la modalidad y gravedad de la conducta || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** el sentenciador debe ponderar o conjugar sus presupuestos, para determinar si existe o no necesidad de ejecutar la pena de prisión
|| **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** ninguno de sus criterios funciona como referente

que auto justifique la concesión o negación del subrogado || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** sus criterios no implican por sí mismos diagnóstico favorable o desfavorable sobre la necesidad de la pena || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** la invocación aislada de la gravedad o modalidad de la conducta no es suficiente para establecer la necesidad de ejecutarla || **MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN - Factor subjetivo:** el estudio de las características individuales del procesado es esencial para su reconocimiento || **MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA - Factor subjetivo:** se trata de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena || **MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA - Factor subjetivo:** están ligados a las funciones de la pena y al reproche subjetivo que debe hacerse dentro de la categoría de la culpabilidad

«De ahí que, sin dudar, haya de aplicarse el art. 63 del C.P., norma vigente para la época de los hechos (en la medida en que el concierto cesó en noviembre de 2004, cuando el procesado se desmovilizó). Según dicho artículo, en conjunción con la jurisprudencia penal (CSJ SP16180-2016, rad. 46.755), **la ejecución de la pena privativa de la libertad se suspenderá** por un período de dos a cinco años, de oficio o a petición del interesado, siempre que **i)** la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años y **ii)** que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En cuanto a los **presupuestos subjetivos para evaluar la concesión del subrogado**, cifrados, por una parte, en la valoración de los **antecedentes personales, sociales y familiares** del sentenciado; y por otra, en la consideración de la **modalidad y gravedad de la conducta**, la jurisprudencia tiene dicho que el sentenciador ha de ponderar o conjugar dichos aspectos, a fin de dictaminar si, en el caso concreto, existe o no necesidad de ejecutar la pena de prisión.

Ninguno de tales criterios funciona como un referente que se **auto-justifique para conceder o negar el subrogado**. Todos ellos son pautas que, por sí mismas, no implican ningún diagnóstico favorable ni desfavorable sobre la

necesidad de la pena. Todos ellos han de sopesarse, según las particularidades del asunto concernido, a fin de diagnosticar, en concreción de las finalidades y funciones de la pena (art. 4º del C.P.), si ésta debe ejecutarse o puede subrogarse.

En esa dirección, **la simple invocación aislada de la gravedad y/o modalidad de la conducta es insuficiente** para establecer la necesidad de ejecutar o no la pena de prisión.

[...] De ahí que el **estudio de las características individuales del procesado** sea esencial para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad, en tanto están ligados de manera inescindible a las **funciones de la pena y al reproche subjetivo** que el juez debe hacer dentro de la categoría de la culpabilidad (cfr., entre otras, CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35.943 y SP13989-2017, rad. 47.691).

En la consideración de los requisitos subjetivos aplicables a los subrogados y beneficios se identifica una teleología común, de acuerdo con la cual, superado el factor objetivo, de lo que se trata es de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena (CSJ SP2438-2019, rad. 53.651)».

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión: se configura, evento en que se inobservaron las pruebas documentales referidas al factor subjetivo para la concesión del subrogado || **INDAGATORIA - Medio de vinculación, de defensa y de prueba** || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - factor subjetivo:** demostración || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** demostración || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** evento en que el procesado contribuyó a la verdad, en la construcción del contexto del paramilitarismo || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** ausencia de antecedentes penales || **JUSTICIA TRANSICIONAL - Suspensión condicional de la ejecución de la pena de carácter especial:** falta de diligenciamiento de formato de la alta consejería para la reintegración, no implica trasgresión de mandato penal (Ley 1424 de 2010) || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor subjetivo:** conducta procesal

|| **PENA - Funciones:** prevención especial negativa || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Naturaleza:** la condicionalidad es un incentivo para la abstención de delinquir

«El caso bajo examen: yerros de apreciación probatoria

Pues bien, del contraste entre las anteriores premisas sobre los criterios integrantes del factor subjetivo influyente en la concesión del subrogado y la motivación expuesta en los fallos impugnados para negarlo, surge evidente que **los juzgadores de instancia aplicaron una insuficiente labor de apreciación probatoria.**

Efectivamente, a la hora de decidir sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tanto **el juzgado como el tribunal inobservaron por completo las pruebas documentales mencionadas por el demandante, pese a que eran del todo pertinentes** para establecer los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como para valorar, en concreto, la modalidad y la gravedad de la conducta atribuida a FL.

De ahí que, para la Sala, **no sólo se acreditan los falsos juicios de existencia denunciados por la censura, sino que los mismos son del todo trascendentes**, pues, como se verá, la apreciación de esos medios de conocimiento, valorados en conjunto, conduce a declarar como probados hechos que han de modificar el juicio sobre el factor subjetivo para la concesión del subrogado.

En primer lugar, la diligencia de **indagatoria, que no sólo es mecanismo de vinculación procesal, sino que constituye medio de prueba** -a la luz del régimen procesal penal que rige el juzgamiento del presente caso-, da cuenta de múltiples datos sobre los antecedentes personales, familiares y laborales del sentenciado, así como del específico rol que el señor L desempeñó en el bloque Bananero de las AUC.

[...] FL, en sesión de indagatoria del 30 de marzo de 2016, dijo que no recuerda haber firmado algún formato de verificación previa de requisitos ante la Consejería Presidencial para la Reintegración. Sin embargo, tras su desmovilización, da cuenta de actividades laborales que muestran su compromiso con resocialización, reintegración social y contribución a la verdad:

[...] Y esa información, efectivamente, está corroborada con pruebas documentales completamente inobservadas por los juzgadores de instancia.

Sobre la actividad gerencial en [...], se cuenta con la constancia laboral expedida por el representante legal de esa empresa (fl. 159). Cabe destacar, además, que dicha iniciativa de emprendimiento corresponde a un programa de producción que vincula laboralmente a desmovilizados de grupos armados, para ser empleados en la producción y comercialización de banano. Ello, en el marco de iniciativas gubernamentales, en asocio con la empresa privada, que propenden por la reinserción económica de excombatientes en el Urabá antioqueño, para asegurarles un sustento de vida diferente al de la guerra.

[...] Luego de desvincularse de esa iniciativa, el sentenciado, ciertamente, adquirió un taxi y se asoció a la empresa [...], como lo certificó su gerente, indicando que FL no registra llamados de atención y se caracteriza por ser cumplidor de sus deberes (fl. 158).

Ahora, en punto de la **contribución del sentenciado a la verdad en la construcción del contexto del paramilitarismo** en el Urabá antioqueño, a la actuación se incorporaron documentos que dan cuenta de varias declaraciones rendidas por FL ante el Fiscal 103 de la Unidad nacional de Derechos Humanos y DIH (cfr. fls. 67-72, 74-80 y 85-90). Allí se observa que el señor L declaró sobre los nexos de la multinacional [...] con el paramilitarismo en el Urabá, refiriéndose también a la manera como surgieron las CONVIVIR y quiénes eran los integrantes de las estructuras paramilitares que allí operaron.

Por último, importa destacar que, acorde con el informe rendido por el investigador LCCA, del Grupo Investigativo para los Desmovilizados (fls. 99-102), dejado de apreciar por los falladores de instancia, FL *“carece de antecedentes o anotaciones judiciales”*.

Pues bien, a la luz de la antedicha información sobre el sentenciado (num. 5.3.1 supra) en los ámbitos personal, laboral, familiar y social, así como en relación con su específico rol en las autodefensas y su actitud de colaboración con las autoridades judiciales, es inobjetable el error cometido por los juzgadores de instancia al negar la suspensión de la ejecución de la pena.

El tribunal se abstuvo de ponderar los diferentes factores pertenecientes al factor subjetivo previsto en el art. 63-2 del C.P., a fin de realizar un juicio sobre la necesidad de ejecutar la pena de prisión. Simplemente, eludiendo el deber de considerar esas otras circunstancias previstas en la norma, justificó la negativa del subrogado en la mera gravedad -abstracta- de la conducta punible de concierto para delinquir, inobservando que, si bien el sentenciado hizo parte de una organización criminal -hipótesis de pertenencia que permite adecuar su conducta en la hipótesis de promoción de grupos armados al margen de la ley-, no desplegó ninguna otra conducta punible en ejecución del concierto para delinquir. Además, no puede pasarse por alto que la actividad de recolección de aportes dinerarios no comprendió extorsiones y se debió a la confianza que RH tenía en él, en virtud de sus tareas como administrador de empresas lícitas, en las que siguió laborando.

Aplicando una argumentación exclusivamente focalizada en el delito en el que incurrió el sentenciado, mas no en el desempeño personal, familiar o social, el cual se relaciona con la interacción del procesado en sociedad, y no con la modalidad de comisión del injusto o de la gravedad del mismo (CSJ SP 26 jun. 2009, rad. 47.475), el tribunal repite el juicio de antijuridicidad al justificar la negativa del subrogado en la dañosidad atribuible, en términos generales, a los grupos armados ilegales.

Desde luego, tanto a quo como ad quem aludieron a que, *“desde el punto de vista subjetivo, el encartado ningún acatamiento ha tenido con las normas penales”*. Mas ese aserto es del todo inadecuado para justificar la negativa del subrogado por ese factor. En primer lugar, porque, salvo el presente caso, no existe evidencia sobre antecedente penal alguno en contra del sentenciado; es más, ni siquiera existe en la actuación registro de alguna otra investigación penal seguida en contra de FL.

En segundo término, el razonamiento está viciado lógicamente, por ser desatinado. A la hora de justificar el supuesto desacato del ordenamiento penal por parte del sentenciado, en lugar de poner de manifiesto actuaciones de esa naturaleza, los juzgadores hicieron alusión al -supuesto- incumplimiento de formalidades administrativas, como las previstas en la Ley 1420 de 2010. Si bien el art. 7° de esta ley regula

lo concerniente a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, que es un subrogado penal, no es menos cierto que, por una parte, **la formalidad echada de menos por los juzgadores fue el diligenciamiento de un formato dirigido a la Alta Consejería para la Reintegración**, a fin de activar la fase administrativa de mecanismos de justicia transicional; por otra, **el no haber suscrito el mencionado compromiso para nada implica la trasgresión de un mandato de conducta subyacente a un tipo penal**.

Además, es bien censurable que el tribunal reproche al sentenciado no haber firmado un formato cuya existencia apenas fue puesta de presente al señor L el 30 de marzo de 2016 (segunda sesión de indagatoria). No puede pasarse por alto que, para la época de la desmovilización (noviembre de 2004) no existía reglamentación alguna sobre el plurimencionado acuerdo, que nació a la vida jurídica con la Ley 1424 de 2010, luego de múltiples intentos normativos fallidos para resolver la situación jurídica de los desmovilizados rasos, que apenas fue reglamentado mediante el Decreto 2601 del 19 de julio de 2011, más de seis años después de la desmovilización. En el expediente no hay constancia de que el sentenciado fue convocado por la Agencia de Reintegración para acogerse al acuerdo; antes bien, lo que existe es evidencia de que aquél acudió a las diligencias judiciales en su caso, así como a declarar en el marco de otros procesos penales, por lo que bien cabe inferir que si no suscribió el acuerdo para la reintegración fue por desconocimiento del mismo, no por renuencia ni desidia, tanto más cuanto, como quedó evidenciado, el señor L por iniciativa propia hizo parte de programas de resocialización y reintegración social que, inclusive, fueron apoyadas por agencias estatales.

Así, decayendo las razones por las cuales se negó el subrogado reclamado por el censor, el panorama fáctico que se abre para aplicar el juicio de necesidad de la pena -sin negar desde luego la gravedad de la conducta por la cual fue sancionado el procesado- es otro:

El sentenciado carece de antecedentes penales, sin que haya sido investigado por alguna otra conducta delictiva.

Además, se acreditó por la defensa que FLL, luego de su desmovilización, participó de actividades laborales que, más allá de ser idóneas para su resocialización, han contribuido a la

reintegración social y económica de excombatientes.

Es más: pese a que el señor L no radicó el formato de verificación previa de requisitos, ello carece - en el asunto bajo examen- de trascendencia material para los fines de reintegración social y económica pretendidos por la legislación transicional, pues acorde con el art. 2.3.2.2.1.5 del Decreto 1081 de 2015 , las actividades realizadas por aquél cumplen a cabalidad tales requisitos, ya que **i)** se desmovilizó cumpliendo las formalidades legales; **ii)** se vinculó formalmente a actividades de reintegración validadas por la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas -pues las actividades para desmovilizados en [...], como se vio (num. 5.3.1 supra), contaba con el aval de esa Alta Consejería- y **iii)** no registra antecedentes penales distintos a los delitos derivados de su pertenencia a grupos organizados al margen de la ley (G.A.O.M.L.) ni por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que se hubiere certificado su desmovilización.

Aunado a lo anterior, según el art. 2.3.2.2.1.4 del referido Decreto, con la firma del compromiso echado de menos por los juzgadores, el desmovilizado habría de manifestar que se obligaba a **contribuir al esclarecimiento de la verdad** en torno a: **i)** la conformación de G.A.O.M.L.; **ii)** el contexto general de su participación y **iii)** los hechos o actuaciones de que tenga conocimiento en razón de su pertenencia. Y, como quedó reseñado en precedencia (num. 5.3.1 supra), tanto en la indagatoria como en las declaraciones rendidas en el curso de otras investigaciones, el sentenciado cumplió con ese componente de contribución a la verdad.

De otro lado, habiendo cesado sus labores como gerente de [...], el señor L siguió dando muestras de adecuar su comportamiento a la legalidad, pues adquirió un taxi en el que hasta la fecha trabaja independientemente, a fin de obtener el sustento propio y el de su familia. Inclusive, en la actuación se acreditó que aquél es cumplidor de sus obligaciones civiles y comerciales, lo cual deja en el vacío el supuesto comportamiento anti normativo afirmado por los falladores de instancia.

En cuanto a la conducta procesal del procesado, ha de destacarse que éste se desmovilizó colectivamente y, al acogerse a sentencia

anticipada, observó un comportamiento de **colaboración con la administración de justicia**, evitando un mayor desgaste del sistema de justicia penal.

De suerte que la valoración de los antecedentes de todo orden del penado permite colegir la viabilidad de favorecerlo con la suspensión de la ejecución de la pena. La Sala estima que, en referencia a las funciones de **prevención especial negativa** y reinserción social del condenado, hay fundamento suficiente para afirmar que el encarcelamiento no es necesario, máxime que, al haberse desestructurado la organización armada para la que trabajó -en asuntos financieros-, sin que exista evidencia de nuevos vínculos con grupos armados emergentes, no es plausible un riesgo de reiteración delictiva ni de puesta en peligro del bien jurídico de la seguridad pública.

No existen, entonces, razones para suponer que el sentenciado puede evadir el cumplimiento de las obligaciones que la concesión del beneficio acarrea, no sólo en razón de su arraigo familiar y social, sino también porque concurrió al proceso seguido en su contra y acató los llamados que en desarrollo del mismo le hicieron las autoridades judiciales, pues no sobra recordar que, en razón de esos antecedentes, la Fiscalía se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

Tampoco hay motivos para afirmar que el señor LL representa un peligro para la comunidad o que puede reincidir en el delito, pues es un delincuente primario, sin antecedentes de ningún tipo. Y, de todas maneras, **la condicionalidad que rige la concesión del subrogado es un incentivo para la abstención de delinquir.** La amenaza de revocatoria (art. 66 del C.P.) es un componente característico de dicho instituto jurídico en el que tiene aplicación el fin de prevención especial negativa: mediante las condiciones y la amenaza de revocatoria, el subrogado posibilita mantener al condenado, dentro del tiempo de suspensión, exento de reincidencia».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Nota: Esta providencia cuenta con una decisión de aclaración oficiosa, en el sentido que por ser juratoria la caución impuesta al sentenciado, a éste no se le podrá exigir la acreditación del pago de póliza o título de depósito judicial alguno. **Radicación 52620(29-04-2020)**

24. TENTATIVA - CONFIGURACIÓN:
El estudio del requisito referido a la idoneidad de los actos, debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior

En la providencia, a través de la cual no se casó la providencia impugnada, en relación con el cargo formulado por el recurrente, y se encontró procedente casarla de oficio, la Sala tuvo ocasión de realizar importantes precisiones sobre el *dispositivo amplificador del tipo* denominado *tentativa*, producto de las cuales concluyó que el juzgador no incurrió en ningún error de selección normativa cuando encontró configurado el delito de *Homicidio Tentado*. La Corporación se detuvo particularmente en el requisito referido a la *idoneidad de los actos*, para precisar que su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a la ejecución (ex - ante), y no posterior (ex - post), con lo que descartó la alegación de la recurrente, cuando pretendió derivar de la comprobación médica de ausencia de riesgo inminente para la vida del sujeto pasivo, su inaplicación al caso.

SP1175-2020 (52341) del 10/06/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TENTATIVA - Configuración: requisitos, que el agente realice actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, es de naturaleza objetiva || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, desde una óptica intersubjetiva y atendiendo las máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia relevantes || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, apreciación del peligro para el bien jurídico || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, aptitud para provocar el resultado típico en un curso causal ordinario || **TENTATIVA - Configuración:** no idoneidad de los actos, clases, relativa o absoluta || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, su estudio

debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior

«Para que la tentativa se configure, los actos realizados por el sujeto activo, además de implicar verdadera ejecución del delito pretendido y no su simple preparación, **deben ser idóneos para lograr su consumación y estar inequívocamente dirigidos a ese fin.**

[...] Lo primero - la verificación de que los actos desplegados por el actor son idóneos para lograr la consumación del delito - es una condición que se deriva de las lógicas subyacentes a un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Por ello, su relevancia variará si al sistema de represión criminal del Estado se la atribuyen finalidades diversas, como la garantía de la vigencia de las normas.

Esta comprobación es de naturaleza objetiva (entendida la expresión no en términos literales, sino como **intersubjetividad** que trasciende al agente) y se sustenta en la apreciación que, con apoyo en las **máximas de la experiencia** (y las **reglas de la ciencia**, en cuanto resulten relevantes), se haga del peligro que para el bien jurídico conlleva el comportamiento. Así, a efectos de discernir si los actos son o no idóneos para lograr la consumación del delito, resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias modales que los rodean y establecer si, en un **curso causal ordinario, tenían la aptitud de provocar el resultado típico** que define la infracción consumada.

La no idoneidad de los actos ejecutivos puede ser relativa o absoluta, según se les repute tales por razón de las circunstancias de modo en que se producen o con independencia de ellas.

Por ejemplo, será relativamente inidóneo para matar el acto de quien dispara con una pistola de balines a una persona que se desplaza en un vehículo blindado, en tanto la experiencia enseña que dicho comportamiento, en esas específicas circunstancias, carece de la entidad para provocar la muerte del segundo. Es posible, sin embargo, que en otras condiciones modales (por ejemplo, si con idéntica arma le dispara directamente en un ojo) la valoración sea diferente.

En cambio, si los actos desplegados por el sujeto activo son siempre, con abstracción de las circunstancias modales del caso concreto, incapaces de producir el resultado pretendido (como sucede, según la recurrente hipótesis académica, cuando se pretende derrumbar un

avión en vuelo con una flecha o, más aún, con rezos o invocaciones) habrá de concluirse que aquellos son absolutamente inidóneos.

No sobra anotar, en particular de cara a la controversia puntual que formula la demandante, que **el estudio de idoneidad de los actos debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución - ex ante - y no posterior**. La razón es evidente: con apoyo en una valoración ex post, toda tentativa concreta habrá de reputarse inidónea, pues de no serlo, habría culminado con la consumación del delito pretendido».

TENTATIVA - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, alude a su órbita subjetiva || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, su juicio reposa en procesos inferenciales || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure por circunstancias ajenas a su voluntad || **TENTATIVA - No se configura:** si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma

«La exigencia de que los actos realizados por el agente **estén inequívocamente dirigidos a lograr la consumación del delito, en cambio, alude a su órbita subjetiva**, tanto volitiva como cognoscitiva. Se trata, entonces, de la constatación - directa o inferencial - de que lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico.

Desde luego, esta comprobación rara vez se logra de manera directa (como cuando el agente admite la finalidad de su comportamiento) y, a diferencia de lo que sucede con el delito consumado, no puede deducirse racionalmente del resultado, precisamente porque éste, en la tentativa, no se configura: por ejemplo, desde el plano estrictamente objetivo, del acto de tomar sin autorización el vehículo de un tercero puede afirmarse que estaba dirigido a la apropiación del bien (y con ello, que corresponde a la ejecución de un hurto), o bien, que se realizó con el

propósito de utilizarlo para después devolverlo (con lo cual el delito intentado sería el de hurto de uso).

Por lo anterior, **este juicio normalmente reposa en procesos inferenciales**, para los cuales resulta útil la valoración conjunta de las características objetivas de los actos ejecutados por el sujeto activo, las circunstancias modales que los rodean y, en cuanto se conozca, el plan del autor.

Finalmente, la tentativa reclama que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure «*por circunstancias ajenas a su voluntad*», por ejemplo, por la intervención obstructiva de un tercero o circunstancias fortuitas. **Si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente**, el curso causal **carecerá de relevancia penal a menos que**, en su desarrollo, **haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma**».

TENTATIVA - Configuración: requisitos, no abarca el que los actos de ejecución hubieren alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución del resultado || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, demostración, no está sometida a tarifa legal || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** no hay tarifa legal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de libertad probatoria** || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Demostración:** de la idoneidad de los actos, no exige la comprobación médico-científica y ex post de que el sujeto pasivo estuvo al borde de la muerte || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, desde una óptica intersubjetiva y atendiendo las máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia relevantes || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Demostración:** Las reglas empíricas indican que una puñalada en el cuello o en el tórax, tienen la potencialidad de causar la muerte de quien las recibe || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Se configura** || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Se configura:** evento en que los médicos expertos no conceptuaron peligro inmediato de fallecer || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Se configura:** evento en que las lesiones se dirigieron a zonas del cuerpo en las que convergen órganos vitales || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Configuración:**

puede presentarse, aún en eventos en los que la víctima hubiere resultado ilesa || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Grado de proximidad a la consecución del resultado:** puede incidir en la dosificación judicial de la pena || **HOMICIDIO - Tentado:** se configura || **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - No se configura

«Aplicadas las consideraciones que anteceden al caso examinado, se observa que no le asiste razón a la demandante al afirmar que, ante la comprobación médica de que la vida de las víctimas no estuvo en riesgo inminente, no resulta aplicable a la situación fáctica juzgada el dispositivo amplificador de la tentativa.

En primer lugar, porque con tal aserto la censora procura la inclusión de un nuevo elemento estructurante de la tentativa que la Ley no contempla, cual sería, según su entender, que los actos de ejecución hayan alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución de resultado, y, como si fuera poco, pretende establecer, en contravía del principio de libertad probatoria, una suerte de tarifa legal para su verificación.

De otra parte, porque tal postura **revela una comprensión equivocada de la noción de idoneidad**, la cual parece asimilar, en el contexto del delito de homicidio tentado, **a la comprobación médico-científica y ex post de que el sujeto pasivo estuvo al borde de la muerte**. Contrario a ello, **la idoneidad**, según quedó visto, **se verifica cuando de los actos ejecutivos desplegados por el agente puede afirmarse ex ante, desde una óptica intersubjetiva y atendidas las reglas de la experiencia, que en un curso causal ordinario hubiesen podido lograr la consumación del delito**.

Lo cierto es que, atendidos los criterios explicados anteriormente, **la idoneidad del comportamiento del acusado para provocar la muerte resulta irrefutable**. Las reglas empíricas indican que **una puñalada en el cuello** (en el caso de BB) **o en el tórax** (en el de RP) **tienen la potencialidad de causar la muerte** de quien las recibe.

De hecho, y para abundar en consideraciones, debe anotarse que si bien los médicos expertos que concurrieron al juicio no conceptuaron que los ofendidos hayan estado en peligro inmediato de fallecer, sí explicaron que el primero nombrado fue lesionado en una zona del cuerpo

en la cual *«convergen órganos vitales»* como *«la yugular, la carótida, el esófago, la traquea y algunos paquetes nerviosos»*, y que el segundo, por su parte, lo fue en el área de los pulmones.

Lo anterior pone en evidencia que **las heridas que les propinó DH tenían la capacidad de causarles la muerte** y también, así no hayan requerido tratamiento urgente para evitar el perentorio deceso, que el delito no se consumó, justamente, por circunstancias ajenas a su voluntad.

Y es que la equivocada comprensión de la recurrente llevaría a soluciones absurdas, pues son muchas las hipótesis fácticas en que los actos dirigidos a causar la muerte de una persona no se reflejan en un dictamen médico de muerte perentoria, o bien, ni siquiera alcanzan a producir lesiones corporales, pero están revestidos de incuestionable idoneidad. Piénsese en el supuesto de quien acribilla con disparos a un tercero para asesinarlo, pero por su deficiente puntería o por la reacción oportuna del agredido sólo le impacta en una extremidad, ora ni siquiera logra impactarle. En ese escenario no existirá un diagnóstico médico indicativo de que la víctima estuvo en el umbral del deceso, pero la valoración ex ante de los actos llevará a la afirmación cierta de su potencialidad para lograr la consumación del delito.

De ahí que la Sala, en el análisis de casos análogos al acá examinado, haya sostenido que *«la conducta punible bajo el dispositivo amplificador de la tentativa puede aún presentarse en el caso de que la víctima haya resultado ilesa, sin que al efecto tenga trascendencia la naturaleza de las lesiones o la escasa incapacidad médica, pues lo que cuenta es la intención del agente y la acción dirigida contra la vida ajena, que es puesta en peligro o riesgo, sin que la lesión resultare factor definitorio...»*.

Desde luego, **la demostración pericial de que la víctima estuvo cerca de fallecer puede incidir en la dosificación judicial de la pena**, para la cual, en el caso del delito tentado, es relevante establecer **«el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo»**. Una prueba de esa naturaleza, entonces, podrá conllevar una mayor respuesta punitiva, pero **en modo alguno resulta indispensable para calificar la idoneidad de los medios desplegados**.

No sobra agregar, así ello no sea objeto de controversia explícita de parte de la recurrente, que la forma en que ocurrieron los hechos **permite inferir, más allá de toda duda razonable, que los actos ejecutivos desplegados** por HAD, **además de idóneos, estuvieron inequívocamente dirigidos a provocar la muerte de las víctimas y, con ello, a lograr la consumación del delito.** Ello se deduce de que haya dirigido las puñaladas a zonas de sus cuerpos en las que, como lo indicaron los peritos, existen órganos vitales para la supervivencia, y más aún, de que así lo haya

hecho, específicamente en el caso de RP, cuando éste se encontraba plenamente desprevenido y sin ofrecer ninguna resistencia.

De acuerdo con lo expuesto, y según se anticipó, **la Sala concluye que no existió ningún yerro de selección normativa en cuanto el Tribunal estimó aplicable a la situación fáctica juzgada las previsiones atinentes a la tentativa y, por consecuencia, al homicidio tentado».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá



