



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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2020

Julio a Septiembre 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://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

### ÍNDICE TEMÁTICO

1. ACOSO SEXUAL - Se configura	3
2. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura	7
3. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL	13
4. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz	14
5. CASACIÓN - Interés para recurrir	16
6. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos	20
7. DELITO CONTINUADO - No se configura	23
8. DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial	29
9. DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: reglas de acceso al recurso	31
10. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura	44
11. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Interviniente	49
12. FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Técnica en casación	51
13. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura	54
14. FALSO RACIOCINIO - Se configura	56
15. FUERO INDÍGENA - Elementos	65
16. INASISTENCIA ALIMENTARIA - Antijuridicidad	67
17. LAVADO DE ACTIVOS - Configuración	70
18. LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES	74
19. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad	78
20. NON BIS IN ÍDEM - Se vulnera	82
21. PRISIÓN DOMICILIARIA - Procedencia	86

<b>22. RECUSACIÓN</b> - Haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso	<b>90</b>
<b>23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Declaraciones rendidas antes del juicio	<b>92</b>
<b>24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Juez de control de garantías	<b>101</b>
<b>25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Juez de control de garantías: competencia territorial	<b>102</b>
<b>26. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Juicio oral	<b>104</b>
<b>27. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Preacuerdos y negociaciones	<b>106</b>
<b>28. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Prueba de referencia	<b>112</b>
<b>29. SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Testigo	<b>113</b>
<b>30. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR</b> - Antijuridicidad	<b>115</b>
<b>31. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR</b> - No se configura	<b>117</b>





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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2020

Julio a Septiembre 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://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

### Inicio

#### 1. ACOSO SEXUAL - SE CONFIGURA:

*Evento en que el sujeto activo, utilizó el poder derivado de la investidura de Fiscal, para ejecutar el delito sobre mujeres en situación de vulnerabilidad*

La Sala confirmó el fallo condenatorio del Tribunal, a través del cual se declaró penalmente responsable al acusado del delito de *acoso sexual*. Para tal efecto, efectuó importantes precisiones con *enfoque de género* sobre este comportamiento y su proyección en eventos de *violencia contra la mujer en condición de vulnerabilidad*. Igualmente explicó que su configuración puede presentarse a través de una relación de sometimiento entre un servidor público de la justicia y un usuario de ese servicio, sustentada en la autoridad o el poder que ostenta aquel, cuestión que se advirtió materializada en este caso, en el que el autor empleó su investidura como *Fiscal Delegado*, para asediar y acosar a las denunciantes, con el propósito de obtener favores sexuales no consentidos.

**SP931-2020 (55406) del 20/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

#### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**ACOSO SEXUAL - Análisis a través del enfoque de género:** procedencia || **ACOSO SEXUAL - Antecedentes legislativos** || **ACOSO SEXUAL - Violencia contra la mujer** || **ACOSO SEXUAL - Sujeto activo:** es un delito especial propio en el

que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima || **ACOSO SEXUAL - Verbos alternativos** || **ACOSO SEXUAL - Bien jurídico tutelado** || **ACOSO SEXUAL - Configuración:** requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima || **ACOSO SEXUAL - Demostración:** las circunstancias concretas en que se desenvuelva, determinan la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad || **ACOSO SEXUAL ACOSO SEXUAL - Configuración:** mediante una relación de sometimiento, entre un servidor público de la justicia y un usuario de ese servicio, sustentada en la autoridad o el poder que ostenta aquel

«Enmarcados así los conceptos de **violencia y enfoque de género**, estrecha relación con ellos tiene la incorporación al orden jurídico nacional del delito de **acoso sexual**, respecto del cual en la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la Ley 1257 de 2008, «*Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*», se expuso:

*El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la sociedad.*

*La violencia basada en las relaciones de subordinación que viven las mujeres ocurre tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares.*

Este tipo penal y la sanción que se atribuye a quien incurre en su ejecución, son del siguiente tenor:

*Artículo 210 A. Acoso sexual. El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*

[...] Por consiguiente, en el proceso de tipificación de esta especie delictiva, es **necesario dilucidar dos conceptos fundamentales en la estructura del delito de acoso sexual**: de una parte, el concerniente **al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima**; y, de otra, el relativo a los **verbos rectores** sobre los cuales se manifiesta la conducta típica

[...] Es por ello por lo que la Sala ha precisado que **las circunstancias concretas en que se desenvuelva el acoso determinarán la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad determinantes en el trato violento, afflictivo del bien jurídico tutelado.**

De manera que, en virtud de la infinidad de escenarios en los que se podría manifestar una relación de subordinación, desigualdad o predominio, **es factible concebir la hipótesis de que, entre un servidor público de la justicia y un usuario de ese servicio, puede presentarse una relación de sometimiento, sustentada en la autoridad o el poder que per se ostenta aquel.**

Asociados a estos criterios, se encuentran los que la Sala en pretérita decisión plasmó acerca de la configuración de los distintos verbos rectores del precepto en estudio [...].

**ACOSO SEXUAL - Demostración** || **ACOSO SEXUAL - Configuración**: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - **Requisitos**: convencimiento más allá de toda duda || **ACOSO SEXUAL - Verbos rectores**: asediar y acosar || **ACOSO SEXUAL - Se configura**: evento en que el sujeto activo, utilizó el poder derivado de la investidura de Fiscal, para

ejecutar el delito sobre mujeres en situación de vulnerabilidad || **ACOSO SEXUAL - Se configura**: evento en que el sujeto activo, utilizó el cargo de Fiscal, para presionar a usuarias del servicio, mediante lascivas y repetitivas acciones y expresiones verbales, orientadas a obtener favores sexuales no consentidos || **ACOSO SEXUAL - Se configura**: evento en que las solicitudes dirigidas a los fines sexuales no consentidos, se hicieron de forma tácita o implícita || **ACOSO SEXUAL - Violencia contra la mujer** || **ACOSO SEXUAL - Análisis a través del enfoque de género**: procedencia, evento en que el sujeto activo cosificó a la mujer en situación de vulnerabilidad || **FUNCIONARIO JUDICIAL - Incumplimiento a los deberes oficiales** || **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Principio de confianza legítima de la ciudadanía en el servicio público** || **PROVIDENCIAS - Presunción de acierto y legalidad** || **RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal**: confirma sentencia condenatoria

«En la misma línea, para resolver las críticas de los impugnantes a la falta de demostración de la continuidad o reiteración de las conductas de acoso sexual reprochadas a AMG, esto es, la **persistencia del comportamiento acosador**, se remitirá la Sala en lo pertinente y al detalle a elementos de comprobación en que se encuentra corroboración suficiente de la forma en que se desarrollaron los hechos ilícitos enjuiciados.

En primer orden, en la denuncia interpuesta por la señora MAPC, prueba de referencia que fue traída al expediente por conducto de la investigadora judicial NPRN, se encuentra mención a los repetidos actos de acoso sexual cometidos por el fiscal acusado en su perjuicio, a partir de un primer suceso que se remonta, acorde con la víctima, al mes de noviembre de 2012.

En esa época fue a preguntarle qué pasaba con el proceso adelantado contra su excompañero LEIC y pedir colaboración porque ya había pasado mucho tiempo y no se le daba solución al asunto; entró al despacho del fiscal, ubicado en el tercer piso de la edificación donde funciona la Fiscalía [...], conversó con AMG y al despedirse, este se le acercó y le dio un beso en la mejilla, lo cual le generó asombro porque no tenían ninguna confianza, a la par que le dijo que pasara en ocho días para ver qué respuesta le daba.

Pasado ese tiempo regresó a hablar con el Fiscal que en esa ocasión la saludó con un beso en la mejilla y bajó su mirada al busto, con morbo; acto seguido le dijo que tenía «*unas téticas muy lindas y que le gustaría verlas*», ella se apartó y entonces MG dijo que «*le gustaría tener algo conmigo*».



Asustada, MA reaccionó insistiendo en saber qué pasaba con el proceso, interrogante que el funcionario respondió diciendo que, si se portaba bien con él, le ayudaría con eso; desconcertada decidió salir y al despedirse le dio la mano, ocasión que aprovechó el acusado para halarla hacia su cuerpo y darle un beso en la boca, lo cual la llenó de enojo, actitud que notó al retirarse del recinto OJLG, auxiliar del fiscal.

En segundo lugar, la declaración juramentada tomada a MAPC por la servidora de policía judicial [...], con quien fue incorporada en el juzgamiento oral .

Reiteró ante la investigadora haber acudido varias veces a la Fiscalía Local [...] a averiguar por un caso de inasistencia alimentaria que llevaba el fiscal AMG, quien la atendía a puerta cerrada en su oficina. En alguna de esas ocasiones él miró su busto de forma morbosa, lo que le causó mucho malestar e incomodidad; mientras que en otra oportunidad la tomó de la mano y le dio por sorpresa un beso en la boca sin que ella lo hubiera permitido o querido, sintiéndose molesta, afectada por su actitud.

Y mencionó, también, que le hacía insinuaciones de portarse bien con él, para recibir su colaboración en el trámite del proceso que estaba interesada.

En adición, según se anunció, en este apartado se ofrecen oportunas y dignas de mención las exposiciones de las demás víctimas, para despejar, por contra, las críticas relativas a que con los testimonios rendidos por YNG, ALRA y AFBP, no se puede edificar la sentencia de condena

[...] Interrogada a qué se refería la expresión *«insinuante»* explicó que no se trataba de charlas normales, que notaba un tono de voz y una mirada inusuales en el fiscal MG que la hacían sentir incómoda; y agregó que las insinuaciones se sucedieron en repetidas ocasiones, cuando acudía a averiguar por el estado de los procesos que había promovido, porque fueron varias las denuncias que presentó contra el padre de uno de sus hijos.

En adición, preguntada si conocía a las demás mujeres víctimas en este proceso, aseguró que las distinguió desde que inició su trámite cuando fueron a rendir declaración, sin que hubiera tenido o surgido trato o amistad con ellas; así mismo, indicó que en varias oportunidades escuchó comentarios que la gente hacía sobre comportamientos impropios del Fiscal en el año 2015, aproximadamente.

Explicó que **las intenciones de ese Funcionario**, entendió como mujer, **tenían por**

**finalidad que estuvieran juntos de una manera sexual.** Añadió que se sentía desnuda ante él cuando le hablaba y la miraba, y que cuando quiso denunciar fue informada que debía acudir a las instalaciones de la Fiscalía [...], lo cual le generó desagrado porque allá trabajaba, justamente, AMG.

[...] Como episodio destacado, refirió lo que sucedió en una audiencia en un juzgado [...] a la que no acudió el apoderado defensor público de víctimas, razón por la cual preguntó al fiscal MG que, como ella no sabía de leyes, quién iba a defender los derechos de su hijo, y él le respondió que eso *«...me lo había ganado porque no había querido colaborarle, que muchas veces me había dicho que le colaborara y que yo sabía de qué manera»*; abandonó la sala llorando, muy afectada y se dirigió a la Comisaría de Familia de la localidad donde narró lo ocurrido a la persona que estaba de turno, quien le recomendó grabar al fiscal con un celular o una cámara y denunciarlo, a la vez que le dijo que no era la única mujer del pueblo que iba a dar quejas de AM pues ya lo habían denunciado por acoso otras personas.

Interrogada por la frecuencia con que se presentaron las insinuaciones del referido funcionario, afirmó que desde la fecha en que puso la primera denuncia por inasistencia alimentaria contra el padre de dos de sus hijos, el Fiscal siempre le insinuaba cosas similares, pero con ella no logró nada, aunque, aclaró, se comentaba en San Vicente que con otras mujeres sí, manifestando de manera contundente: *«...Él quería sexo, con las insinuaciones que él me decía, él quería era que yo me le acostara.»*

[...] AFBP, expuso respecto del comportamiento que percibió de AMG hacia ella en las repetidas visitas que hizo a la Fiscalía para saber cómo iba el trámite del proceso por inasistencia alimentaria contra el papá de sus hijos, en un principio, fue respetuoso. Sin embargo, recuerda en especial una ocasión que estuvo con su hermana IB en la oficina del Fiscal [...]

[...] MG le dijo *«...pórtese bien que yo le ayudo...»*, de todo lo cual **entendió que buscaba el Fiscal sostener relaciones sexuales con ella** porque, como mujer, no encuentra otra explicación a los gestos obscenos y las palabras de aquel. [...]

[...] De los medios de prueba examinados **concluye la Sala sin lugar a equívoco que, contrario a lo predicado por los recurrentes, están demostrados más allá de toda duda los presupuestos para condenar a partir de la acreditación de los elementos estructurales del delito de acoso sexual, en sus verbos**

**rectores de asediar y acosar, y quién fue su ejecutor**, como bien concluyó el Tribunal.

Se probó que **la conducta asumida** por AMG en perjuicio de MAPC, YNG, ALRA y AFBP, **consistió en que, prevalido del cargo de Fiscal delegado que ostentaba, mediante lascivas y repetitivas acciones y expresiones verbales, las apremió y presionó en forma insistente para obtener de ellas favores sexuales no consentidos**, cuando, en distintas fechas, acudieron a su oficina con la finalidad de obtener ayuda y/o saber el avance de los procesos por inasistencia alimentaria que habían promovido contra los padres de sus hijos.

No cabe duda alguna que **la conducta ilícita múltiple se consumó y causó efectivo daño denigrando y cosificando a las mujeres destinatarias de los actos de acoso y asedio desplegados** por AMG, como así lo dejaron en claro al manifestar que se sintieron, algunas molestas e incómodas; otras enojadas, frustradas, impotentes y desconcertadas en cuanto asumía una actitud de dominación desde su posición de poder, y abusiva marcadamente machista al relacionarse con ellas, con evidente incidencia en su libertad sexual visto que el fin último que buscaba era que aceptaran someterse a sus apetencias sexuales.

En este punto necesario **es precisar que, si bien nunca las invitó, les pidió o les exigió expresamente sostener relaciones sexuales**, como afirman las propias víctimas, **es incuestionable que, de forma tácita, implícita, sí lo hizo**.

A veces con un lenguaje velado que fue por todas ellas entendido inequívocamente, como cuando les decía que, si ellas se mostraban colaboradoras él, a su vez, les colaboraría; o al hacer comentarios respecto de su belleza o atributos físicos, formularles preguntas personales, invitarlas a verse fuera de las instalaciones de la Fiscalía para tomar algo, etc. En otras oportunidades, con acciones físicas como tomar sus manos y lamerlas, hacer lo propio con las suyas, gesticular morbosamente o dar un sorpresivo beso en la boca.

Por tanto, **para la Sala es irrefutable que los actos del Fiscal MG tenían connotación sexual** porque se advierte que la forma en que se dieron no deja espacio para concluir, ex ante, una finalidad diversa como busca que se acoja la alegación defensiva al aseverar que carecieron de ilicitud, esto es, que estuvieron desprovistos de ánimo dañoso cual si fuesen simples muestras de cortesía para generar un ambiente de confianza con las usuarias del ente que representaba, como dijo el procesado en su atestación dentro del juicio oral, pretendiendo hacer creer que las

expresiones que usó eran ingenuas muestras de cordialidad.

El entorno fáctico ilícito, encuentra la Corte, **está demostrado de manera irrefutable** a partir de escenarios y características comunes en que se **desplegó la conducta plural** asumida por AMG que es cierto, **usó su condición de Fiscal Delegado** ante los Juzgados Promiscuos Municipales [...], **para asediar y acosar a mujeres humildes que acudían ante su despacho buscando ayuda y diligencia en las investigaciones penales** que adelantaba en contra de los padres de sus hijos por inasistencia alimentaria.

Se concluye, también, a partir de la prueba recaudada, que **el comportamiento asumido por el Fiscal MG** es absolutamente reprochable pues **constituye una traición flagrante a sus deberes oficiales y a lo que la sociedad espera y desea de un funcionario judicial**, en tanto su deber misional, entre otros, es el de velar por el respeto, garantía y protección de los derechos de las víctimas, los testigos y demás intervinientes en los respectivos procesos bajo su cargo, de conformidad con el artículo 250-7 de la Constitución Política. **Actuar en contra de la libre disposición de la sexualidad de mujeres que, en estado especial de vulnerabilidad, por su extracción social o simplemente por las necesidades de la situación** que enfrentaban y se reflejaba en las acciones judiciales que iniciaron, acudían a su despacho oficial por razón del servicio, **es** más que un error de comportamiento, es como lo declaró el Tribunal y aquí se confirmará, **un crimen**.

Mayormente significativo resulta esto si en cuenta se tiene, según se destacó en líneas previas, la negativa impresión que causó a las señoras PC, NG, RA y BP, la conducta asumida por el Servidor Público que, por esa vía, **defraudó el principio de confianza legítima de la ciudadanía en el servicio público de administración de justicia**, en contravía del principio constitucional que consagra que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades.

En suma, un análisis objetivo de los hechos, las pruebas directas relativas a su ocurrencia y las normas aplicables al caso, conduce a concluir **acierto y legalidad en la sentencia de primera instancia confutada**, en tanto se ha demostrado que lo ocurrido es un vivo ejemplo de la **violencia de género materializada en perjuicio de cuatro humildes mujeres que acudían a reclamar los derechos alimentarios de sus hijos y se convirtieron en víctimas de actos de acoso sexual cometidos por un servidor público**

**vinculado a la administración de justicia, que se valió de su cargo con el fin de obtener de ellas favores sexuales no consentidos.**

Conductas que, resalta la Sala, **afectaron su dignidad y autonomía sexual dado el marco de desigualdad en que se encontraban respecto del agresor** en un entorno que la posición de dominio que este tenía, evidente **por la jerarquía institucional y social que ostentaba el actor como titular del cargo de Fiscal delegado**, las obligaba a acudir a su presencia para obtener información y deprecar resultados efectivos en las respectivas investigaciones que habían

promovido contra los padres de sus hijos que no cumplieran el deber alimentario a su cargo.

Consecuencia obligada de lo viene de exponerse, será **confirmar**, en cuanto fue motivo de apelación, **la sentencia** proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior [...], por medio de la cual condenó a AMG en calidad de autor del delito de **acoso sexual en concurso homogéneo**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

## Inicio

### **2. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - NO SE CONFIGURA**

***Evento en que la exhibición del órgano genital por parte del sujeto activo, careció de idoneidad objetiva para conducir al sujeto pasivo a un escenario inequívocamente libidinoso***

La Sala decidió casar la sentencia impugnada para absolver al procesado, a quien se había atribuido la comisión de los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años e injuria por vías de hecho*, todo, tras advertir configurada la violación directa de la ley sustancial por parte del Tribunal. En este sentido, realizó un minucioso estudio sobre los citados comportamientos, y particularmente, frente a la conducta conocida como *exhibicionismo*, para explicar que cuando configura el denominado *acoso sexual callejero*, su represión en el ordenamiento nacional únicamente es viable a través de la acción de policía, más no en el ámbito penal. Entre otros aspectos, se concluyó que, en el caso particular, la exhibición del órgano genital que realizó el sujeto activo a la niña menor de catorce años, no tuvo la idoneidad objetiva para ser considerada un acto sexual explícito, que la condujera a un escenario inequívocamente libidinoso.

**SP2894-2020 (52024) del 12/08/2020**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

### **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**Modalidades:** cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo, elementos típicos || **ACTOS**

**SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**Concepto de acto sexual || ACTOS SEXUALES**

**CON MENOR DE 14 AÑOS - Idoneidad objetiva:**

según los criterios culturales y sociales

predominantes sobre la sexualidad humana ||

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**Idoneidad subjetiva:** es insuficiente para

configurar el comportamiento || **ACTOS**

**SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**Modalidades:** cuando se realiza en presencia del

sujeto pasivo, la razón de la prohibición recae en

la circunstancia de que un niño, niña o

adolescente menor de 14 años sea observador,

testigo o espectador del comportamiento ||

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**Relevancia típica:** la tienen todos aquellos que

persigan la satisfacción de una apetencia sexual

y que sean idóneos para conseguir este propósito

|| **PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPICIDAD -**

**Aplicación:** el Derecho Penal sólo puede

sancionar las conductas descritas en la ley, que

resulten idóneas para lesionar o poner en peligro

el bien jurídico tutelado || **ACTOS SEXUALES**

**CON MENOR DE 14 AÑOS - Antijuridicidad:**

principio de lesividad || **ACTOS SEXUALES CON**

**MENOR DE 14 AÑOS - Principio pro infans:**

protección penal del interés superior del niño,

respecto de conductas que lesionen o pongan en

peligro los bienes jurídicos de la integridad y

formación sexuales

«Según el artículo 209 del estatuto penal

sustantivo, comete el delito de actos sexuales con

menor de catorce años *“el que realizare actos*

*sexuales diversos del acceso carnal con persona*

*menor de catorce (14) años o en su presencia, o la*

*induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión*

*...”*.



En lo que ahora resulta pertinente, a JADA se imputó un acto exhibicionista ante L.A.L.G., cuando esta tenía la edad de 8 años, el cual se demostró a plenitud según se explicó en el análisis probatorio (4.3.2). Por ende, la modalidad típica desde la cual ha de analizarse su responsabilidad es la eventual ejecución de un acto sexual en presencia de la niña en mención. Ello es así porque, además, la prueba no indicó que tuviera alguna interacción con el cuerpo de la menor o que la persuadiera a participar en prácticas sexuales, ni siquiera que hubiese intentado uno de estos dos resultados.

En ese orden, la aplicación del artículo 209 del C.P. dependerá de la concurrencia de los siguientes **elementos típicos** en la conducta del acusado: **(i)** la realización de un acto sexual, **(ii)** en presencia de una persona menor de 14 años, y **(iii)** el conocimiento del hecho, incluida la última circunstancia, y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. Como se observa, el presupuesto originario de la tipicidad de esta modalidad conductual es la ejecución de un acto sexual del cual no es partícipe pero sí espectador un niño o adolescente en el rango etario señalado.

**Se entiende por acto sexual** toda conducta que *“en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles ..., y se consuman mediante la relación corporal, ...”* (AP, jul. 27/2009, rad. 31715, reiterado en la SP15269-2016, oct. 24, rad. 47640).

Es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, en sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarlo intervienen en tal tipo de interacción humana -tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-.

Conforme a esa explicación, para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquélla

revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad.

[...] Con mayor precisión, en la sentencia SP123-2018, feb. 7, rad. 45868, se definió el ingrediente normativo “actividad sexual” del delito de pornografía con personas menores de 18 años (art. 218 C.P.), como aquélla que, desde el punto de vista objetivo, pueda “catalogarse de esa manera por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas, ...”.

La insuficiencia de la idoneidad subjetiva del acto obedece a que, como también se explicó en la precitada decisión, “la sola idealización o representación mental que hagan de su objeto de deseo (un niño o niña), estarían en posibilidad de alcanzar la excitación sexual, lo cual implicaría desnaturalizar el derecho penal, al sancionar, no las acciones humanas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, sino las fantasías e intenciones sexuales de algunos sujetos en particular”.

En la sentencia SP, nov. 5/2008, rad. 30305, se dio cuenta del caso del fetichista que toca “los zapatos de una mujer o tirarle una trenza” con ánimo libidinoso, respecto del cual se citó la doctrina autorizada de Luis Muñoz Sabaté (Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica, Barcelona, 1976, p. 62):

*“...desde un punto subjetivo y por usar la propia terminología jurídica, tal conducta constituye indudablemente un acto lascivo, porque mediante el mismo el agresor descarga su tensión sexual, pero, en cambio, objetivamente hablando, es decir, según las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima, aquello no puede pasar de ser una simple gamberrada con la consiguiente risa o susto. (...) Íntimamente ligado a este problema se halla la cuestión de la intencionalidad o ‘fin lúbrico’ de la acción, tal difícil de probar en algunos casos”*

Ahora bien, es claro que **la razón de la prohibición de la segunda conducta** - alternativa- descrita en el artículo 209 sustantivo **no recae en el acto sexual en sí mismo considerado, sino en la circunstancia de que un niño, niña o adolescente menor de 14 años sea observador, testigo o espectador de ese comportamiento.** Siendo así, con mayor razón **la actividad sexual desarrollada debe ser explícita o tener la suficiente aptitud para**



**causar excitación o satisfacción sexual a su realizador o realizadores**, como sería, por ejemplo, el acceso carnal (vaginal, anal u oral), besos o caricias en órganos genitales u otras zonas erógenas, tocamientos lascivos del propio cuerpo o del de un tercero, la masturbación, entre otros.

De otra parte, existen conductas que tienen alguna **connotación sexual** ya sea porque obedece a impulsos de esa naturaleza en su ejecutor sin que tengan un desarrollo exterior trascendente, como sería el fetichismo manifestado en el tocamiento de una prenda de vestir exterior, por ejemplo; o porque, aun cuando desde el punto de vista objetivo puedan tener algún significado o connotación libidinosa, carecen de entidad suficiente para ser caracterizadas como actos eminentemente sexuales, como serían algunas miradas y movimientos de lengua vulgares, comentarios o piropos dirigidos a exaltar zonas erógenas, o gestos manuales obscenos.

En resumen, **los actos sexuales con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito**. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las *“pautas culturales de la comunidad”* no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.

La anotada conclusión no varía por el hecho de que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor de 14 años ni porque se busque proteger la integridad y formación sexuales, pues **los principios de tipicidad estricta y lesividad implican que el Derecho Penal sólo puede sancionar las conductas descritas en la ley (art. 10) que resulten idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado (art. 11)**, como se desprende también de la regulación de la tentativa punible (art. 27). Esas garantías sustantivas mínimas integran el principio de legalidad y, por esa vía, hacen parte del núcleo esencial del debido proceso.

Así, la protección penal de los intereses superiores de los niños se realiza mediante la prohibición y sanción de **-verdaderos- actos sexuales que los involucren, entendiendo por tales los que efectivamente pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales**. De esa manera, ninguna oposición se presenta entre la adecuada interpretación del artículo 209 del C.P., antes precisada, y la prevalencia de los derechos de los menores de edad (art. 44 ibidem), y, si es que aun se considerara que existe ese conflicto, dicho ejercicio hermenéutico pondera todos los principios en juego».

**EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa** || **EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa:** no se encuentra expresamente prohibido en la Ley 599 de 2000 ni en el Decreto Ley 100 de 1980 || **EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa:** el Código Penal de 1936, lo incluía como un tipo penal contra la moral pública || **EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa:** desapareció como tipo penal autónomo || **EXHIBICIONISMO - Atipicidad:** se encuentran excluidas las conductas exhibicionistas que atenten exclusivamente contra la moral pública o el pudor sexual || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Modalidades:** cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo, a través del exhibicionismo || **INJURIA POR VÍAS DE HECHO - Configuración:** a través de actos de exhibicionismo, de alguna parte del cuerpo o un órgano genital a un adolescente mayor de 14 años o a un adulto, con la finalidad de mancillar o menoscabar su honor || **CONDUCTA SEXUAL - Contra mayores de catorce años:** sólo será típica si reúne los elementos de alguno de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales || **EXHIBICIONISMO - Configuración:** algunos comportamientos con connotación sexual, no alcanzan a configurar acto de naturaleza sexual || **EXHIBICIONISMO - Derecho comparado:** a nivel internacional es catalogado como violencia de género, bajo la modalidad de acoso sexual callejero || **EXHIBICIONISMO - Derecho comparado:** a nivel internacional se distingue entre actos de connotación y actos de naturaleza sexual || **EXHIBICIONISMO - Derecho comparado:** los Estados que lo tipifican sólo abarcan los actos obscenos y de contenido sexual explícito, estableciendo penas leves || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Se configura:** a través del exhibicionismo, siempre que

constituya una conducta sexual explícita, el agente tenga ánimo libidinoso y sus manifestaciones objetivas generen un contexto sexual, mediante palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales || **EXHIBICIONISMO** -

**Configuración:** no lo constituyen los besos y las caricias, conforme al Código de Seguridad y Convivencia Ciudadana (Ley 1801 de 2016) || **EXHIBICIONISMO - Atipicidad:** la observación de la desnudez corporal, inclusive desde temprana edad, por sí sola no constituye conducta penalmente relevante

#### **«Regulación de la «conducta exhibicionista» en Colombia.**

Ni el código penal vigente (L. 599/2000) ni el anterior (D.L. 100/1980) prohíben los actos exhibicionistas, por lo menos no expresamente como sí lo hacía el expedido en el año 1936 (Ley 95) que los definía como un delito contra la moral pública en estos términos: *“El que en sitio público, ejecute o haga ejecutar exhibiciones obscenas, ...”* (art. 251). El antecedente de este tipo era el artículo 418 del Código Penal de 1890 que sancionaba la conducta de quienes *“se presentaren en estado de desnudez o tan mal cubiertos que se ofenda el pudor, ante personas de otro sexo, o en lugares públicos, ..., sin algún motivo suficientemente justificativo”*.

La desaparición del tipo autónomo de *“exhibiciones obscenas”* puede conllevar a una reflexión inmediata: esa conducta fue despenalizada de manera absoluta o, sencillamente, quedó subsumida, desde el Código Penal de 1980 y hasta el actual, en el delito de actos sexuales abusivos, concretamente en la modalidad consistente en realizarlos en presencia de los menores de 14 años. Una mirada a las características típicas descritas en el artículo 209 sustantivo vigente y a la evolución de los bienes jurídicos protegido en materia sexual, permite concluir que el planteamiento disyuntivo es equivocado porque algo de cierto hay en cada una de las opciones argumentativas expuestas.

De una parte, sí deben entenderse excluidas las conductas exhibicionistas que atenten exclusivamente contra una pretendida *“moral pública”*, concepto que por su vaguedad y subjetivismo dejó de ser un bien jurídico tutelado desde el Código Penal de 1980, como ocurrió también con el *“pudor sexual”* en el posterior del año 2000; igual suerte corrieron los referidos

comportamientos cuando se lleven a cabo ante personas mayores de 14 años porque para estas no se contempla como delictiva la sola percepción de actos libidinosos. Pero, de otra parte, **si la conducta exhibicionista reúne las condiciones de un acto de naturaleza sexual y es presenciada por menores de la edad en mención, puede afectar la integridad y formación sexuales y, por ende, encajar en la segunda modalidad típica concebida en el precitado artículo 209.**

Ahora bien, **si a un adolescente mayor de 14 años o a un adulto se exhibe alguna parte del cuerpo, incluido un órgano genital, con la única finalidad de mancillar o menoscabar su honor; habrá que analizarse la eventual comisión de una injuria por vías de hecho (art. 226 C.P.)** a través de una conducta con alguna connotación sexual, según la explicación que de esta modalidad típica se hizo en la sentencia SP107-2018, feb. 7, rad. 49799:

*... se trata de las formas, distintas a las verbales, en que se ofende el honor de una persona, como cuando se le abofetea -sin que se trate, en estricto sentido, de lesiones personales-, escupe o somete a escarnio -despojarla de sus vestiduras, arrojarle excrementos, etc.-*

*Desde luego que el agravio, si ese es el querer del ofensor, puede ocupar matices sexuales, visto que este es un aspecto que como el que más puede incidir en el honor de las personas.*

*Por ello, si es factible hablar de injurias verbales cuando se pone en tela de juicio el honor de una persona en esta materia, algo similar cabe predicar del mancillamiento por vías de hecho.*

*Es a esto a lo que atendió la Corte en decisión ya conocida (SP, oct. 26/2006, rad. 25743), ...,*

No obstante, en la misma decisión se aclaró que *“si el acto o actos de claro contenido erótico-sexual, dirigido indudablemente a satisfacer la libido del sujeto activo, se manifiesta evidente, ajeno a la repentina y fugaz acometida, no es posible mutarlo hacia una conducta ontológica y jurídicamente diferente -injuria por vías de hecho-”*. En consecuencia, una conducta que objetiva y subjetivamente pueda catalogarse como sexual y el sujeto pasivo sea un individuo mayor de 14 años, **sólo será típica si reúne los elementos de alguno de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.**

Conforme a todo lo explicado hasta aquí, se puede concluir que ciertos comportamientos pueden tener alguna connotación sexual sin que, para efectos penales, alcancen a configurar un acto de esta naturaleza:

**1.** La tendencia normativa internacional es a considerar el exhibicionismo y otros actos con alguna significación sexual en espacios públicos, como una forma de **violencia de género** catalogada como **«acoso sexual callejero»**, no como una modalidad de violencia o abuso sexual. En ese contexto, la mayoría de las legislaciones foráneas distingue, expresamente, entre **actos de connotación** y **actos de naturaleza sexual**.

**2.** Los estados (americanos y europeos) que tipifican los actos exhibicionistas de manera autónoma, no abarcan la totalidad de estos sino los *«obscenos»* o, de manera más unívoca, los de contenido sexual explícito (Chile), sin perder de vista que, en todo caso, constituyen uno *«de los más bajos peldaños en la tutela del bien jurídico [libertad e indemnidad sexuales]»*, como lo demuestra la levedad de las penas que le son impuestas en comparación con las asignadas a las formas propias de violencia o abuso sexual.

**3.** La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que actos humanos con algún tinte libidinoso no alcanzan la categoría de sexuales porque no trascienden al mundo exterior, lo hacen con una entidad insuficiente o a través de conductas inidóneas; en particular, se ha aclarado que la desnudez o exhibición de zonas corporales erógenas sólo configura una actividad sexual si es manifiesta o explícitamente sexual, acorde con la tendencia internacional.

Siendo así, **la exhibición de órganos genitales ante niños o adolescentes menores de 14 años configurará la segunda modalidad típica del artículo 209 del C.P., siempre que constituya una conducta sexual explícita**, lo que ocurrirá cuando el agente tenga ánimo libidinoso y, además, **sus manifestaciones objetivas**, más allá del simple desnudo, **generen un contexto sexual, como por ejemplo aquél acompañado de palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales asociados al ejercicio de la sexualidad**.

Dos razones adicionales cimientan aún más esa conclusión:

- **Primera:** el mismo legislador colombiano consideró, en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (L. 1801/2016), que “no

*constituyen actos sexuales o de exhibicionismo los besos o caricias que las personas, sin importar su género, color de piel, orientación sexual o identidad de género, manifiesten como expresiones de cariño, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad*”. En consecuencia, la percepción de esta clase de conductas con alguna indiscutible significación sexual, aun cuando sea por niños o adolescentes, ni siquiera constituye una contravención policiva.

En otras palabras, en Colombia -así como en la mayoría de estados constitucionales y democráticos del mundo- existen actos de alguna **connotación sexual** cuya ejecución pública es tolerada o socialmente aceptada, aun cuando para algunos sectores de la población puedan considerarlos vulgares, inmorales, grotescos o impúdicos.

- **Y, segunda:** la educación sexual desde el nivel preescolar que permita *“desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable”*, constituye un imperativo y un objetivo común del sistema educativo colombiano (arts. 13.d y 14.e, L. 115/1994). Por tanto, **la observación de la desnudez corporal inclusive desde temprana edad**, más allá de los prejuicios morales que al respecto subsistan, **por sí sola no constituye una conducta penalmente relevante**.

En este punto, se comparte la opinión del doctrinante Luis Fernando Tocora que, aunque expuesta hace más de 20 años, conserva actualidad: *“Los prejuicios morales del desnudo corporal, de la virginidad, de las relaciones sexuales prematrimoniales, etc. están siendo replanteados por ideas extractadas de la psicología, ...”*. Y añade, en lo que resulta pertinente: *“La educación sexual que ha llegado incluso a la escuela, entre otras instituciones, proporciona un nivel de impermeabilidad contra las exhibiciones obscenas, ...”*.

#### **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**Modalidades:** cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo, a través del exhibicionismo, evento en que no se configura || **EXHIBICIONISMO - Atipicidad:** la mera exhibición de un órgano genital no es típica por sí sola || **ACTOS**



## **SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**Idoneidad objetiva:** según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana || **ACTOS SEXUALES CON**

**MENOR DE 14 AÑOS - Idoneidad subjetiva:** es insuficiente para configurar el comportamiento || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

**No se configura:** evento en que la exhibición del órgano genital por parte del sujeto activo, careció de idoneidad objetiva para constituir una conducta sexual explícita || **ACTOS SEXUALES**

**CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura:**

evento en que la exhibición del órgano genital por parte del sujeto activo, careció de idoneidad objetiva para conducir al sujeto pasivo a un escenario inequívocamente libidinoso ||

**EXHIBICIONISMO - Configuración:** como modalidad de violencia de género, a través de acoso sexual callejero, sólo se sanciona en el ámbito policivo || **EXHIBICIONISMO -**

**Configuración:** como infracción de policía, conforme al Código de Seguridad y Convivencia Ciudadana (Ley 1801 de 2016) || **VIOLACIÓN**

**DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«Como se explicó en el acápite 4.3.2., las pruebas incorporadas demostraron que el 20 de marzo de 2015, en una vía pública (callejón), JADA exhibió su pene de manera repentina a las hermanas L.A.L.G. -8 años- y M.P.L.G. -14 años-, quienes intentaron continuar su camino, pero el adulto se los obstaculizó moviendo su cuerpo de un lado a otro, ante lo cual aquéllas se devolvieron corriendo hasta un local comercial próximo.

Durante ese breve y sorpresivo acontecimiento, como bien lo indicó la defensora, no se demostró que el acusado entablara comunicación verbal alguna con las menores de edad, ni que se masturbara ni que realizara tocamientos en su cuerpo -ni siquiera el pene sostuvo con sus manos porque solo levantó la prenda de vestir que lo cubría-, ni tampoco que realizara gestos o movimientos faciales o corporales que insinuaran alguna práctica de naturaleza erótico-sexual.

Es más, el comportamiento del procesado fue tan equívoco que la niña L.A.L.G. declaró en juicio que manifestó al administrador del negocio al que huyó que el exhibicionista las iba a robar. Este último, para evitar confusiones, es un argumento secundario o accesorio porque no puede

sostenerse que la percepción del sujeto pasivo de una conducta sea la que determine su naturaleza, menos aún en tratándose de niños o niñas.

Por otra parte, según lo indicado en el acápite 4.3.1., la acusación refirió como único hecho jurídicamente relevante que “*el señor les había mostrado el pene*” a las menores L.A.L.G. y M.P.L.G., sin incluir otros elementos descriptivos que caracterizaran esa exhibición como una conducta de naturaleza sexual, ni siquiera aludió esa imputación fáctica a un especial ánimo del sujeto dirigido a la satisfacción de sus apetencias sexuales. De esa manera, se acusó a JADA por la mera exhibición de un órgano genital y no por un acto de exhibicionismo sexual, conducta que, según lo explicado, no es típica por sí sola.

Ahora, aun cuando se admita que la hipótesis más plausible es que JADA pretendía la excitación o la satisfacción de su libido, porque enseñó un órgano directamente asociado a la sexualidad y la explicación alterna de que estaba orinando fue descartada; **esa exhibición repentina no tuvo la idoneidad -objetiva- para configurar una conducta sexual explícita, es decir, careció de la capacidad para conducir a las espectadoras -y, en general, a un observador promedio- a un escenario inequívocamente libidinoso.**

Claro está, fue un acto grotesco, vulgar, impúdico y degradante que generó malestar e intimidación en aquéllas, propio de un “**acoso sexual callejero**” que, hasta el momento, **sólo se encuentra sancionado en el ámbito policivo, no en el penal** como lo han hecho ya la mayoría de países de la región por constituir ese tipo de conductas en el espacio público una **forma de violencia de género** que es más grave cuando recae en mujeres menores de edad, como ocurrió en el presente evento.

Así las cosas, **la decisión de condenar a JADA por el delito de actos sexuales con menor de catorce años se fundó en una violación directa, por aplicación indebida, del artículo 209 del Código Penal**, conforme a las razones expuestas».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**



### **3. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL**

***No es jurídico invalidar una actuación  
respecto de la cual aún no se ha decidido si  
su conocimiento está atribuido a la  
Jurisdicción Especial para la Paz***

La Sala decidió remitir por competencia el asunto a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la *Jurisdicción Especial para la Paz*, precisando, frente a una solicitud de dicho organismo judicial orientada a que se invalidara el fallo judicial de segundo grado, que la Corporación adquiere atribución jurisdiccional con ocasión del recurso extraordinario y no actúa como tribunal de instancia, de modo tal que no resulta dable jurídicamente declarar la nulidad de una actuación, respecto de la cual aún no se ha definido si su conocimiento corresponde a la JEP.

**AP1994-2020 (56806) del 26/08/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** evento en que se le solicita a la Sala de Casación Penal, decretar la posible nulidad de sentencia || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** competencia, la adquiere en virtud del recurso extraordinario y no actúa en sede de instancia || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** competencia, se circunscribe a estudiar la demanda sustento del recurso, para admitirla o inadmitirla, debiendo en uno u otro caso tomar las decisiones de fondo que corresponda || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, evento en que advirtió improcedente inmiscuirse oficiosamente, con desconocimiento del libelo sustentatorio de la impugnación extraordinaria, para declarar la nulidad de un fallo judicial || **CASACIÓN - Competencia:** principio de limitación || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, no es jurídico invalidar una actuación respecto de la cual aún no se ha

decidido si su conocimiento está atribuido a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) || **NULIDAD - Competencia para decretarla:** la Sala se abstiene de pronunciarse, por tratarse de un proceso con trámite de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, carece de competencia y dispone remisión de proceso || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** se remite por competencia

«[...] la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, en auto del 31 de enero pasado frente a las peticiones de sometimiento elevadas a esa jurisdicción, el 27 de junio de 2018 por HO, reiterada por su apoderado el 2 de septiembre de 2019, y la presentada en esta fecha por UE y PA, solicita a la Sala “decretar la posible nulidad de la sentencia de segunda instancia proferida el 7 de junio de 2019 por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Antioquia”.

A su juicio el Tribunal carecía de “competencia material o personal” porque enterado por HO el 3 de abril de 2018 de acogerse al trámite de la Ley 1820 de 2016, el de segunda instancia quedaba suspendido a partir del 18 de julio de 2018, de acuerdo con lo previsto en el inciso 4 de su artículo 47, fecha en la cual entró en vigor la Ley 1922 de 2018.

A la petición se responde. **La Corte Suprema como tribunal de casación, adquiere competencia en virtud del recurso extraordinario y no actúa en sede de instancia.** Su conocimiento se circunscribe a estudiar la demanda sustento del recurso, para admitirla o inadmitirla, debiendo en uno u otro caso tomar las decisiones de fondo que corresponda.

De este modo, **no puede inmiscuirse oficiosamente y desconociendo el libelo sustentatorio de la impugnación extraordinaria declarar la nulidad de un fallo judicial**, apoyándose en su jerarquía e ignorando los límites de la competencia funcional diferida claramente por la ley.

Adicionalmente, **no es jurídico invalidar una actuación respecto de la cual aún no se ha decidido si su conocimiento está atribuido a la JEP.**

**Corresponderá a esa jurisdicción** una vez admita como sujetos de esa jurisdicción a los peticionarios, en correlación con la preferencia y prevalencia, **tomar las determinaciones**

**correspondientes, entre ella, la anulación de la actuación** en el caso de considerarla pertinente y no a la ordinaria que, en el evento de la inadmisión de aquellos, entraría a decidir el recurso de casación interpuesto por HO.

Por lo demás, en la actuación recibida por el Tribunal el 8 de noviembre de 2017 no aparece documento alguno, en el que HO haya comunicado su sometimiento a la JEP y solicitado la remisión de la actuación a ésta, razón por la cual en la sentencia de segunda instancia no existe referencia alguna a esa particular situación.

Tampoco en la demanda de casación presentada por su apoderado, unos días después de su ratificación de sometimiento a tal jurisdicción, se

alude a ella o existe escrito de este poniendo en conocimiento del ad quem tal circunstancia.

Así las cosas, **la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre la admisión de la demanda de casación presentada por su apoderado, como también para invalidar el fallo del tribunal**, razón por la cual **dispondrá la remisión inmediata del proceso seguido en su contra a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas** para lo pertinente, advirtiendo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, se suspende la actuación y la prescripción de la acción penal».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

los procesados al sistema de justicia transicional.

#### **4. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ**

***Procede la remisión de las actuaciones cuando los hechos y conductas delictivas tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado***

**AP2047-2020 (55854) del 26/08/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Fabio Ospitia Garzón**

La Sala se abstuvo de efectuar pronunciamiento sobre las demandas de casación y decidió remitir por competencia el asunto a la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz*, tras advertir que los hechos objeto de la acción penal iniciada respecto de integrantes de las Fuerzas Militares, guardan relación con el conflicto armado. En tal sentido, identificó que la situación fáctica se ajustó a los parámetros delimitadores establecidos por la JEP, en tanto que correspondió al homicidio de una persona cuyo deceso fue ilegítimamente presentado como ocurrido en un combate con agentes del Estado, por lo que habiéndose dilucidado que la víctima no ostentaba la calidad de combatiente, la atribución para continuar conociendo el asunto corresponde al citado ente judicial, en virtud de la competencia preferente y prevalente que le asiste, de cara al sometimiento que efectuaron

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2017):** mecanismo de justicia transicional || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** competencia prevalente, preferente y exclusiva frente a delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado:** miembros de la Fuerza Pública, requisitos, haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado:** miembros de la Fuerza Pública, requisitos, haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, homicidio en persona protegida || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para**

**la Paz:** procede la remisión de las actuaciones cuando los hechos y conductas delictivas tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** se remite por competencia

«A través del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, *«por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera»*, se estableció la Jurisdicción Especial para la Paz.

Se le asignó el **conocimiento, de manera preferente**, *«sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos»* (artículo 5).

Conforme a lo pactado en el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, que dio paso a la Jurisdicción Especial para la Paz, ésta **prevalece** *«sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas»* (artículo 6).

Ahora, respecto a los miembros de la Fuerza Pública, el artículo 21 establece un *«tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo»*, por lo que con relación a ellos también conoce de *«los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste la causa determinante de la conducta delictiva»* (artículo 23).

[...] La Jurisdicción Especial para la Paz entró en funcionamiento el 15 de enero de 2018. En

ejercicio de sus competencias, con Auto No. 005 del 17 de julio de 2018, su Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

[...] La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, al estudiar la solicitud que ante esa Jurisdicción efectuó JDDM, refirió, tratándose de la competencia para conocer de esta actuación, [...]

[...] Así mismo, al examinar la solicitud de JDDM, realizó estas consideraciones en cuanto a los ámbitos temporal, personal y material propios de la Jurisdicción Especial para la Paz, a los que se hizo referencia:

[...] En estas condiciones, **es palmario que la jurisdicción ordinaria ha perdido competencia para continuar con el conocimiento del presente trámite, por cuenta del sometimiento de los procesados al sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición** contemplado en el Acto Legislativo 01 de 2017, según se establece en las decisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz citadas en precedencia. En ellas se advierte que **los hechos por los que se ejerce la acción penal** en contra de A P y DM se encuentran dentro de los parámetros delimitadores del caso 003 seguido ante la JEP, referido a las «muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado», pues se dilucidó que la víctima YQQ, no ostentaba la condición de combatiente.

Por consiguiente, **en virtud de la competencia prevalente a la que se hizo referencia, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la admisión de las demandas de casación allegadas a su nombre en las diligencias y remitirá el expediente** a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, de esa jurisdicción».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

Inicio

## 5. CASACIÓN - INTERÉS PARA RECURRIR:

***Del Ministerio público, frente a la concesión por parte del Tribunal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena***

**PRISIÓN DOMICILIARIA - PROCEDENCIA:**  
***Declaratoria de persona ausente no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia***

La Sala decidió casar la sentencia impugnada, para en su lugar, confirmar la de primera instancia que denegó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A tal efecto, efectuó una importante reconsideración del precedente, en torno al interés para recurrir en casación de las partes e intervinientes, y específicamente, del *Representante del Ministerio Público*, para precisar que no es necesario que hubiera intervenido en la audiencia de individualización de la pena, respecto de asuntos relacionados con ésta, la suspensión condicional de su ejecución y la prisión domiciliaria. Al abordar los motivos de disenso, encontró razonable el discurso del censor, en el sentido que en el caso resultaba improcedente el subrogado, dada la prohibición legal de otorgarlo frente a delitos dolosos contra la Administración Pública, como el que fue examinado en este evento, de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador. Sin embargo, en forma oficiosa encontró viable la concesión de la prisión domiciliaria, anotando que la declaratoria de persona ausente, en virtud de la cual se produjo la vinculación de la procesada, no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia.

**SP1500-2020 (54332) del 17/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**CASACIÓN - Legitimidad procesal:** ministerio público || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** ministerio público || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** identidad temática con la apelación, Ministerio Público, excepciones || **SISTEMA**

**PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** órgano propio, sujeto especial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Casación:** interés para recurrir, asunto debe alegarse en las instancias, principio de unidad temática, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** interés para recurrir, en cuanto a la tasación de la pena y los subrogados penales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia para individualización de la pena y sentencia:** no es imperativo que las partes e intervinientes se pronuncien sobre la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de subrogados || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** variación || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** ministerio público, frente a la concesión por parte del Tribunal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

«[...] en cuanto al **Ministerio Público** se refiere, **es evidente su legitimación procesal para acceder al recurso de casación**, pues así lo autoriza el mencionado artículo 182 de la Ley 906 de 2004 y, en términos generales, el artículo 277.7 de la Constitución Política, al establecer que le corresponde «*Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*», y lo ratifica el canon 109 de la Ley 906 de 2004.

Así, en sentencia CSJ SP2364-2018, rad. 45.098, se recordó que «*la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses netamente superiores*», de acuerdo con el numeral 7° del artículo 277 de la Carta Política, y que está habilitado para ejercer diversas competencias generales y específicas, con las que se pueden materializar las atribuciones constitucionales previstas en las normas mencionadas.

De esta manera, la Corte ha venido señalando que, siendo un «*organismo propio*» (CSJ SP, 5 oct. 2011, rad. 30592), tiene la potestad de intervenir «*cuando se deba dar cumplimiento a los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Nacional y la ley*».

[...] Por igual, la Corte Constitucional ha destacado el carácter de **interviniente “especial y discreto” del Ministerio Público** -sentencia CC T-293-2013, reiterada en CSJ SP2364-2018 rad. 45.098-, lo que garantiza que el ejercicio de las competencias dentro del proceso penal se



realice respetando las prerrogativas procesales constitucionales, horizonte dentro del cual se ha reconocido su participación principal y no accidental, lo que le permite controvertir e impugnar las decisiones que se encuentren en pugna con la legalidad y los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento de tales facultades, de manera invariable **la Corte ha restringido dicho interés para oponerse a la estrategia defensiva**, a que, en las alegaciones finales, expresamente, hubiere deprecado condena respecto del delito endilgado y, ejercido oportunamente la alzada, salvo que se acredite que, de manera arbitraria se le impidió hacerlo, si el Tribunal introduce una modificación desfavorable a los intereses del impugnante, o si lo criticado es un vicio sustancial que contraiga la declaración de nulidad. (CSJ AP, 03 Jul. 2013, rad. 41054).

Esta prédica, también es consistente con la reiterada por la Sala para el **tratamiento de la apelación y el recurso extraordinario de casación por parte del Ministerio Público, respecto de asuntos relacionados con la pena, la suspensión condicional de la ejecución de la misma y la prisión domiciliaria**, postura que se contrae a que, **el delegado de la Procuraduría está obligado a expresar su punto de vista al momento de la audiencia de individualización de pena**, de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, pues de marginarse de dar tal debate, se ha dicho, quedaría inhabilitado para acudir al recurso extraordinario y oponerse a la posterior decisión del Tribunal, al resolver la alzada de la defensa. (CSJ AP3676-2018, CSJ rad. 52681; AP950-2019, rad. 52495).

Sin embargo, **la adaptación evolutiva de la hermenéutica, demanda una reconsideración de tal línea de pensamiento, para significar que**, si bien **el Ministerio Público**, como cualquier otro sujeto procesal, está impelido a promover el recurso de apelación cuando se encuentre en desacuerdo con las razones del fallo de primera instancia, a efecto de poder acceder al recurso de casación, **no es indispensable que intervenga, para expresar su criterio, en torno a los mencionados tópicos, en sede de la audiencia del canon 447 -tampoco las otras partes e intervinientes-**, pues, nótese que, al tenor de dicha norma, no es imperativo que las partes: fiscalía y defensa se pronuncien obligatoriamente sobre la «probable

*determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado*», en tanto, la norma apenas expresa que ellos pueden hacerlo siempre que lo estimen «conveniente».

En ese orden, **no podría exigirse a ninguna de las partes o intervinientes, entre ellos al Ministerio Público, que, de manera inexorable, discurren en la audiencia convocada para tal fin, frente a aquellos aspectos, que involucran la aplicación del principio de legalidad de las penas y las formas de cumplimiento de la misma**, de imperioso acatamiento por parte de los juzgadores al momento de tasar las sanciones y disponer su manera de ejecución.

De este modo, el **interés para recurrir en sede de casación**, se insiste, está atado a los deberes de apelar la sentencia adversa a los intereses del sujeto procesal, respetar el eje temático propuesto en la apelación y limitar el disenso a la dosificación punitiva, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la lesión de garantías fundamentales si el proceso terminó por allanamiento a cargos o preacuerdo.

Descendiendo al asunto en cuestión, se observa que, si bien el Procurador Delegado solo se hizo presente en la actuación para la formulación de acusación, no así en las audiencias preparatoria y de juicio oral y, mucho menos, en la de individualización de la pena, oportunidad esta que, en principio, hubiera sido la propicia para alegar acerca del monto de la sanción y de los subrogados y sustitutos respectivos, **es manifiesto que, el interés jurídico del Procurador para impugnar lo resuelto al respecto, verdaderamente, surgió en el momento en que el Tribunal le concedió al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión esta no compartida por aquél**.

Nótese que, antes de ese hito procesal, el representante de la sociedad no estaba necesariamente obligado a pronunciarse sobre ese aspecto, en tanto bien podía confiar en que los juzgadores acatarían el principio de legalidad y decidirían conforme al mismo.

Y es que, frente al fallo de primer nivel ninguna discrepancia tendría que haber mostrado el Delegado, por cuanto, a su juicio, el juzgador se atuvo a las normas que regulan el tema en examen; mientras tanto, fue la sentencia de segunda instancia la que introdujo, por petición de la defensa, modificaciones en favor de la

procesada, no compartidas por el Procurador, reformas que habilitaron el interés del funcionario para controvertir el presunto error judicial, en sede de casación, pese a no haber asistido a la audiencia de individualización de la pena, se insiste.

En efecto, el representante del Ministerio Público promovió el recurso extraordinario con la pretensión de que se restableciera la legalidad de la decisión y de proteger los intereses de la sociedad, una vez se activó, por razón de la que consideró una afrenta al sistema normativo penal, su inconformidad con lo resuelto. En ese escenario, **la Corte es del criterio que este interviniente estaba perfectamente legitimado y tenía interés jurídico para rebatir la decisión del ad quem, a través del recurso extraordinario de casación».**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo || SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Improcedencia:** cuando la condena sea por delitos contra la Administración Pública || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** reiteración || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Lex tertia:** inaplicación, Ley 1709 || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«El texto original del artículo 63 del Código Penal establecía que la ejecución de la pena privativa de la libertad fijada en la sentencia podría suspenderse por un período de 2 a 5 años, bajo la concurrencia de dos requisitos, a saber: uno objetivo, referido a que la pena de prisión impuesta no excediera de 3 años y, otro subjetivo, relacionado con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y la valoración de la modalidad y gravedad de la conducta punible para inferir si es necesario o no la ejecución de la sanción.

A la luz de dicha disposición -vigente para la época de la ilicitud aquí juzgada: omisión del agente retenedor o recaudador-, basta revisar la pena atribuida a la procesada, para establecer, como también lo hicieron las instancias, que no se cumple con el presupuesto de orden objetivo, toda vez que ella se fijó en 4 años.

De manera que, **con la inobservancia del primer requisito, innecesario resultaba proseguir con el análisis de la exigencia subjetiva**, por cuanto la norma instituye, como

imperativo, que concurren los dos requisitos ya mencionados.

Ahora bien, el Tribunal, apelando al *«principio de favorabilidad»*, acudió al artículo 63 con la modificación introducida por el precepto 29 de la Ley 1709 de 2014, para autorizar, en el caso concreto, la concesión del subrogado en cuestión [...].

[...] La Corte debe resaltar que, aunque el fallador de primera instancia no examinó si la reforma legislativa favorecía a la enjuiciada, como sí lo hizo el de segundo nivel -lo cual no admite reparo alguno-, en últimas, lo reprochable es el resultado al que arribó, producto de inadvertir que, no obstante que, bajo el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, se cumple el presupuesto de orden objetivo, en tanto la pena de prisión impuesta no supera los 4 años, **el delito por el que se procede, en este caso, si está incluido en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, en el que se mencionan los «delitos dolosos contra la Administración Pública»**, vale decir, los descritos en el Capítulo I, Título XV, Libro Segundo del Estatuto Punitivo, en el cual se encuentra tipificado el injusto de **omisión del agente retenedor o recaudador** (canon 402).

Así las cosas, **ni en vigencia del artículo 63 original del Código Penal, ni acudiendo a las modificaciones que, de este, realizó la Ley 1709 de 2014, es viable la concesión del subrogado** de suspensión de la ejecución de la pena en el caso objeto de estudio.

De esa manera, **razón le asiste al casacionista al censurar lo decidido por el fallador colegiado**, pues, aunque se encuentra satisfecho el requisito objetivo, por cuanto GV no fue condenada a una pena de prisión que excediera los 4 años, **era indispensable definir si el injusto por el que se emitió condena se encuentra contemplado en el catálogo de tipos penales enlistados en el artículo 68A, donde se encuentran los delitos dolosos contra la administración pública**, entre los cuales está el punible mencionado.

Por último, reitérese la pacífica postura de la Sala en el sentido de que **no es dable, ante el cumplimiento parcial de los requisitos previstos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 (tanto los descritos en su texto original, como los novedosos a partir de la reforma de 2014), pretender establecer una suerte de tercera ley -lex tertia-**, compuesta por los

aportes que le favorecen a la procesada, obviando los que le resultan adversos, en tanto, cualquier mixtura normativa que ensaye hacerse conduce a la suplantación del legislador, desnaturaliza el instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena, desdice de su finalidad y vulnera palmariamente el principio de legalidad (Cfr. entre muchas otras, CSJ AP782-2014, 24 feb. 2014, rad. 34099; CSJ SP2998-2014, 12 mar. 2014, rad. 42623; CSJ AP1684-2014, 2 abr. 2014, rad. 43209; CSJ AP4465-2015, 5 ago. 2015, rad. 45584; CSJ SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. 44840; CSJ SP15273-2016, 24 oct. 2016, rad. 46892; CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383; CSJ SP16839-2016, 16 nov. 2016, rad. 44298; CSJ AP8309-2016, 30 nov. 2016, rad. 48616; CSJ SP13755-2017, 30 ago. 2017, rad. 50174; CSJ SP969-2018, 4 abr. 2018, rad. 46784; CSJ AP3649-2018, 29 ago. 2018, rad. 52021; CSJ AP5599-2018, 5 dic. 2018, rad. 53899 y CSJ AP2510-2019, 26 jun. 2019, rad. 54305).

**PRISIÓN DOMICILIARIA - Improcedencia:** cuando la condena sea por delitos contra la administración pública || **PRISIÓN DOMICILIARIA - (Ley 1709):** factor objetivo || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Procedencia:** declaratoria de persona ausente no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia || **VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL - Declaración de persona ausente:** sus efectos jurídicos son diferentes a los de la contumacia || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Análisis del factor subjetivo** || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Fines de la pena:** evaluación || **OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Prisión domiciliaria** || **CASACIÓN OFICIOSA - Prisión domiciliaria**

«**Igual conclusión** a la recién señalada para la suspensión condicional de la ejecución de la pena **opera en relación con la prisión domiciliaria negada** a GKGV, con fundamento en la Ley 1709 de 2014, habida cuenta que, si bien su artículo 23 elevó a 8 años (de pena mínima prevista en la ley) el requisito objetivo para su concesión, el cual se cumple en este caso -en la medida que la **omisión del agente retenedor o recaudador** tiene pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años-, tanto dicha disposición legal en su numeral 2°, como el precepto 32 de la misma ley, **prohibió el otorgamiento de ese sustituto cuando se trata de delitos dolosos contra la administración pública.**»

[...] **La providencia del a quo exhibe los siguientes dislates:**

i) Asevera que no se satisface el requisito objetivo, siendo que la norma autoriza el reconocimiento del sustituto cuando la pena mínima prevista en la ley es de 5 años de prisión o menos y, en este caso -como ya se anotó-, el reato de omisión del agente retenedor o recaudador se encuentra sancionado con pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años.

ii) Desconoce que, la disposición no alude al concepto de «arraigo» familiar o social, como sí lo establece el actual artículo 38B, arraigo que en el novísimo precepto en cita debe demostrarse y que, dicho sea de paso, se relaciona con la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado, ya sea de índole social o familiar, con el lugar donde reside.

Entonces, olvidó el funcionario judicial que, para disponer la ejecución de la sanción privativa de la libertad, debía realizar un estudio de las condiciones particulares de la procesada, orientada hacia los fines de la pena, examen que corresponde a valores, derechos y principios constitucionales que, por la misma razón, no pueden obviarse o ignorarse al resolver sobre este aspecto.

[...] En el caso de la especie, el fallador esgrimió, únicamente, que, la **declaratoria de persona ausente** pronosticaba que GKGV evadiría el cumplimiento de la pena, con lo que supuso que la sentenciada quiso sustraerse de las consecuencias de su conducta.

De este modo, **asimiló, erradamente, que la declaratoria de persona ausente tiene los mismos efectos jurídicos que los de la contumacia**, sin tener en cuenta que la vinculación al proceso de GV se hizo de aquella manera, debido a la imposibilidad del ente investigador de ubicar a la implicada para proceder a la formulación de imputación.

Al respecto, la Sala ha dicho (CSJ SP4439-2018, 10 oct. 2018, rad. 52373) que «*no es suficiente para dar por satisfecho el supuesto de hecho que restringe la concesión de la prisión domiciliaria, que el condenado, verbi gratia, haya sido declarado persona ausente*».

Por manera que, si el expediente no enseña que la investigada, conociendo de la actuación penal, tuvo un comportamiento hostil con la intención de ocultarse y sustraerse de la misma, **no podía**



el juzgador “deducir seria, fundada y motivadamente... que [aquella] evadirá el cumplimiento de la pena”, máxime cuando la declaratoria de persona ausente no puede ser tomada como sanción, sino, en su cariz de herramienta procesal idónea para continuar con el trámite penal, una vez agotados los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del investigado, **lo cual es diferente** -se repite- **a la figura de la contumacia**, verdadero acto de rebeldía del indiciado frente a la administración de justicia, por cuanto, en este caso sí tiene conocimiento del adelantamiento de un proceso penal en su contra, pero se rehúsa a comparecer a la audiencia de imputación.

El artículo 4° del Código Penal establece que **la pena cumplirá las funciones** de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial se verifica esencialmente cuando el legislador tipifica una conducta lesiva de bienes jurídicos; no obstante, existe otro momento donde se hace efectivo el mensaje motivador de las normas penales, ese hito se concreta en el real o efectivo cumplimiento de las penas que dosifican los jueces penales en sus fallos, cumplimiento que, a juicio de la Corte, podría asegurarse en el domicilio establecido por

GKGV, toda vez que, al sopesar los intereses en juego, estos se complementan en forma perfecta con la prisión domiciliaria pues, al mismo tiempo, se salvaguardan los intereses del colectivo social y constituye, aunque en grado moderado, una restricción a la libertad individual de la sentenciada.

En suma, dada la naturaleza jurídica de la conducta punible por la que se condena y que no existen elementos materiales probatorios, evidencia física o información a partir de la cual se deduzca que GV colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que evadirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, **es palmario que es procedente conceder la prisión extramural.**

[...] Así las cosas, la Corte **casará el fallo impugnado con fundamento en el único cargo propuesto en el libelo, para, en su lugar, confirmar el de primera instancia que negó a la inculpada la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad.** Sin embargo, en los términos recién mencionados, **concederá oficiosamente el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

## Inicio

### 6. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - FUNDAMENTOS

**En las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos de la sentencia, deben incluirse los aspectos que encajan en sus elementos estructurales**

La Sala casó parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en orden a suprimir el agravante del delito de *homicidio* atribuido a los sentenciados, luego de encontrar que ni en la acusación ni en la sentencia se incluyeron los referentes fácticos que sustentaban la causal referida al aprovechamiento de condiciones de *indefensión o inferioridad*. Se resaltó de esta manera, la importancia e imperatividad de delimitar los elementos estructurales de las circunstancias de agravación, a efecto de

garantizar el principio de congruencia y el ejercicio del derecho de defensa.

**SP2896-2020 (53596) del 12/08/2020**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Delimitación de los elementos estructurales:** importancia || **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos:** importancia de establecerlos || **HOMICIDIO AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad:** eventos en que se presenta || **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos:**



no basta que en la acusación y la sentencia se precisen los de carácter normativo || **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos:** en las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos de la sentencia, deben incluirse los aspectos que encajan en sus elementos estructurales || **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos:** razones por la que resultan imperativos en la acusación y la sentencia || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** no se pueden establecer circunstancias de agravación no previstas en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Tema de prueba:** incluye los referentes fácticos de las causales de agravación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** la demostración del estándar dispuesto para la condena respecto de las circunstancias de agravación, corre a cargo de la Fiscalía

«De tiempo atrás la Sala ha hecho hincapié en la **importancia de delimitar los elementos estructurales de las causales de agravación**, lo que permite comprender las razones de la imposición de una pena mayor. Ello adquiere mayor relevancia en casos como el que se analiza, habida cuenta de que el legislador dispuso un incremento de casi el 100% de la pena -en su extremo mínimo- cuando el homicidio se comete bajo alguna de las circunstancias previstas en el artículo 104 del Código Penal, pues el homicidio simple tiene asignada la pena de 208 a 450 meses de prisión, mientras que para el homicidio agravado está prevista la de 400 a 600 meses.

Este tema ha sido analizado ampliamente por esta Corporación. Así, por ejemplo, en la decisión CSJSP, 1 oct. 2019, Rad. 52394, a la luz de sus propios precedentes, se refirió a la importancia de establecer los fundamentos de las circunstancias de agravación -en ese caso, la del delito de violencia intrafamiliar, [...].

[...] En lo que respecta a la **circunstancia de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal**, la Sala ha resaltado que **esta norma consagra cuatro eventos diferentes**, lo que implica que la Fiscalía, al realizar el juicio de acusación, y el juez, al emitir la sentencia, deben precisar en cuál de ellos se subsume la hipótesis factual debidamente planteada. Sobre el particular, en la decisión CSJSP, 1 jul 2020, Rad. 56174, reiteró que la referida norma se refiere a: “**(i)** indefensión ocasionada por el agresor; **(ii)** inferioridad

producida por el atacante; **(iii)** indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y **(iv)** inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor”.

[...] En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (una de las cuatro modalidades atrás descritas). **Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.**

Lo anterior **es imperativo en la acusación**, entre otras cosas porque: **(i)** el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; **(ii)** los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y **(iii)** los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.

**Y también lo es en la sentencia, por diversas razones**, entre las que se destacan: **(i)** la misma debe contener una explicación clara de las premisas fáctica y jurídica de la decisión, de lo que depende en buena medida su legitimidad; y **(ii)** es un requisito indispensable para que el procesado pueda ejercer la contradicción, a través de los recursos procedentes.

Finalmente, **los referentes fácticos de cada uno de los elementos estructurales de la causal de agravación se integran al tema de prueba, y su demostración, en el estándar dispuesto para la condena (art. 381 de la Ley 906 de 2004), corre a cargo de la Fiscalía General de la Nación.** Lo anterior es así, entre otras cosas porque: **(i)** las circunstancias de agravación conllevan consecuencias punitivas considerables; **(ii)** frente a ellas, así como frente al delito base, el procesado goza de la presunción de inocencia; y **(iii)** es una consecuencia inherente al sistema de tendencia acusatoria, que radica en la Fiscalía la carga de demostrar los presupuestos factuales de la condena».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** no se les debe agregar el resumen del contenido de elementos de

prueba ni la relación de actuaciones procesales || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** las circunstancias de agravación deben estar expresamente incluidas en la acusación || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** no se pueden incluir hechos no contemplados en la acusación || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación:** se configura, cuando el fallador altera objetivamente las afirmaciones del testigo y les da un sentido distinto || **REGLAS DE LA LÓGICA - Principio de no contradicción:** se vulnera || **REGLAS DE LA LÓGICA - Principio de razón suficiente:** se vulnera || **FALSO RACIOCINIO - Se configura || HOMICIDIO AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad:** no se configura la circunstancia de agravación, por el hecho de que los disparos de arma de fuego se dirijan a zonas vitales del cuerpo || **CASACIÓN OFICIOSA - Principio de congruencia || CASACIÓN - Parcial || CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa el fallo impugnado y redosifica la pena, suprimiendo una circunstancia de agravación

«Lo primero que debe advertirse es que la **Fiscalía, al estructurar la acusación, no incluyó en su hipótesis factual los hechos atinentes a la circunstancia de agravación del homicidio**, pues se limitó a transcribir, con la tergiversación que se explicará en el próximo párrafo, lo que dijo uno de los policiales en el sentido de que vio a los procesados disparar en contra de las personas que yacían en el piso. En ningún momento se dijo que se trató de un *“ataque sorpresivo”*, como lo entendió el Tribunal, ni que los procesados se encontraban en una posición más ventajosa por tener armas de fuego mientras que sus víctimas estaban desarmadas, como lo declaró el Juzgado.

Cabe señalar que **el error de incluir contenidos probatorios en lugar de hechos jurídicamente relevantes** tuvo en este caso efectos negativos adicionales, pues al hacerlo la delegada del ente acusador tergiversó la versión del policial (este dijo que vio a uno de los procesados disparar en contra de una de las víctimas, y en la acusación se dice que el uniformado vio a los dos procesados disparar en contra de los dos afectados), lo que al parecer también hizo incurrir en equivocación a la juzgadora de primer grado, como bien lo resaltó el Tribunal.

Este desatino impidió que ese aspecto fuera incluido en el tema de prueba, lo que se vio

reflejado en el debate realizado en el juicio oral, tal y como se señaló en precedencia.

En este orden de ideas, es claro que los juzgadores de primer y segundo grado no podían corregir en la sentencia esta omisión de la Fiscalía, en el sentido de emitir la condena por hechos no incluidos en la acusación (los correspondientes a la circunstancia de agravación objeto de análisis). Lo anterior, por la **congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia**, que está íntimamente ligada al derecho del procesado a conocer oportunamente los hechos por los que es llamado a responder penalmente, lo que constituye presupuesto necesario para la adecuada preparación de la defensa.

De esta forma, **se violaron el derecho del procesado a no ser condenado por hechos no incluidos en la acusación**, lo que se traduce en la imposibilidad de contar con el tiempo establecido en la ley para planear la defensa, en este caso frente a un componente factual que tiene una consecuencia punitiva considerable, como atrás se explicó.

Lo anterior es suficiente **para casar parcialmente el fallo impugnado**, a la luz de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004.

Se tiene, además, que los fundamentos fácticos de la referida circunstancia de agravación, incorporados tardíamente al proceso, no fueron demostrados más allá de duda razonable. Según se explicará a continuación, las conclusiones del Juzgado y el Tribunal sobre este aspecto son producto de múltiples errores de hecho, en las modalidades de **falso juicio de identidad, falso juicio de existencia y falso raciocinio**.

Como bien lo resaltó el Tribunal, el Juzgado **tergiversó** la declaración de los policiales que intervinieron en calidad de primeros respondientes, pues asumió que estos dijeron que al llegar al sitio de los hechos vieron a los dos procesados disparar contra las dos víctimas que yacían en el piso, cuando en realidad solo el conductor del vehículo oficial señaló que pudo ver a uno de los procesados cuando le disparaba una ráfaga a una persona que estaba tendida en la calzada. De esa forma, el juzgador de primera instancia incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, por tergiversación.

Igualmente, como también lo resaltó el fallador de segundo grado, el Juzgado **violó el principio lógico de no contradicción**, pues dio por sentado que una de las víctimas tenía una pistola y, al tiempo, señaló que los procesados tenían una posición más ventajosa ya que tenían armas de fuego y las víctimas no.

Además, advierte la Sala, **la juez dio por sentado que la circunstancia de agravación se fundamenta en que los procesados dirigieron los disparos a zonas vitales del cuerpo. El falso raciocinio es evidente**, porque **de esa situación solo puede inferirse la intención de matar (propia del delito de homicidio), mas no el estado de indefensión o inferioridad** de las víctimas (este tema nunca se aclaró suficientemente), ni, mucho menos, la intención de los procesados de aprovecharse de dicha circunstancia.

Algo semejante sucede con las conclusiones del Tribunal. En efecto, tras corregir algunos de los yerros en que incurrió la juzgadora de primer grado, se limitó a decir que del número y ubicación de las heridas, así como de *“las cercanas distancias a las que fueron efectuadas”*, se puede inferir que se trató de un *“ataque sorpresivo”*.

En primer término, se advierte que al hacer esta inferencia el Tribunal **violó el principio lógico de razón suficiente**, pues de los dos *“hechos indicadores”* (víctimas y victimarios estaban cerca y estos impactaron a los primeros con varios disparos), no se sigue que se haya tratado de un *“ataque sorpresivo”*, ya que estas mismas

circunstancias son compatibles con varias hipótesis, igualmente plausibles, [...]

[...] En síntesis, **no es procedente incluir en la condena la circunstancia de agravación prevista en el artículo 104, numeral 7º, del Código Penal**, porque: **(i)** en la acusación no se incluyó el respectivo referente fáctico; **(ii)** ante esta omisión, los juzgadores optaron por incluir en la sentencia algunos hechos que no hicieron parte del llamamiento a juicio; **(iii)** de esa forma, **se violó el principio de congruencia** y, en consecuencia, el derecho de los procesados a conocer con suficiente antelación los presupuestos fácticos del llamamiento a juicio, de lo que depende la posibilidad de ejercer la defensa; **(iv)** al dar por probados los hechos atinentes a la circunstancia de agravación, incorporados tardíamente al debate, los juzgadores incurrieron en varios errores de hecho, en las modalidades ya indicadas; y **(v)** estos **yerros son trascendentes**, porque al proceder a su corrección se concluye que los hechos atinentes a la indefensión o inferioridad de las víctimas, así como a la intención de los procesados de aprovecharse de la misma, no se demostró más allá de duda razonable.

Por tanto, **se casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en el sentido de suprimir la referida circunstancia de agravación y de realizar el respectivo ajuste punitivo».**

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## Inicio

### **7. DELITO CONTINUADO - NO SE CONFIGURA**

#### **PECULADO POR APROPIACIÓN - COAUTORÍA MEDIATA**

En la sentencia, a través de la cual se casó parcialmente el fallo impugnado, la Sala efectuó un estudio detallado sobre el *delito continuado*, que la llevó a determinar que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, al aplicar dicha figura jurídica y sus efectos punitivos en el caso específico. Ello, porque no

concurrió en el comportamiento de *Peculado por Apropiación* atribuido a los acusados, la multiplicidad de actos homogéneos cumplidos de forma fragmentada, sino una acción ejecutiva, en la que no se identificó el *dolo global*. Adicionalmente, se refirió al concepto de *coautoría mediata*, modalidad que encontró estructurada en cabeza de funcionarios encargados tramitar solicitudes de pensión de vejez -que utilizaron al jefe de la oficina como instrumento-, los cuales adicionalmente obraron en conjunto con particulares *intervinientes*, en procura de obtener el reconocimiento ilícito de las prestaciones.



**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DELITOS ESPECIALES - Autoría mediata:** el intraneus puede actuar como autor mediato respecto de un extraneus o de otro intraneus || **DELITOS ESPECIALES - Autoría mediata:** el extraneus no puede ser autor mediato de un injusto especial || **COAUTORÍA MEDIATA** - No hay impedimento para fusionar la coautoría y la autoría mediata || **COAUTORÍA MEDIATA - Concepto** || **COAUTORÍA MEDIATA** - En la jurisprudencia penal internacional || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos** || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos:** objetivos, requiere un plan común criminal ideado o concertado por una pluralidad de sujetos || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos:** objetivos, requiere que la repartición de las tareas o roles esenciales para su ejecución pueda ser llevada a cabo de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos:** subjetivo, implica la conciencia de la ilicitud y del carácter esencial de la contribución

«Ahora bien, **el intraneus, por su lado, puede actuar como autor mediato -respecto de un extraneus o de otro intraneus-**, lo que significa que teniendo el dominio del hecho, en tanto hombre de atrás, no realiza el comportamiento delictivo por sí mismo, sino que se vale de otro sujeto que en hipótesis de coacción, error, uso de inimputables o aparato organizado de poder, ejecuta el delito especial.

**El extraneus, por su lado, no puede ser autor mediato de un injusto especial**, porque adolece del elemento personalísimo del tipo, que, en el caso de los funcionarios públicos, está atado a un deber de fidelidad, como expresión del contenido antijurídico social-ético del hecho.

**Dicho autor mediato, a su vez, puede actuar en concurso de personas, o sea, en coautoría mediata, si es que, varios sujetos, con dominio funcional del hecho, realizan la conducta punible a través de uno o múltiples individuos que se utilizan como instrumento(s).**

La doctrina sostiene que **no existe impedimento para fusionar la coautoría y la autoría mediata**, ya que si un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan conjuntamente para cometer el hecho, o varios sujetos acordados (y tan sólo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coautoría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento.

De este modo, **lo importante es auscultar la presencia de un “instrumento” utilizado, sin perjuicio del número de personas que se encuentren “atrás”.**

La doctrina le ha otorgado un tratamiento restrictivo a la **coautoría**, no obstante, se ha evolucionado hacia una conceptualización más amplia y comprensiva, extendiendo su fórmula convencional a otra de las formas de autoría: la **mediata**, consiguiendo así una **combinación especial** que aborda nuevos retos, de cara a la variación y multiplicidad de expresiones del crimen.

Sobre el particular, si bien **la fusión entre la coautoría y la autoría mediata ha adquirido auge a nivel del sistema penal internacional** - casos Katanga y Ngudjolo de la C.P.I.-, **nada obsta para extender tal figura a casos en los que participa un número plural de personas que instrumentalizan a otro(s) bajo un plan criminal previo**, de modo que podría sostenerse que *“constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, consistente en aplicarse conjuntamente la figura de la coautoría (codominio del hecho) y de la autoría mediata”*.

[...] En cuanto a los **ingredientes objetivos de la coautoría mediata** se requiere un **plan común criminal ideado o concertado por una pluralidad de sujetos** y que la **repartición de las tareas o roles esenciales** para su ejecución pueda ser llevada a cabo, en parte, de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin. Como **componente subjetivo** es necesario que los agentes que fungen como coautores mediatos tengan **conciencia de la ilicitud y del carácter esencial de su contribución**.

Así las cosas, **no es imposible fundir en una sola categoría dogmática a la coautoría y la autoría mediata**, en la medida que, si, varios sujetos, con unidad de designio criminal, se



aprestan a usar a otro para que ejecute materialmente la acción desvalorada, estarán en una hipótesis de coautoría mediata».

**PECULADO POR APROPIACIÓN - Coautoría mediata** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Coautoría mediata:** de los funcionarios presustanciadores de trámites pensionales del Instituto de los Seguros Sociales || **DELITOS ESPECIALES - Interviniente:** lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de un autor intraneus en la comisión de la conducta y el aporte del particular extraneus || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Interviniente:** la imputación procede cuando incluye a un servidor público que actúa en contubernio con una o más personas que no tengan esa calidad || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura:** mediante el reconocimiento ilícito de pensiones y el pago de los correspondientes retroactivos || **COAUTORÍA MEDIATA - Se configura** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Interviniente** || **INTERVINIENTE - En delitos especiales o de sujeto activo calificado:** responde como coautor cuando se acreditan los elementos de esa figura jurídica || **ERROR DE TIPO - Invencible:** se configura || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Error de tipo** || **CONCURSO APARENTE - No se configura** || **CONCURSO MATERIAL - Se configura** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Puede concursar con el delito de fraude procesal** || **CONEXIDAD - Ideológica:** de delito medio a fin, entre fraude procesal y peculado por apropiación || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - No se configura**

«De acuerdo con la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, se tiene que, **un grupo de funcionarios del Instituto de Seguros Sociales**, entre ellos, HFLM, MSG y SLRR -que no fueron juzgados en esta causa- **se asociaron para defraudar las arcas de esa entidad, para lo cual instrumentalizaron al jefe del Departamento de Atención al Pensionado**, a efecto de que, a partir de historias laborales falsas, previamente confeccionadas por ellos, este suscribiera las resoluciones de reconocimiento y pago de múltiples pensiones de vejez en favor de usuarios que no reunían los requisitos de ley para acceder a esa prestación, quienes por sí mismos o a través de abogados, con conocimiento y voluntad sobre la ilicitud, suministraron a los citados oficinistas los documentos que irían a soportar, junto con las referidas historias fraudulentas, las peticiones prestacionales.

**Operó, entonces, entre los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales y los particulares, un concurso de personas para iniciar el trámite fraudulento de reconocimiento de pensión de vejez**, con base en el cual desplegaron un actuar torticero en el que los primeros avalaron la realidad de las historias laborales previamente falsificadas y los segundos aportaron el insumo documental para la conformación de los expedientes de solicitud respectivos.

Mientras tanto, **el gerente de la institución no tenía conocimiento de la actividad criminal, por lo que, bajo el sometimiento a un error invencible de tipo**, propiciado por sus subalternos, **derivado de la presustanciación irregular del trámite pensional**, que concretamente consistió en la ratificación de la veracidad de unas historias laborales que no coincidían con las asentadas en la base de datos oficial, **autorizó el reconocimiento de las pensiones y el pago de los correspondientes retroactivos, bajo una apariencia de buen derecho.**

En ese sentido, se tiene que, **los funcionarios oficinistas actuaron en coautoría mediata y los particulares a modo de intervinientes en el punible.**

Ciertamente, es evidente que cada uno de los particulares se puso de acuerdo con los funcionarios operativos para iniciar la fase ejecutiva del delito, la que se complementó con las labores tramposas de presustanciación de los trámites pensionales por parte de estos, y se consumó con la suscripción de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones deprecadas, en cabeza del jefe de atención al pensionado de la institución, el cual estaba amparado en la presunta realidad material de la información inserta en la documentación puesta a su consideración.

La responsabilidad de los funcionarios del nivel intermedio surge del hecho del acuerdo de voluntades entre ellos para defraudar al Instituto de Seguros Sociales, actividad que, básicamente, consistió en hacer pasar como auténticas unas historias laborales que reflejaban una realidad diversa, en términos de semanas cotizadas, cambios de salarios y patronales, a la que verdaderamente reportaban los solicitantes, actividad en la que soslayaron, desde las facultades propias de sus cargos, los requisitos exigidos para el reconocimiento de las

prestaciones económicas, creando la ficción de legalidad en el trámite; aportes indispensables para la apropiación de los dineros, toda vez que sin la cooperación de cada uno de ellos no se hubiese podido perpetrar el delito, toda vez que los empleados del Instituto garantizaron que las solicitudes ilícitas de pensión avanzaran en el proceso interno de la entidad, lo cual se produjo en la fase ejecutiva del punible

**Debido a la división del trabajo** descrita anteriormente, **cada uno de los oficinistas tuvo el dominio objetivo y positivo del hecho**, pues se entrelazaron en una relación de co-dependencia causal en la estructuración del ardid que permitiría consolidar una situación de error, que finalmente sería trasladada a quien iría a fungir como su instrumento, o sea, al jefe de atención al pensionado de la entidad, con la facultad legal para ser utilizado en el perfeccionamiento del injusto.

Recuérdese, en este punto, que TJRM no sabía del ilícito planeado ni actuó con arreglo a la finalidad criminal de los defraudadores, pues estaba convencido de que su actuar era conforme a derecho, debido a que los empleados vinculados se encargaron de crear una estratagema para que él no se enterara de que en realidad los solicitantes no cumplían con los requisitos legales para acceder a la pretensión.

[...] Así, pues, **lo anterior se condensa en una manifestación de la coautoría mediata, toda vez que el gerente, con el estatus institucional descrito en el tipo penal, fue usado como herramienta criminal en función del designio delictivo de los empleados de la entidad**, los cuales se apoyaron para cumplir su propósito en las acciones ilegales de los usuarios y abogados, quienes a sabiendas de que ningún derecho les asistía en la reclamación realizada, acudieron a pedirlo.

No sobra señalar que, en este caso, tanto el “instrumento”, quien, como se anotó atrás, no responde penalmente por haber ejecutado la acción desvalorada en un supuesto de error, como los **coautores mediatos -esto es, los funcionarios presustanciadores-** compartían la **cualificación exigida por el delito perpetrado para el autor, de tal suerte que, al ser todos servidores públicos no existe dificultad dogmática para la adecuación típica de los agentes**. Recuérdese, en este punto, que, **para que se concrete el supuesto de la autoría mediata en un delito especial** como el de

peculado por apropiación, **se requiere que tanto el autor mediato -que aquí es de carácter plural- como el sujeto instrumentalizado tengan la misma cualidad exigida por el tipo**.

**Se configuró**, por ende, **una coautoría mediata entre los presuntanciadores**, pues el jefe de atención al pensionado fue utilizado por los ellos -no por los particulares- quienes lograron imponer su voluntad delictiva sobre la de él, imprimiéndole al trámite una apariencia de legalidad, aspecto que dicho funcionario desconocía por completo y que los exime de responsabilidad, en tanto confió en que los filtros realizados por sus subordinados estaban arropados por la verificación fiel de la documentación aportada por los usuarios y la registrada en las bases de datos de la entidad.

Mientras tanto, **los particulares cumplieron el rol de intervinientes**, pues, no teniendo la cualidad de servidores públicos exigida en el tipo penal de peculado, prestaron su concurso para iniciar los irregulares trámites administrativos de reconocimiento de la pensión de vejez, aportando, para el efecto, la documentación que, junto con las historias laborales falsas adosadas a las carpetas en la entidad, sería el soporte de las decisiones ilegales.

[...] En ese sentido, el ilícito perpetrado por los condenados es el de peculado por apropiación y no, un delito contra el patrimonio económico -que ni siquiera fue identificado por el abogado de la pareja MA-, tanto porque no se encuentra vigente la tesis doctrinal en el sentido de que el particular extraneus podría responder por el tipo penal simple correlativo al de carácter especial -o sea, sin la cualificación jurídica -para el caso, el hurto-, como debido a que, como enseguida se precisará, el comportamiento juzgado no se subsume en el reato de fraude procesal.

En realidad, se tiene que, **contrario a lo argumentado por el demandante, se está ante unos delitos conexos; el fraude procesal y el peculado por apropiación** -el primero prescrito-, que no pueden ser considerados una unidad, sino como entes autónomos, **que concurren de forma material y no aparente**.

En este evento, dichas conductas, aunque **tienen una relación de medio a fin**, son independientes, de manera que, **a modo de conexidad ideológica, el primero se ejecutó para posibilitar la ejecución del otro**, es decir,

se agotó el primero para seguidamente consumir el segundo.

Y es que, los dos tipos penales en comento son básicos, comportan descripciones legales completamente autónomas y, no se inscriben en el mismo bien jurídico protegido.

En efecto, la sanción del delito de fraude procesal ampara la eficaz y recta impartición de justicia, y su concurrencia con el peculado supone la vulneración de otro interés normativamente protegido, la administración pública, por manera que la falta de identidad en el objeto de protección de la norma penal impide que el concurso material deducido, se resuelva como un caso de colisión de normas penales, pues manifiestan un contenido de injusto propio que atiende, en cambio, un supuesto de **concurso ideal**, bajo el entendido que la inducción en error a un servidor público a través de medios fraudulentos, de ninguna manera constituye un juicio desvalorativo, tendiente a la exclusión del tipo penal que sanciona la apropiación en provecho propio o ajeno de los bienes estatales.

De lo anterior, se sigue que, **pueden concurrir ambos delitos**, máxime cuando, tratándose del fraude procesal, contrario a lo sostenido por el demandante, no es que los funcionarios se hubieran engañado a sí mismos, sino que lo hicieron respecto de su jefe -Director del Departamento de Atención al Pensionado- al avalar de manera conscientemente dolosa las historias laborales falsas de los usuarios aquí procesados, quienes, de igual manera, cohonestaron con esa actividad criminal.

[...] Así las cosas, es palmario que **no se incurrió en la violación directa de la ley sustancial por derivar la condición de intervinientes a los procesados en el delito de peculado por apropiación**».

**JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** componente subjetivo, plan preconcebido por el autor, incluye el aprovechamiento de similares oportunidades para la comisión del ilícito || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** presupuestos accesorios, conexión temporal, realización fraccionada y preconcebida de actos parciales ilícitos que se integran en un injusto total conglobante || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** presupuestos accesorios, conexión temporal, intervalos admisibles entre acción y

acción u omisión no puede tener carácter indefinido

«Ahora, en pasada ocasión, frente a supuestos fácticos similares a los que esta vez ocupan la atención de la Sala, esta Corporación dio un alcance restringido al primero de los requisitos enunciados, esto es, al de la unidad de designio, al señalar que *“si bien se está ante una pluralidad [de] ilícitos, [y] hay identidad tanto en relación con el sujeto pasivo como respecto de los ilícitos, no se consolida la unidad de designio, pues lo que se observa es que en la medida que se daba la oportunidad para cometer las distintas infracciones se procedía a ello.”* (CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233).

Con esa postura, la Corte no solo incurrió en la imprecisión de señalar que, en el delito de peculado por apropiación concurrió una pluralidad de ilicitudes, siendo que, como se verá adelante, se trató de un solo delito con una fase de agotamiento extendida de forma periódica, sino que descalificó la posibilidad que tiene el agente de aprovechar los escenarios propicios para la comisión delictiva en los delitos continuados.

En esa misma línea argumentativa también expresó en la decisión anotada que *“la oportunidad en que se ejecutaron las distintas conductas punibles contribuye a desvirtuar la unidad de designio, puesto que los hechos objeto de juzgamiento se cometieron entre los años 2000 y 2005 por distintos empleados, a través de diferentes modalidades y sin ningún patrón cronológico como viene de recordarse y lo reflejan los hechos.”*

Al respecto, es necesario aclarar que, si bien **el supuesto al que aludió la Corte** en la sentencia que se viene referenciando, relativo a que sería imposible adecuar el aprovechamiento de las oportunidades como uno de los elementos estereotípicos del delito continuado, no es determinante para la solución del caso en estudio, **debe ser moderado para prohijar la tesis contraria, en aras de delimitar los alcances del presupuesto subjetivo de dicha figura.**

En verdad, aun cuando la jurisprudencia nacional no ha sido prolija en reconocer la eventualidad del delito continuado en aquellos casos en que, el **plan preconcebido por el autor está enderezado a servirse de las oportunidades** que le permitan ejecutar el



desvalor de acción de manera fraccionada, como si lo ha hecho el Tribunal Supremo Español, a partir de la cláusula legal (artículo 74 del Código Penal de ese país) que permite «*el aprovechamiento de idénticas ocasiones*», pues, en general, la Sala de Casación Penal ha considerado que **la unidad de propósito, representativo del dolo unitario del delito continuado**, proviene de la identificación de distintos episodios fragmentarios que reflejan un solo acto, **sí ha catalogado** tímidamente **como ejemplo claro de la unidad de ejecución**, en sentido amplio, **el empleo por el agente de una ocasión idéntica que se reitera en el tiempo**, sin atención a un límite temporal apodicticamente cercano (CSJ SP467 19 feb. 2020, radicación 55368 ).

Y es que, dicha expresión criminal corresponde a una de las modalidades más representativas de este tipo de infracción penal y se inscribe en **la realización fraccionada -como forma ejecutiva-, y preconcebida de actos parciales ilícitos que se integran en un injusto total conglobante**.

De manera que, si el agente de seguros, por ejemplo, aprovechando la confianza que le tienen sus clientes y la compañía para la que trabaja, se propone hurtar, mes a mes o cada que le sea posible, el valor de la tarifa pagada directamente a él por algunos de ellos, por el lapso de un par de años, no habrá robado, al finalizar dicho período, a la compañía aseguradora, cada una de esas fracciones sino el valor total, aunque cada sustracción tiene su propio dolo y cariz consumativo que se suma a la siguiente, dado el efecto progresivo del delito continuado.

Ahora, si el distanciamiento con la idea de un **delito continuado** proviene, en la providencia mencionada (CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233), de la realización de los actos ejecutivos, según la oportunidad emerja, o de su comisión en diferentes momentos de varios años, habrá de insistirse en que, el componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor que se identifica por la finalidad, puede contemplar la posibilidad de actuar solamente cuando le sea conveniente, a efectos de garantizar el éxito de su ilícito y, como se señaló atrás, el elemento temporal no constituye un sustrato fundamental de este ente punitivo, pues, lo esencial, es desentrañar el sentido creativo y teleológico del plan y atenerse a ello.

En realidad, no es posible ligar el dolo unitario a una meticulosa periodicidad o regularidad de las acciones fragmentarias, en pro del propósito delictivo, ya que el agente puede incluir en su plan criminal el factor temporal del desarrollo, es decir, preordenar el *modus operandi* de tal forma que no exista una estricta sujeción a una secuencia cronológica de cada acción, lo cual, no comporta una falta de dolo global, dado que lo relevante es la presencia de varias acciones, todas ellas entrelazadas por la finalidad criminal del autor, misma que debe verse reflejada en cada una de ellas, sin importar que se cometan de forma irregular en un marco temporal.

En ese orden de ideas, **distinto a lo que expresó la Corte en la decisión reseñada** -(CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233)-, es claro que, **en adelante, habrá de entenderse que, el aprovechamiento de similares oportunidades para la comisión del ilícito, es perfectamente viable, siempre que dicha faceta fraccionada de actos seriados haya sido preconcebida por el sujeto activo, guarde homogeneidad modal y no se prolongue de manera indefinida en el tiempo**».

**DELITO CONTINUADO - No se configura || PECULADO POR APROPIACIÓN - Consumación y agotamiento:** en pensión irregular, las mesadas o incrementos mensuales no constituyen nuevo delito || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** componente subjetivo, dolo unitario, no se configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura || **CASACIÓN - Efectos del fallo:** extensivo a los no recurrentes

«Descendiendo al caso examinado, se tiene que, el libelista alega que, en el caso concreto, el Tribunal concluyó que se configuraba el **delito continuado**, pese a “*no concurrir el elemento fundamental como es que se trate de varios actos, en este caso se atribuye un solo acto, de una conducta que el autor ha decidido fraccionar para su ejecución teniendo un designio único*”.

Al respecto, si bien esa premisa exhibe cierta oscuridad dogmática, en la medida que, pretendiendo desconocer la existencia de un delito continuado terminó admitiéndolo al aseverar que, el autor, conforme a un plan preconcebido, optó por ejecutar de manera fraccionada su injusto, lo cierto es que **le asiste razón al demandante en que, en el caso**



**concreto, no existió pluralidad de actos, sino uno solo, lo cual descarta, de entrada, la posibilidad de adecuar la conducta a la citada modalidad, consagrada en el artículo 31 del Código Penal.**

En efecto, en el delito de cada uno de los procesados, **no concurre la multiplicidad de actos, de homogeneidad similar, cumplidos de forma fragmentada, en una unidad ontológica-normativa**, sino, se insiste, **se trata de una sola acción ejecutiva realizada por los usuarios y abogados, por una parte, y los funcionarios presustanciadores de la entidad, por otra**, para ser materializada, a través de la autoría mediata de aquellos, por el jefe de la unidad de atención al pensionado, quien hizo el reconocimiento de las **pensiones de vejez, cuyo pago, mes a mes, corresponde al agotamiento del punible**, en el cual no medió ninguna acción posterior de los procesados o los funcionarios involucrados.

Aunque el plan criminal, en punto del delito de peculado por apropiación, pudo abarcar la reclamación ilegal y fraudulenta de las pensiones de vejez y, el cobro de cada una de las mesada pensionales, lo cierto es que **los pagos posteriores al primer desembolso únicamente corresponden a los efectos acumulativos de la infracción.**

En esa medida, **tampoco se advierte que el dolo de los sujetos activos de la infracción permaneciere vigente respecto de múltiples ilicitudes sucesivas y, en cambio, únicamente se evidencia en la presentación de las irregulares solicitudes pensionales por parte de los intervinientes**, que dio lugar al consecuente trámite ilegal por parte de los presustanciadores, a la emisión de las resoluciones de reconocimiento, vía de error, de las pensiones de vejez, por parte del jefe de la unidad de atención al pensionado y al posterior pago de las mismas, en actos segmentados.

Repárese, además que, **no es posible predicar homogeneidad o uniformidad entre la acción**

**principal peculadora** consistente en la producción de las resoluciones de reconocimiento pensional -cuyo fundamento lo fueron los actos fraudulentos realizados por los servidores públicos e intervinientes en cada caso-, por una parte, **y las transferencias bancarias mediante las cuales se producían los desembolsos** de dinero a los procesados, por otra, como tampoco existe analogía con el *modus operandi* que según la Fiscalía desarrollaron algunos de los procesados -la pareja MA- para conseguir que, tras la suspensión en el pago de las mesadas, éstas les volvieran a ser canceladas, consistente en la interposición de acciones de tutela.

Así mismo, es evidente que **no se cumple con el factor objetivo temporal del delito continuado**; no, porque los peculados originados en los diversos actos administrativos se hicieran a lo largo de un quinquenio, ni debido a que el pago de las mesadas acaeciera por algo más de dos años, sino **porque no es posible aceptar que pudiera figurarse un dolo global en los autores que permitiera estructurar la comisión de un único delito, en acciones fraccionadas, para ser desarrolladas por un tiempo indefinido.**

En suma, por lo dicho, **es de recibo el reparo formulado por la defensa de RMM y SAL y los procesados LETL y JJRC en el sentido de que se incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del inciso final del artículo 31 del Código Penal**, habida cuenta que **no se podía deducir la modalidad de delito continuado respecto del peculado por apropiación por el que fueron condenados**, razón por la que, **se casará parcialmente la sentencia impugnada y se redosificarán las penas correspondientes, decisión que se hace extensiva al resto de los condenados no recurrentes».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

---

Inicio

**8. DOBLE CONFORMIDAD -  
IMPUGNACIÓN ESPECIAL:  
*El desistimiento es viable una vez  
ejercitada, siempre que no haya sido  
resuelta***

la Sala mayoritaria decidió aceptar el *desistimiento* de la *impugnación especial*, presentado por el sentenciado, en su condición de condenado por primera vez en segunda instancia, para cuyo efecto realizó importantes precisiones sobre las características de esta figura jurídica, que permite desarrollar la garantía constitucional de *doble conformidad*. En tal sentido, explicó que, por tratarse de un derecho subjetivo, admite que quien lo ejercita desista de su trámite, siempre que no se hubiere resuelto. Igualmente recordó que posee naturaleza *rogada* y *no oficiosa*.

**AP1578-2020 (56717) del 22/07/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SENTENCIA - Condenatoria:** principio de doble conformidad || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** concepto || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye un derecho subjetivo || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye una facultad, no es un imperativo || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** el sancionado dentro de su autonomía podrá decidir si acude o no a tal mecanismo || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** desistimiento, es viable una vez ejercitada, siempre que no haya sido resuelta || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** diferente al grado jurisdiccional de consulta || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se encuentra regida por el principio de limitación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** aplica el principio de non reformatio in pejus || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** por ser un derecho subjetivo no es un recurso oficioso || **DOBLE CONFORMIDAD -**

**Impugnación especial:** tiene carácter rogado, no oficioso

«El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria previsto en el artículo 235 de la Constitución Política, se concreta en que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo establecido en la ley.

Se trata de un **derecho subjetivo**, que corresponde a una **facultad**, es decir, el sancionado dentro de su autonomía podrá decidir si acude o no a tal mecanismo, pues **no se trata de un imperativo** y, entonces, también **podrá desistir una vez ejercitado, siempre que no haya sido resuelto**.

Desde luego, **esta impugnación es diferente del grado jurisdiccional de consulta**, en el cual, sin importar la voluntad del afectado con la sentencia, automáticamente otra autoridad judicial procede a revisarla sin someterse al principio de limitación.

Piénsese, por ejemplo, en un primer fallo de condena que analiza con acierto las pruebas y aplica de manera atinada las normas sustantivas y procesales pertinentes, de modo que el condenado se encuentra conforme, o inclusive, en aquellos casos en los cuales el sancionado advierte que un análisis más detallado de los medios probatorios haría más gravosa su situación y por ello no es de su interés provocar una segunda revisión de su primera sentencia condenatoria.

Aún más, si la **doble conformidad** o revisión del primer fallo de condena fuera obligatoria e imperativa, no operarían, como ocurre en la consulta, **los principios de non reformatio in pejus y de limitación**, caso en el cual, con el pretexto de salvaguardar los derechos constitucionales del sentenciado, podría hacerse más gravosa su situación, razón adicional para concluir que **la impugnación de la primera sentencia condenatoria corresponde a una facultad y, por tanto, tiene carácter rogado, no oficioso**».

**RECURSOS - Desistimiento:** acto libre y voluntario de los sujetos procesales || **RECURSOS - Desistimiento:** debe ser expresado por quien tiene capacidad de disposición del acto adjetivo sobre el cual recae la manifestación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** desistimiento, es viable una vez ejercitada, siempre que no haya sido resuelta || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** desistimiento, aceptación por parte de la Sala

«Una vez efectuadas las anteriores precisiones se tiene, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 179F del estatuto procesal penal, adicionado por el artículo 97 de la Ley 1395 de

2010, según el cual, “Podrá desistirse de los recursos antes de que el funcionario judicial los decida”, que si el desistimiento **es un acto libre y voluntario** de los sujetos procesales, expresado por quien **tiene capacidad de disposición del acto adjetivo** sobre el cual recae la manifestación, en este asunto **quien desiste de la impugnación especial es el mismo sujeto procesal que la promovió, razón por la cual debe aceptarse, pues la Sala aún no la ha resuelto**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

## Inicio

### 9. DOBLE CONFORMIDAD - IMPUGNACIÓN ESPECIAL

*Reglas de acceso al recurso, el término para impugnar las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, vence el viernes 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde*

#### DOBLE CONFORMIDAD - IMPUGNACIÓN ESPECIAL

*Es aplicable a todos los aforados constitucionales condenados en única instancia por la Sala de Casación Penal entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, conforme al precedente establecido en la sentencia SU-146 de 2020*

#### DOBLE CONFORMIDAD - IMPUGNACIÓN ESPECIAL

*La Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a todas las personas sin fuero constitucional, condenadas por primera vez desde el 30 de enero de 2014, por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia o en el marco del recurso extraordinario de casación*

#### DOBLE CONFORMIDAD - IMPUGNACIÓN ESPECIAL

*La Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar*

Al analizar la interposición de la *impugnación especial* por parte del procesado, respecto de la sentencia condenatoria emitida en un proceso de *única instancia* en el mes de octubre de 2014, la Corporación decidió conceder el citado medio de inconformidad, como desarrollo de la garantía de la *doble conformidad judicial*, en aplicación del precedente judicial contenido en la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, decisión cuyos efectos consideró extensivos no sólo a esta persona sino a todos los aforados constitucionales condenados por la Sala de Casación Penal entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, en observancia del *derecho a la igualdad*. Del mismo modo, dispuso extender los efectos de la referida determinación, a todas las personas *sin fuero constitucional*, condenadas por primera vez desde el 30 de enero de 2014, por la Corte Suprema de Justicia, tanto en *segunda instancia* como en el marco del *recurso*

*extraordinario de casación. También se incluyeron los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar. En la providencia se especifica que el término para ejercer esta facultad vence el viernes 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde, y además se precisan las reglas del recurso y su trámite.*

**AP2118-2020 (34017) del 03/09/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia C-792 de 2014 || DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia C-792 de 2014:** se emitió con efectos diferidos hasta el 24 de abril de 2016, sin que el legislador regulara el tema || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** evento en que la Sala no la concedió conforme al estado de la jurisprudencia del momento || **SENTENCIA - Condenatoria:** impugnación según la sentencia C-792 de 2014, precisión hecha por la sentencia SU-215 de 2016 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** sentencia C-792 de 2014, carácter exhortativo, efectos erga omnes y hacia el futuro a partir del 24 de abril de 2016 || **DOBLE CONFORMIDAD – Aplicación:** evolución de la jurisprudencia constitucional || **DOBLE CONFORMIDAD – Aplicación:** evolución de la jurisprudencia penal || **DOBLE CONFORMIDAD – Aplicación:** normativa constitucional

«En la sentencia C 792 del 29 de octubre de 2014, la Corte Constitucional concluyó que la Ley 906 de 2004 no consagraba la posibilidad de recurrir, mediante un recurso eficiente e idóneo, la primera sentencia condenatoria dictada en el proceso por los Tribunales Superiores al resolver el recurso de apelación contra una absolución de primera instancia.

Para cubrir ese déficit de protección, **la Corte Constitucional decidió diferir los efectos de ese fallo de constitucionalidad y exhortó al Congreso de la República** para que en el término

de un año, contado a partir de la notificación por edicto del fallo,

*“regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.”*

**Ese plazo venció el 24 de abril de 2016 y el legislador no ordenó el tema.**

Así las cosas, el 8 de junio siguiente, EAHD impugnó la sentencia condenatoria dictada en su contra el 28 de octubre de 2014, un día antes de la expedición de la sentencia C 792 de 2014. **La Sala de Casación Penal no le concedió el recurso, de conformidad con el estado de la jurisprudencia en dicho momento.**

Ante la falta de normas legales que instituyeran y reglamentaran el ejercicio del derecho a la doble conformidad, que sólo vino a remediarse parcialmente con la expedición del **Acto Legislativo 01 de 2018**, la Corte Constitucional, por vía de la acción de tutela, moduló el alcance de la garantía, así:

En la **sentencia SU 215 de 2016** se examinó el caso de dos procesados absueltos en las instancias y condenados por primera vez por la Corte Suprema de Justicia el 11 de marzo de 2015, como resultado del recurso de casación en un caso tramitado bajo las reglas de la Ley 600 de 2000.

Allí la Corte Constitucional, tras recordar que en la sentencia C 998 de 2004 avaló, en el marco de la Ley 600 de 2000, la competencia de la Sala de Casación Penal para proferir condenas luego de absolución en las instancias, sin lesionar ello el derecho a impugnar la primera condena porque, en todo caso, procedían las acciones de revisión y de tutela, se abstuvo de amparar el derecho reclamado por los demandantes.

*“A la pregunta de si en su caso la condena en casación, tras dos instancias absolutorias, vulnera el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, en concordancia con el derecho a acceder a la justicia (CP. Arts. 29, 31 y 229) –expresó la Corte Constitucional–, la respuesta debe ser negativa. La sentencia C 998 de 2004 ya resolvió con efectos de cosa juzgada constitucional que la ausencia de un mecanismo –homólogo a la apelación– para impugnar la sentencia*



*condenatoria dictada por primera vez en casación, en el marco de la Ley 600 de 2000, no desconoce ese derecho”.*

Concluyó en esa sentencia, igualmente, que al caso sometido a su examen no podían extenderse los efectos de la **sentencia C-792 de 2014**. Estos sólo irradiaban a las primeras condenas dictadas en segunda instancia (desde luego en los Tribunales Superiores) y en procesos gobernados por la Ley 906 de 2004.

Agregó esa Corte que **el exhorto hecho en la sentencia de constitucionalidad al legislador venció el 24 de abril de 2016**, luego de proferirse en el caso de la tutela la primera condena en casación y, acerca del alcance de tal fallo, precisó:

*“Hay en este proceso una discusión en torno a la delimitación de los efectos de la sentencia C-792 de 2014, en al menos tres aspectos: (i) los efectos de esa providencia de constitucionalidad en el tiempo; (ii) las sentencias contra las cuales procedería la impugnación, una vez vencido el plazo del exhorto; y (iii) el marco legal de los procesos penales que se vería impactado por la decisión.*

*“La Corte Constitucional, debe pronunciarse sobre estos puntos, en lo que resulte pertinente y necesario para resolver el presente caso.*

*“Si bien la omisión legislativa se detectó en el momento mismo de la decisión, en virtud del diferimiento la inconstitucionalidad de dicha omisión solo puede predicarse a partir del advenimiento del plazo del exhorto allí definido, y con efectos hacia el futuro.*

[...]”¶

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** precisión efectuada en la sentencia SU-217 de 2019 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** precisión efectuada en la sentencia SU-373 de 2019 || **ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018 - Doble conformidad:** es un derecho de aplicación inmediata || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia constitucional || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** normativa constitucional || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, evento en que ante la negativa de su concesión,

se incurrió en violación directa de la Constitución (sentencia SU-373 de 2019)

«En la sentencia **SU-217 de 2019**, la Corte Constitucional tuteló el **derecho a la doble conformidad** en un caso en el que la primera condena la dictó un Tribunal Superior el 28 de junio de 2016, en un proceso tramitado por los ritos de la Ley 600 de 2000. Aquí ese Tribunal cambió la opinión consignada en la sentencia **SU 215 de 2016**. Contrario al alcance que se fijó en tal fallo a la sentencia **C-792 de 2104**, como la propia Corte Constitucional lo reconoció en la sentencia **SU 146-20**, se decidió en la **SU-217** que *“la orden impartida en la providencia C-792 de 2014 sí debía extenderse a todos los procesos en los que se aplica la garantía de impugnación”*.

[...] Posteriormente, en la **sentencia SU 373 de 2019**, protegió el derecho de un ex congresista condenado en única instancia el 31 de mayo de 2018, después de haberse expedido el **Acto Legislativo 01** de dicho año, por el cual se crearon al interior de la Sala de Casación Penal las Salas Especializadas de investigación y juzgamiento de primera instancia, y se constitucionalizó el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria.

Se reconoció en esa sentencia que la Sala de Casación Penal tenía competencia para dictar sentencia de única instancia en ese proceso, al no haberse constituido cuando lo hizo la nueva Sala de primera instancia. Y se concluyó que **la Corte Suprema de Justicia, al negarle la posibilidad de impugnar esa primera condena al acusado, violó directamente la Constitución Política**. Específicamente su artículo 235-7, en el cual consagró el poder legislativo el derecho a impugnar, ante tres magistrados de la Sala de Casación Penal que no hayan dictado la decisión, la primera sentencia de condena expedida por la Corte en casación o en segunda instancia.»

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia SU-146 de 2020 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, dictadas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, legitimidad e intangibilidad (sentencia SU-146 de 2020) ||

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:**

sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, evento en que ante la negativa de su concesión, se incurrió en violación directa de la Constitución (sentencia SU-146 de 2020) ||

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:**

sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, dictadas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, el estándar de protección resulta exigible desde el 30 de enero de 2014, reconocimiento amplio (sentencia SU-146 de 2020) || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:**

sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, dictadas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, aplicación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam (sentencia SU-146 de 2020) || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:**

sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, precisión efectuada en la sentencia C-934 de 2006, bloque de constitucionalidad (sentencia SU-146 de 2020) || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia C-792 de 2014:** estándar de protección, bloque de constitucionalidad || **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD - Aplicación || DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:**

evolución de la jurisprudencia constitucional || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** normativa constitucional

«Por último, en la sentencia **SU 146 de 2020**, la Corte Constitucional le tuteló al ex ministro AFAL el derecho a impugnar la sentencia condenatoria que la Corte Suprema de Justicia dictó en su contra, en un proceso de única instancia, el 16 de julio de 2014. Desde luego antes de la reforma constitucional de 2018 y de la expedición de la sentencia C 792 del 29 de octubre de 2014.

Se sintetizan a continuación las principales conclusiones de ese fallo:

**a.** Las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, **son intangibles y legítimas**, al haberse expedido bajo el procedimiento constitucional y legal vigente en el momento en que se profirieron, avalado

expresamente por la propia Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad.

**b.** Para la Corte Constitucional, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, al negarle al demandante la posibilidad de impugnar ante un superior funcional la sentencia condenatoria dictada en única instancia, **violó directamente** los artículos 29, 85, y 93 de la **Constitución Política**, y los artículos 14.5 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque, encontrándose acreditados los requisitos para amparar el derecho fundamental, omitió su eficacia directa.

**c.** El estándar de protección del derecho a impugnar la sentencia condenatoria contra aforados constitucionales condenados en procesos de única instancia, anteriores por supuesto al Acto Legislativo 01 de 2108, **resulta exigible** para el Tribunal constitucional **desde el 30 de enero de 2014**. En esta fecha la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, dictaminó que esa nación le violó al demandante, ex ministro de ese país condenado en única instancia por la Corte Suprema de Surinam, el derecho a impugnar ante un superior funcional la primera condena dictada en su contra.

Las razones de la fijación de ese parámetro se sintetizan a continuación:

- La última decisión de control abstracto de constitucionalidad sobre el sistema de investigación y juzgamiento de aforados constitucionales en única instancia, anterior a la sentencia C 792 de 2014, fue la sentencia C 934 de 2006. Y se refleja en esta que los artículos 8.2.h. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *“integraron el parámetro del juicio de constitucionalidad para comprender el derecho previsto en el artículo 29 de la Carta”*.

- Con independencia de la conclusión de la Corte Constitucional en esa sentencia de 2006, ella muestra que en la materia tratada *“era un imperativo acudir, por virtud del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, a los citados artículos de la Convención y del Pacto. Esto no es, en consecuencia, algo que solo ocurrió con la sentencia C-792 de 2014 o con el Acto Legislativo 01 de 2018”*.

- Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de noviembre de 2009 (caso Barreto Leiva vs. Venezuela) y del 30 de enero de 2014 (caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam), “determinaron la comprensión del derecho previsto en el artículo 8.2.h. de la Convención, respecto del juzgamiento de aforados constitucionales”. Y “funcionaron” esos fallos, “como una herramienta de interpretación para establecer la lectura de un derecho convencional”.

- Con posterioridad a 2006, entonces, “se decantó en el escenario internacional, entre los años 2007 y 2014, el alcance del derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria respecto de aforados constitucionales”. Este estándar se reflejó en el ordenamiento constitucional colombiano en la sentencia C-792 de 2014 y el Acto Legislativo 01 de 2018. En estas condiciones, se preguntó la Corte Constitucional “¿qué sucede con los casos decididos con el estándar inicial entre, por un lado, el momento en el que la comprensión más garante del derecho se había consolidado en el derecho internacional de derechos humanos pero, por el otro lado, dicha comprensión aún no había tenido recepción en el ordenamiento interno?, esto es, ¿qué sucede con un caso fallado el 16 de julio de 2014 bajo una comprensión restrictiva del derecho a la impugnación, si para esa fecha el estándar internacional se había modificado, pero aún no había sido acogido a través de ninguna vía –jurisprudencial o normativa– por el ordenamiento constitucional?”.

- El “entendimiento” del derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria a través de un mecanismo amplio e integral es un estándar que ya no se discute. Se incorporó por virtud del bloque de constitucionalidad a través de la sentencia C-792 de 2014, con la cual “se actualizó la lectura de la Constitución a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y, además, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. La expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, por su parte, “constituyó un avance importante en el desarrollo de la faceta objetiva del derecho fundamental a la impugnación para aforados constitucionales, dado que, institucionalmente, ajustó el diseño de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para su satisfacción”.

- Bajo las precisiones anteriores –adujo la Corte Constitucional– una perspectiva que solo tenga en cuenta la cosa juzgada y la seguridad jurídica

“llevaría a considerar que todas las condenas penales proferidas antes de que el ordenamiento interno actualizara su lectura, son intocables”. Una posición que anula la garantía procesal de la doble conformidad, “su naturaleza y la extensión de sus efectos en el tiempo, sacrificio que es injustificado en el orden constitucional”.

- ¿Qué sucede, entonces, con los casos que se definieron en única instancia antes de que el ordenamiento interno actualizara la lectura de la garantía?, se preguntó la Corte constitucional. La respuesta a tal interrogante depende –dijo ese Tribunal– de la valoración de los siguientes aspectos: “(i) del momento en el que se profirió la sentencia condenatoria, con miras a determinar si para la fecha ya existía un estándar internacional configurado en el sentido en el que ahora se reclama por el accionante; (ii) del tipo de garantía de que se trata, esto es, un derecho subjetivo de aplicación inmediata que encuentra en el escenario del juicio penal su espacio de protección; y, (iii) de la permanencia en el tiempo de las consecuencias que emanan de la aplicación de un estándar que no se ajusta –ahora– a la interpretación correcta del derecho al debido proceso”.

- Para la Corte Constitucional, sobre el primer elemento, **la sentencia del 30 de enero de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam)** “es definitiva para afirmar que en dicho sistema regional existe una verdadera posición de derecho que se adscribe al artículo 8.2.h. de la Convención, según la cual se exige un mecanismo amplio e integral como garantía del bien fundamental a impugnar la sentencia condenatoria en materia penal”. La misma se emitió antes de que la Corte Suprema de Justicia condenara al ex ministro AL el 16 de julio de 2014 y se emitió respecto de una persona que, en circunstancias “similares” a las del demandante en tutela, “fue juzgado por la máxima instancia de su país sin derecho a impugnar su fallo condenatorio”.

- Para el 30 de enero de 2014, lo dijo sin reserva o duda la Corte Constitucional, “existía certeza en el sistema convencional que, en garantía del derecho previsto en el artículo 8.2.h., los aforados constitucionales, juzgados por las máximas instancias de sus países, tenían derecho a que otro juez valorara amplia e integralmente su fallo”. La expedición de la **sentencia de la Corte Interamericana en el caso Liakat Ali Alibux**, por lo tanto, “constituye un referente



*imprescindible*”. Primero por el papel fundamental que ha jugado para esclarecer el alcance del derecho a impugnar de los aforados constitucionales. Segundo porque contiene un pronunciamiento expreso sobre el caso de un funcionario juzgado en única instancia en un país también vinculado a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Tercero porque los pronunciamientos de la corte Interamericana, incluida esa sentencia, han sido relevantes en la interpretación del artículo 29 de la Constitución Nacional. Por último, por la relevancia de esa sentencia, emitida por el intérprete auténtico de la Convención Americana, en ejercicio de una competencia contenciosa aceptada por Colombia.

• El **reconocimiento del nuevo estándar “de la manera más amplia posible”**, en fin, lo fundó la Corte Constitucional en la sentencia de la Corte Interamericana del 30 de enero de 2014. Consideró oportuno señalar, por último, como apoyo para sostener la configuración del requisito de oportunidad asociado a la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, que las consecuencias de la sentencia penal contra el actor se encuentran vigentes pues *“está cumpliendo actualmente la pena de privación del derecho a la libertad”*. Y más allá de *“los momentos”* en que la Sala de Casación Penal le ha negado el derecho a la impugnación, su pretensión se ha mantenido activa en razón de los efectos de la sentencia.»

**JURISPRUDENCIA - Precedente:** relación con las fuentes del derecho || **JUEZ** - Está sometido al imperio de la ley || **JURISPRUDENCIA - Elemento auxiliar** || **EQUIDAD - Criterio auxiliar** || **PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO - Criterio auxiliar** || **LEY - Validez y legitimidad:** depende de su coherencia interna y el respeto de los fundamentos, valores y principios del Estado democrático || **LEY - Interpretación:** conforme a los principios y valores constitucionales || **LEY - Interpretación:** adjudicación de justicia en derecho, ponderación de principios || **SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos:** generales o erga omnes, respecto de las interpretativas e integradoras || **SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos:** generales o erga omnes, respecto de las exhortativas, aplicación hacia el futuro || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** sentencia C-792 de 2014, carácter exhortativo,

efectos erga omnes y hacia el futuro a partir del 24 de abril de 2016 || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia constitucional || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia penal || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** normativa constitucional

«El **precedente judicial** es un tema que tiene que ver con las **fuentes del derecho**. De acuerdo con la teoría formal en esa materia, el **juez está sometido al imperio de la ley**. La **jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho son criterios auxiliares** de la actividad judicial (artículo 230 de la Constitución Política). No obstante, **la ley en un Estado Constitucional solo es válida y legítima en la medida que, además de su coherencia interna, respete los fundamentos, valores y principios del Estado democrático**. La **ley**, entonces, es un objeto de **interpretación** conforme a principios y valores del Estado Constitucional, lo cual implica que su aplicación no es un simple proceso de subsunción, sino la **adjudicación de justicia en derecho**, dentro de la necesaria **ponderación de principios** aplicables al conflicto que la ley busca resolver.

En principio, dentro de ese marco de reflexión, sobre el cual no hay desde luego unanimidad en los conceptos ni en las conclusiones, las **sentencias de constitucionalidad que profiere la Corte Constitucional tienen efectos generales o erga omnes**. Así ocurre con las que se pronuncian sobre la inconstitucionalidad de una ley, con las **interpretativas o las integradoras**. En estas la Corte Constitucional modula la interpretación de la ley para establecer su sentido, conforme a los fundamentos del Estado y a los principios y valores constitucionales.

Las **sentencias exhortativas**, por su parte, como la C-792 de 2014, son resultado del examen de situaciones aún constitucionales en las que se hace un llamado al legislador para que en un tiempo determinado subsane el vacío normativo, con la consecuencia de que si no lo hace, se aplica hacia futuro el mandato constitucional que regula el derecho.

Claramente, entonces, **los efectos de la sentencia C 792 de 2014 son vinculantes con efectos erga omnes y hacia el futuro, a partir del 24 de abril de 2016**, fecha en la cual se venció el término del **exhorto** al Congreso de la República para que regulara el derecho a



impugnar las primeras sentencias condenatorias.

Se recuerda que así lo comprendió y lo dijo la Corte Constitucional en esa sentencia de constitucionalidad y lo reafirmó luego en la sentencia SU-215 de 2016, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con los principios generales referidos al efecto de las normas procesales en el tiempo, y de conformidad con el principio de favorabilidad aplicable en esta materia, la parte resolutoria de la sentencia C-792 de 2014 no comprende la posibilidad de impugnar las sentencias dictadas en procesos ya terminados para ese momento. Únicamente opera respecto de las sentencias que para entonces aún estuvieran en el término de ejecutoria, o de las que se expidan después de esa fecha.”*

**JURISPRUDENCIA - Precedente:** cuando se trata de control concreto de constitucionalidad, efectos || **SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos:** cuando se trata de control concreto de constitucionalidad, son inter partes || **SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos:** cuando se trata de control concreto de constitucionalidad, excepcionalmente pueden ser inter comunis, extendiéndose explícitamente a terceros || **SENTENCIAS DE TUTELA - Efectos:** por regla general son inter partes || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia C-792 de 2014:** se emitió con efectos diferidos hasta el 24 de abril de 2016, sin que el legislador regulara el tema || **DOBLE CONFORMIDAD - Acto Legislativo 01 de 2018 || DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye una garantía fundamental no sólo de los aforados constitucionales sino de toda persona condenada penalmente

«El problema del precedente judicial en casos de control concreto de constitucionalidad es diferente. En principio sus efectos son inter partes (artículo 36 del Decreto 2191 de 1991). Solo excepcionalmente pueden tener efectos inter comunis, evento en el cual se extienden explícitamente a terceros que no habiendo sido parte en la actuación, guardan circunstancias comunes con los peticionarios de la acción.

Eso significa, por tanto, que salvo esas situaciones excepcionales, las sentencias de tutela, diferente a las de constitucionalidad

abstracta con efectos erga omnes, tienen por regla general efectos inter partes.

[...] Salvo la sentencia C-792 de 2014, que tiene efectos erga omnes, las decisiones de tutela en las que se trata el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (asociadas a fallos anteriores al Acto Legislativo 01 de 2018), tienen tantas variables como soluciones, dependiendo de las situaciones juzgadas en cada caso. De allí que no haya una teoría uniforme ni una solución única acerca del derecho de impugnación de la primera sentencia condenatoria, al tratarse de providencias que de acuerdo a la casuística trazan bocetos con mutaciones imprevisibles que conducen a soluciones problemáticas.

Lo único claro, atendiendo los términos de la **sentencia C-792 de 2014**, es que **los efectos de la inconstitucionalidad diferida allí decretada se iniciaron el 24 de abril de 2016**, un año después de su notificación por edicto.

Igualmente que por virtud del **Acto Legislativo 01 de 2018**, se garantizó a partir de una nueva estructura procesal la impugnación de la primera sentencia condenatoria dictada en segunda instancia por la Sala de Casación Penal en procesos contra aforados constitucionales (artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 1 de 2018).»

**Desde el nivel constitucional**, eso también es indiscutible, **hoy cuentan todos los demás ciudadanos con el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria proferida por los Tribunales Superiores al resolver el recurso de apelación y por la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse en casación o segunda instancia (artículo 3 numeral 7 del mismo Acto Legislativo).**»

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala de Casación Penal dio cumplimiento a la sentencia C-792 de 2014, con los efectos fijados por la Corte Constitucional y reiterados en sentencia SU-215 de 2016 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala de Casación Penal dio cumplimiento a la sentencia C-792 de 2014, extendiendo sus efectos de oficio a casos similares || **LEY PENAL - Retroactividad:** únicamente aplica a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a las que establecen los tribunales y determinan el procedimiento (Ley 153 de 1887) || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** sentencias condenatorias en procesos de única instancia

contra aforados constitucionales, dictadas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, aplicación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam* (sentencia SU-146 de 2020) || **CONFORMIDAD - Impugnación especial:** sentencias condenatorias en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, dictadas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, la Corte Constitucional cambió su jurisprudencia y otorgó efectos retroactivos a la garantía || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la sentencia de tutela SU-146 de 2020, con efectos inter partes, suprimió los límites de protección de la garantía, establecidos en sentencia de constitucionalidad || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia constitucional || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia penal || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** normativa constitucional

«La Corte Suprema de Justicia, eso es bueno decirlo y dejarlo claro, **ha obrado de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional.** Nunca al margen de sus elaboraciones.

**Le dio cumplimiento a cabalidad a la sentencia C-792 de 2014**, de acuerdo con los efectos futuros que el propio tribunal constitucional fijó en el fallo y los reiteró rotundamente en la sentencia **SU-215 del 28 de abril de 2016**, en la cual también decidió, en un caso tramitado por la Ley 600 de 2000 en el que la primera condena se dictó en casación, que la impugnación no procedía en casos adelantados bajo las reglas de ese Código de Procedimiento Penal, ratificándose también la constitucionalidad de los procesos de única instancia contra aforados.

Se obedeció igualmente, **extendiéndose inclusive sus efectos de oficio a casos similares** (como siempre se ha hecho frente a los demás fallos de tutela sobre el tema), la **sentencia SU-217 del 21 de mayo de 2019**, en la cual la Corte Constitucional recogió la opinión ampliamente argumentada en la **sentencia SU-215** dictada casi tres años antes y decidió que el derecho a la impugnación también procedía en actuaciones adelantadas bajo los ritos de la Ley 600 de 2000.

Imposible no advertir de la inestabilidad y debilitamiento de la autoridad de la justicia penal que esos vaivenes de la jurisprudencia

constitucional causan. En especial por su fuerte impacto en sentencias dictadas por el máximo tribunal y órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, con sometimiento pleno al derecho interno de la manera como lo comprendía la jurisprudencia constitucional cuando las mismas se expidieron.

El mandato de los efectos futuros de la **sentencia de constitucionalidad C-792 de 2014**, los cuales empezaban a producirse —y se produjeron— si el Congreso no regulaba a través de una ley la garantía procesal de la doble conformidad judicial en el siguiente año contado desde el día de la ejecutoria de la providencia —y no lo hizo—, ordenaba adecuadamente la introducción del nuevo medio de impugnación al proceso penal. Fundamentalmente porque resultaba acorde con la tradición jurídica nacional, proveniente sin duda de las reglas sabias y centenarias de la **ley 153 de 1887**, según las cuales **la retroactividad en materia penal únicamente aplica “a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento”** (art. 43), las cuales rigen desde su vigencia y hacia el futuro.

[...] El apoyo esencial sobre el cual se construyó la **sentencia de tutela SU-146 del 21 de mayo de 2020**, fue la “*comprensión*” que sobre la garantía de doble conformidad judicial permitió a la Corte Constitucional la **sentencia expedida el 30 de enero de 2014 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam** —ya mencionada por la Corte Constitucional en la sentencia **C-792 de 2014**—, la cual, en palabras de esa Corte, “*constituye un referente imprescindible*” y “*es definitiva para afirmar que en dicho sistema regional existe una verdadera posición de derecho que se adscribe al artículo 8.2.h. de la Convención, según la cual se exige un mecanismo amplio e integral como garantía del bien fundamental a impugnar la sentencia condenatoria en materia penal*”.

A través de la sentencia **SU-146 de 2020**, además, la Corte Constitucional cambió su jurisprudencia y otorgó por primera vez efectos retroactivos a la garantía de doble conformidad, incorporada al derecho interno con efectos hacia el futuro, se repite, a través de la sentencia de constitucionalidad C-792 de 2014. Simple y llanamente porque en la misma (**SU-146/20**) **se decidió la procedencia del recurso de**

**impugnación contra las sentencias condenatorias dictadas en única instancia en procesos fallados a partir del 30 de enero de 2014**, cuando la Corte Interamericana se pronunció en el caso **Liakat Ali Alibux vs. Surinam**, y no desde el 24 de abril de 2016, cuando venció el exhorto hecho al Congreso en la sentencia C-792 de 2014 para que legislara sobre el tema.

**Un fallo de tutela con efectos inter partes (SU-146/20)**, en fin, **suprimió los límites temporales de protección de la garantía procesal de doble conformidad que se establecieron en una sentencia de constitucionalidad con efecto erga omnes (C-792/2014).**»

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** aplicación del precedente establecido en la sentencia SU-146 de 2020, atendiendo el derecho a la igualdad || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** es aplicable a todos los ciudadanos condenados en única instancia por la Sala de Casación Penal después del 30 de enero de 2014, conforme a la interpretación de la sentencia SU-146 de 2020 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** es aplicable a todos los aforados constitucionales condenados en única instancia por la Sala de Casación Penal entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, conforme al precedente establecido en la sentencia SU-146 de 2020 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** es aplicable a todos los aforados constitucionales condenados en única instancia por la Sala de Casación Penal entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, así los ex funcionarios no se encuentren privados de la libertad || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** es aplicable a todos los aforados constitucionales condenados en única instancia por la Sala de Casación Penal entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, así los ex funcionarios no hubieran recurrido en ningún tiempo la condena o acudido a instancias internacionales || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a todas las personas sin fuero constitucional, condenadas por primera vez desde el 30 de enero de 2014, por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia o en el marco del recurso extraordinario de casación

**|| DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia penal

«Más allá de las controversias jurídicas que lo precedente suscita, que seguramente también surgirán frente a materias no penales respecto de las cuales se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia no va a problematizar la posibilidad de **aplicar el precedente** que se estableció en el caso AL, **a todos los ciudadanos condenados en única instancia por la Sala de Casación Penal después del 30 de enero de 2014**, cuando se expidió la sentencia en el caso **Liakat Ali Alibux vs. Surinam**. **Así se cumple el imperativo constitucional de brindar la misma protección y trato a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias** (Art. 13 de la C.P.).

Si una interpretación diferente que restrinja el ámbito de aplicación del derecho a la impugnación es contraria a la Constitución, según lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU-146 de 2020, impedirle a las personas en situación similar a la del ex ministro AL el acceso al recurso que se le habilitó, constituiría un flagrante y odioso atentado contra el **derecho fundamental a la igualdad**, un valor fundante y principal de la democracia.

[...] **La Corte Suprema de Justicia, tras un examen en detalle del precedente que en esta providencia se aplicará al ex congresista EAHD, concluye que el mismo, sin ninguna excepción, aplica a todos los aforados constitucionales condenados entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018**, el día anterior de cuando empezó a regir el Acto Legislativo 01 de 2018.

**Así esos ex funcionarios no se encuentren privados de la libertad**, como el doctor AL, las condenas en su contra están produciendo efectos ciertos, como los asociados al ejercicio de derechos políticos, funciones públicas y contratación con el Estado.

Adicionalmente, **así esas personas no hayan recurrido en ningún tiempo la condena o reclamado el derecho ante instancias internacionales**, como sí lo hizo el ex ministro AL, están de todas formas habilitadas para ejercer el derecho. Mal estaría exigirles, como requisito para impugnar, que hubieran desarrollado unas acciones de tipo procesal que



no contemplaba la Constitución, la ley o la jurisprudencia.

Bajo los mismos razonamientos anotados, **con un fuerte acento en el derecho a la igualdad**, cuya aplicación franca y sin condiciones discriminatorias desvanece la idea de favorecimiento judicial a alguien en particular o a una parte privilegiada de ciudadanos, **la Sala extenderá los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional a todas las personas sin fuero constitucional que resultaron condenadas desde el 30 de enero de 2014 por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia o en el marco del recurso extraordinario de casación.»**

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar, reglas aplicables || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar, reglas aplicables, debieron haber interpuesto el recurso de casación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar, reglas aplicables, debieron haber interpuesto el recurso de casación y que les hubiera sido inadmitido || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte

Constitucional, a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar, reglas aplicables, si la Corte admitió la demanda y en la sentencia se pronunció de fondo, no cabe nueva impugnación || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia penal

«Igualmente **se extenderán los efectos de ese fallo de la Corte Constitucional a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados, por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar, bajo las siguientes reglas:**

**a) Debieron haber interpuesto el recurso de casación**, que era el medio de impugnación en ese momento disponible para discutir sobre el trámite procesal, las garantías procesales y los aspectos probatorios y jurídicos de la condena.

La no interposición por parte del procesado del recurso de casación, en ese momento el medio de impugnación dispuesto por la ley contra la primera condena dictada en segunda instancia, traduce conformidad con la decisión y, en esos casos, es improcedente la impugnación aquí autorizada.

**b) Si se interpuso el recurso extraordinario de casación y la Sala de Casación Penal lo inadmitió**, claramente se deduce en esa hipótesis el ejercicio del derecho a impugnar la primera condena y la imposibilidad de acceso a una segunda opinión judicial respecto de la responsabilidad penal, por defectos técnicos de la demanda. La persona condenada en segunda instancia por el Tribunal, en ese caso, tiene derecho a la impugnación con fundamento en la sentencia SU-146 de 2020.

**c) Si la Corte Suprema de Justicia admitió la demanda de casación presentada contra la primera sentencia condenatoria del Tribunal y se pronunció de fondo** en la sentencia de casación, quedó satisfecha la doble conformidad judicial y **no cabe una nueva impugnación.»**

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, conforme a los alcances otorgados por la Sala de Casación Penal al precedente jurisprudencial consagrado en la sentencia SU146-2020 || **DOBLE**



**CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, todas las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, se encuentran en firme, y el ejercicio de la garantía no reactiva la contabilización del término de prescripción || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, todas las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, se encuentran en firme, y el ejercicio de la garantía no implica la libertad de quien se encuentra privado de ella || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** contra las primeras condenas que hicieron tránsito a cosa juzgada, es diferente a la acción de revisión || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, todas las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, se encuentran en firme, pero la impugnación debe interponerse dentro de cierto tiempo y siguiendo la lógica en que se discute en las instancias || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** evolución de la jurisprudencia penal

«Ahora bien, especificados los alcances que la Sala de Casación Penal otorgará al precedente jurisprudencial consagrado en la sentencia SU-146/2020, a los cuales en ningún momento hizo referencia la Corte Constitucional pero que surgen forzosos de la aplicación del principio democrático de igualdad, ante la falta de un dictado jurisprudencial o de una norma legal que regule el fenómeno en su integridad, la Corte fijará las reglas de acceso al recurso de impugnación, con sujeción a las cuales las personas con derecho a él deben actuar.

[...] La Sala estima necesario, en primer lugar, recordar que **todas la sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-146 de 2020 –contra aforados constitucionales y no aforados– se encuentran en firme**, como en ese fallo se definió. En consecuencia, **si se recurren, no se reactiva la contabilización del término de prescripción de la acción penal. Y tampoco**, como consecuencia de impugnar, **se produce la libertad de quien se encuentra privado de ella.**

Claramente, entonces, **el recurso de impugnación** habilitado por la jurisprudencia constitucional **contra primeras condenas que hicieron tránsito a cosa juzgada, no se**

**asemeja a una acción de revisión.** Esta, además de poderse intentar en cualquier tiempo, es extraprocesal. No está prevista, por tanto, para debatir el trámite procesal y los fundamentos de la sentencia, como se hace en las instancias procesales, sino que procede sólo y exclusivamente tras la acreditación de las causales legales que la permiten. **La impugnación** aquí estudiada, por el contrario, así proceda contra sentencias ejecutoriadas (una paradoja procesal que debe asumirse en función de cubrir el déficit del derecho a la doble conformidad declarado en la sentencia SU-146/2020), **es un recurso del proceso, debe interponerse dentro de cierto término y sustentarse siguiendo la lógica de como se discute en las instancias**, en el marco de los recursos ordinarios de reposición y apelación.»

**PRINCIPIO DE IGUALDAD - Proceso penal:** debe ser garantizado a través del debido proceso || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye un derecho subjetivo, disponible solo a favor del procesado y su defensor || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, todas las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, se encuentran en firme, pero la impugnación debe interponerse dentro de cierto tiempo y siguiendo la lógica en que se discute en las instancias || **DOBLE CONFORMIDAD - Debido proceso || DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, el término para impugnar las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, es de seis (6) meses, contados a partir del 21 de mayo de 2020 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, el término para impugnar las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, vence el viernes 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, el término para impugnar las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, vence el viernes 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde, si no se impugna en ese tiempo, se entiende que el ciudadano condenado declina el ejercicio del derecho || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye una potestad y no una consulta || **DOBLE CONFORMIDAD -**

**Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, la solicitud deberá presentarse como lo establece el artículo 235-7 de la Constitución || **DOBLE CONFORMIDAD – Aplicación:** evolución jurisprudencia penal

«Es sabido que **el proceso penal** es un escenario de realización de derechos fundamentales, en el marco de principios y reglas preexistentes al acto que se imputa. **El debido proceso, entonces, debe garantizar y realizar el principio de igualdad.**

En esa medida, en atención a que el **debido proceso** es un derecho fundamental de configuración normativa, resulta obligatorio para la Sala definir **hasta cuándo es viable interponer el recurso de impugnación contra las condenas que se dictaron, desde el 30 de enero de 2014, en única instancia y las demás primeras condenas a las que se han extendido en esta providencia los efectos de la sentencia SU-146 de 2020.** Se trata, el recurso, **de un derecho subjetivo disponible en este caso solo a favor del procesado y/o su defensor**, cuya interposición –como es natural y obvio— debe estar sometida a un término.

Es claro para la Corte Suprema de Justicia que, a partir de la ejecutoria de la sentencia SU-146 de 2020, la misma generó efectos vinculantes no solamente para el demandante en el caso de tutela donde se dictó, sino igual para todos aquellos en similares circunstancias.

Ahora, ante el vacío normativo evidenciado, la Sala de Casación Penal regulará el trámite mínimo y necesario que le permita a los destinatarios de esta decisión el ejercicio del derecho a la impugnación.

Para ello, en primer lugar, se fijará el límite temporal para la interposición de la impugnación. Se tendrá en cuenta, para hacerlo, que desde el 21 de mayo de 2020, cuando se expidió la sentencia SU-146 de 2020, e inclusive desde antes, cuando a través de un comunicado de prensa se anunció esa decisión, se generó para todas las personas condenadas con la opinión de un solo juez desde el 30 de enero de 2014, que no han contado con la garantía de doble conformidad, una expectativa razonable de ejercicio de ese derecho. Ya varios condenados, de hecho, con fuero constitucional y sin él, le han solicitado a la Corte Suprema de Justicia la concesión de la impugnación. Como el ex

congresista EAHD, cuyo pedido suscita este pronunciamiento.

Para la Sala, a partir de la claridad anterior, **el término judicial de 6 meses para impugnar, contados a partir del 21 de mayo de 2020, cuando se profirió la sentencia SU-146 de 2020** y se materializó la posibilidad de ejercicio del derecho a recurrir la primera condena, muy superior al de 5 días previsto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal de 2004 para casos en los que la ley no establece plazo, **se considera amplio y suficiente para el ejercicio de la facultad de recurrir.**

**Si no se impugna dentro de ese término, que vence el viernes 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde, se entiende que el ciudadano condenado declina el ejercicio del derecho. Es condición de ese ejercicio, al tratarse la impugnación de una potestad y no de una consulta, presentar la solicitud de doble conformidad judicial, como lo establece el artículo 235-7 de la Constitución Nacional.»**

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, la impugnación deberá interponerse ante la Secretaría de la Sala de Casación Penal, dirigiendo la solicitud a los correos electrónicos que en razón de la pandemia por el Covid 19 se encuentran disponibles || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, corresponde a la Sala de Casación Penal decidir sobre su concesión || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, si se concede, se ordenará en el mismo auto sortear el asunto entre los magistrados que no hicieron parte de la Sala que dictó la sentencia impugnada || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, trámite, traslados al impugnante y a los no recurrentes || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** contra la decisión que la resuelve no procede ningún recurso

«La impugnación deberá interponerse ante la Secretaría de la Sala de Casación Penal, dirigiendo la solicitud a los correos electrónicos que en razón de la pandemia por el COVID 19 se encuentran disponibles desde marzo pasado. Y será la Sala de Casación Penal, como se hizo en el caso del ex ministro AL y aquí se repetirá, la que decida sobre la concesión de la impugnación. Si la otorga, se ordenará en el mismo auto sortear

el asunto entre los magistrados que no hicieron parte de la Sala que dictó la sentencia impugnada. Al que le corresponda, una vez conformada la Sala de Decisión con los dos magistrados que sigan en orden alfabético (art. 235-7 de la C.P.), ordenará que se surtan los traslados al impugnante, para sustentar como es debido, y a los no recurrentes, para la integración del contradictorio, por los plazos previstos para el recurso de apelación en la ley de procedimiento penal por la cual se haya adelantado el proceso, tal y como lo definió la Sala en el auto del 3 de abril de 2019, radicado 54215.

Superado ese trámite, el expediente ingresará al despacho del magistrado ponente para la elaboración de proyecto y, tras ello, se dictará el fallo de rigor. Contra la sentencia que resuelve la impugnación no procede ningún recurso.»

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala concede el recurso interpuesto  
|| **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala declara que la sentencia condenatoria, proferida dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, conserva el carácter de cosa juzgada || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** reglas de acceso al recurso, trámite, el Magistrado ponente dictará la decisión pertinente, indicándole al impugnante la fecha a partir de la cual empezará a correr el término para sustentar, conforme al previsto en la Ley 600 de 2000 para la apelación

«En el caso concreto, como ya se avanzó, dado que el ex congresista EAHD fue condenado en única instancia el 28 de octubre de 2014, después de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, **se le concederá el recurso de impugnación que interpuso su defensor** contra la misma.

**Se declarará que esa sentencia conserva el carácter de cosa juzgada y se ordenará sortear el asunto entre los miembros de la Corte que no hayan integrado la Sala que dictó la condena.** El magistrado al que le corresponda, una vez conformada la Sala de Decisión a que se refiere el artículo 235-7 de la Constitución Política, dictará la decisión pertinente, indicándole al impugnante la fecha a partir de la cual empieza a correr el término para sustentar la impugnación, que será el previsto en la Ley 600 de 2000 para el trámite del recurso de apelación.

Vencido ese plazo correrá el consagrado para no recurrentes.»

**DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Alcance:** para la difusión de providencia || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** ordena a la Secretaría de la Sala la amplia difusión de la providencia AP2118-2020 || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** ordena a la Relatoría de la Sala la amplia difusión de la providencia AP2118-2020 || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** ordena a la Oficina de Prensa de la Corte Suprema de Justicia la amplia difusión de la providencia AP2118-2020 || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** dispone remitir copia de la providencia AP2118-2020, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, Ministro de Justicia, Ministro de Hacienda y a la Presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, para que se adelanten las gestiones orientadas a superar el exceso de trabajo asociado al cumplimiento de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional

«Dos determinaciones finales son necesarias.

La primera, asociada a la plena observancia del **principio de acceso a la justicia**, es un **mandato de amplia difusión de esta providencia**, dirigido a la **Secretaría de la Sala de Casación Penal**, a la **Relatoría de la Sala de Casación Penal** y a la **Oficina de Prensa de la Corte**, con la finalidad obvia de que los ciudadanos condenados a los que se aplique, se enteren que cuentan con la oportunidad de impugnar sus condenas hasta el 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde.

La segunda tiene que ver con el impacto, ahora mismo difícil de calcular, que la medida aquí adoptada tendrá en la carga laboral de la Sala de Casación Penal. Crecerá la congestión, no hay duda. En esa medida, conforme lo ha previsto la Corte Constitucional desde las sentencias SU-217 y SU-373 de 2019, y lo reiteró en el punto 7 de la parte resolutive de la sentencia SU-146 de 2020, el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura, con la participación de la Corte Suprema de Justicia y en el marco del principio de colaboración armónica, deberán disponer *“lo necesario para adelantar el diagnóstico y proveer los recursos necesarios para garantizar la buena marcha de la administración de justicia”*. El



cálculo de los recursos necesarios debe empezar a hacerse de inmediato, de cara a su urgente provisión, y para el efecto se considera pertinente **remitir copia de esta decisión a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministro(a) de Justicia, al Ministro de Hacienda y a la Presidenta del Consejo Superior de la Judicatura.** A la última funcionaria, a través de la Presidencia de la Sala de Casación Penal, se le pedirá ponerse a cargo de la situación, presentarla en la Sala Plena de la

Corporación que preside y llevar a cabo o liderar las gestiones indispensables para superar el exceso de trabajo asociado al cumplimiento de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional.»

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

**Nota: La publicación y amplia difusión de la providencia AP2118-2020, se efectúa en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4° de la parte resolutive de la referida decisión.**

## Inicio

### **10. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - NO SE CONFIGURA:**

***Cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o decisión administrativa o judicial***

Aplicando el parámetro de justicia material, la Sala revocó la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal, para restablecer la absolutoria de primera instancia, frente a la acusación por el delito de *Ejercicio Arbitrario de la Custodia de Hijo Menor de Edad*. Para llegar a esta determinación, efectuó un estudio dogmático del citado tipo penal, explicando que el comportamiento no se configura cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o decisión administrativa o judicial. Finalmente, al examinar la prueba practicada en el juicio oral, concluyó que se presentaba *duda razonable* sobre la *tipicidad* de la conducta atribuida a la procesada, la cual se resuelve a su favor, teniendo en cuenta que no se acreditó la concurrencia del referido *elemento normativo*.

**SP1670-2020 (53969) 24/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Configuración || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Delito de conducta alternativa || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** verbos rectores, arrebatado, sustraer, retener u ocultar || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** sujeto activo calificado, padre que ejerce la patria potestad || **PATRIA POTESTAD - Concepto || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, concepto || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** objeto material, es personal, lo constituye el hijo menor de dieciocho años || **Menor - Concepto || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Menor:** concepto || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** sujeto pasivo calificado, lo es el padre o persona que tiene derecho a la custodia y cuidado personal del hijo menor de edad || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** custodia y cuidado personal, concepto || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, es diferente a la custodia y cuidado personal

«El tipo penal, sanciona con prisión de uno a tres años y multa de uno a dieciséis salarios mínimos legales mensuales vigentes, al “padre que arrebató, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal”.



El delito es de **conducta alternativa: arrebatar, sustraer, retener u ocultar**. Para su ejecución, basta la realización de cualquiera de los **verbos rectores** que la describen.

**Exige sujeto activo calificado:** solo quien tiene la calidad de padre y ejerce la patria potestad, puede privar al otro de la custodia y cuidado personal.

De acuerdo con la ley civil, la **patria potestad** “es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.”, se suspende o termina en los casos previstos por la ley, y es independiente a la existencia de un vínculo matrimonial o de unión libre, pues la patria potestad se consagra en interés superior del hijo.

Y, el **objeto material** sobre el cual recae la acción **es personal**, en este caso, el hijo menor de dieciocho años.

El Código Penal en la denominación o descripción de algunos tipos penales utiliza el término menor de edad o menor, pero no señala a quién se tiene por tal. En otros, y también como circunstancia de agravación punitiva, alude al menor de doce años, menor de catorce y menor de 18.

**Por menor, para efectos de la configuración típica, se entiende al “menor de edad, o simplemente menor” que no ha cumplido los dieciocho años**, conforme se deduce del artículo 34 del Código Civil, en concordancia con la Ley 27 de 1977, que fija la mayoría de edad. En la Convención sobre los derechos del niño, incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 12 de 1991, en su artículo primero “*entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

**El sujeto pasivo de la conducta es también calificado;** lo es el padre que tiene derecho a la custodia y cuidado personal del hijo menor de edad.

La custodia impone a los padres el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos; mientras las obligaciones de cuidado pueden extenderse “*a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales*”.

Ahora, **el padre que ejerce la patria potestad sobre el hijo o hijos no siempre posee la custodia y el cuidado personal**. Esta, puede estar en radicada en el otro progenitor, o, incluso, puede ser asignada a una persona distinta de éstos, por inhabilidad física o moral de ambos padres, u otorgada provisionalmente por el Comisario de Familia en los casos de violencia intrafamiliar o por el Defensor de familia al aprobar la conciliación sobre quien la asume».

#### **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Configuración:**

se requiere que el padre tenga la custodia y cuidado personal del hijo menor || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:**

cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o decisión administrativa o judicial || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento subjetivo:**

la finalidad es la de privar al otro del derecho a la custodia y cuidado personal || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Bien jurídico**

**pluriofensivo:** la familia y los derechos de los niños a tenerla y no ser separados de ella || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Tipo subjetivo:**

es una conducta dolosa || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Tipo subjetivo:**

no admite la modalidad culposa

«De manera que, **para que se estructure el tipo penal en comento se requiere que el padre tenga la custodia y cuidado personal del hijo menor**, bien porque la misma se ejerza en

conjunción con el otro progenitor, ora, porque se materialice por uno de ellos en solitario. Entendiendo estos conceptos **-custodia y cuidado personal-** como el rol de protección,

crianza, educación, conducción, formación en valores, orientación, disciplina y corrección que el padre brinda al hijo en el diario vivir.

Por lo tanto, **no existe el delito en cuestión, cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, bien porque haya renunciado a ella en favor del otro, o no la posea en virtud de decisión administrativa o judicial.**

**La finalidad de la conducta o elemento subjetivo es la de privar al otro del derecho a la custodia y cuidado personal.** Privar, en sentido naturalístico es *“despojar a alguien de algo que poseía”*. Y se priva de un derecho a quien lo tiene y lo ejerce.

Basta privar del derecho al otro padre, para que se considere ejecutada la conducta, al prescribir el tipo penal que *“por ese solo hecho”*, se incurre en ella.

Por lo demás, **el bien jurídico objeto de tutela es pluriofensivo. Además de la familia, como núcleo esencial de la sociedad, está integrado también por los derechos de los niños a tener una familia** y no ser separados de ella, como sujetos de especial protección.

Finalmente, **es una conducta esencialmente dolosa que no admite la modalidad culposa**.

**EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre impide u obstaculiza el régimen de visitas || **DERECHO PENAL - Principio de intervención mínima:** aplicación || **DERECHO PENAL - Última ratio**

**«[...] el padre que impide u obstaculiza el régimen de visitas,** que es distinto a la custodia y el cuidado personal, fijado por convenio o regulado por el juez de familia a falta de acuerdo entre los padres, **no incurre en el tipo penal descrito en el artículo 230A del Estatuto Punitivo.**

La Corte Constitucional al resolver sobre la exequibilidad del citado tipo penal, invocando la libertad de configuración del legislador en materia penal, frente a la acusación del demandante para quien la conducta descrita en el artículo 230 A del Código Penal, al no involucrar el actuar de la persona que impide u obstaculiza el régimen de las visitas del padre al hijo menor, desconoce el principio de igualdad y los derechos de los niños a tener una familia y no ser separada de ella, señaló que dicho régimen -visitas- no está comprendido en la figura delictiva, sin desconocer que tal conducta resulta dañina para el niño y la familia.

[...] La Corte acorde con la jurisprudencia y doctrina actuales que reclaman la **intervención mínima del derecho penal** en la solución de los conflictos individuales y sociales, propugnan porque no todo comportamiento sea criminalizado y abogan por instrumentos que

produzcan el menor daño posible a las personas en su resolución, considera que aquél como última ratio en una sociedad democrática y en un estado social de derecho, no pune la violación de régimen de visitas de los padres frente a sus hijos.

En consonancia con lo expuesto por la Sala, la Corte Constitucional en la sentencia que viene citándose, destacó:

*“Ante tal evidencia, dado que la criminalización de la conducta es la última ratio, la existencia de un medio de control menos gravoso y de alta eficacia, como es la acción de tutela, el pretender proteger este derecho «régimen de visitas» por medio del derecho penal no responde al principio de necesidad, que es uno de los límites al amplio margen de configuración del legislador”.*

A partir de las consideraciones dogmáticas anteriores acerca del tipo penal cuestionado, la Sala entrará a decidir lo pertinente».

**FALSO RACIOCINIO - No se configura || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación:** se configura || **PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL - Aplicación || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Configuración:** se requiere que el padre tenga la custodia y cuidado personal del hijo menor || **PRINCIPIO DE TIPICIDAD - Importancia || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de tipicidad:** impone aportar los medios de convicción que acrediten los elementos del tipo penal || **PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Tipicidad || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, es diferente a la custodia y cuidado personal || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, no necesariamente está en cabeza de la misma persona que tiene la custodia y cuidado personal || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre impide u obstaculiza el régimen de visitas || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre impide u obstaculiza el régimen de visitas || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o

decisión administrativa o judicial || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca y confirma absolució de primera instancia

«**La Sala no casará la sentencia por el cargo propuesto en la demanda, por no tener vocación de prosperidad.** El Tribunal no incurre en el error de raciocinio que le atribuye la casacionista, quien no demuestra que las inferencias hechas a partir de la declaració de LBG traicionen los principios de la sana crítica, y por esa vía, los postulados de la lógica.

El reclamo al ad quem de desconocer la presunción de inocencia de la inculpada, y a la fiscalía de haber invertido la carga de la prueba, son afirmaciones que no acreditan el error de hecho alegado. **Lo que en realidad evidencia la sentencia, es la tergiversació de los medios de conocimiento**, que llevaron al juez de segunda instancia a fijar un alcance y contenido equivocado a la literalidad de la prueba testimonial sobre la cual edifica la condena.

**Haciendo prevalente el criterio de justicia material, la Sala se aparta de las razones de la a quo para absolver a la acusada**, fundadas en la falta de lesividad del bien jurídico y del error de prohibició bajo el cual habría actuado, **en razón a que de la prueba emerge la duda sobre la configuració de la conducta típica atribuida a la procesada, por no estar probado que LBGR tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo J.J.G.R., exigencia ineludible del tipo penal de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, para su estructuració.**

En el escrito de acusació, la Fiscalía señala que en la Comisaría de Sevilla *“le dieron la custodia del menor a la madre”*, mientras en la presentació de la teoría del caso, el fiscal indica que luego de la separació de LR y LBGR, quienes durante su relació de pareja procrearon a J.J.G.R., ella quedó *“al cuidado de su menor hijo”*.

En esa línea, encuentra la Corte que los medios de convicción allegados al juicio oral, no prueban, más allá de toda duda, que el denunciante tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo J.J.G.R.

[...] Al margen de lo manifestado por el adolescente J.J.G.R a la juez, a pregunta complementaria, de que su padre pidió la custodia en la Comisaría de Familia de Sevilla, y

lo expresado por LBGR, *“a estas alturas de la vida yo ya que voy a pelear por la custodia de un muchacho de 17 años”*, este **aspecto medular en la configuració del tipo penal**, no constituyó tema de averiguació en el juicio oral ni fue constatado debidamente por los intervinientes.

La acusada, renunció a su derecho de guardar silencio, en el curso de su testimonio, fue interrogada sobre su viaje a Venezuela, país donde vivió 7 años con J.J.G.R., las circunstancias y manera en que lo hizo por no contar con el permiso de su padre, pero nunca se le preguntó si GR tenía la **custodia y cuidado personal** de su hijo.

El debate probatorio se centró en establecer cómo salió el menor del país, la forma en que inicialmente se le ocultó a GR que se encontraba en otro Estado, el conocimiento de la acusada sobre la necesidad del permiso de salida otorgado por el padre, el régimen de visitas, el cumplimiento de la obligació alimentaria de GR, el maltrato de la mujer, las causas de la separació y la edad en que la inculpada tuvo relaciones sexuales con su expareja, conforme se constata en los testimonios de LBGR, DMR, el adolescente J.J.G.R. y LRM.

Sin embargo, el delito del cual se acusa a la inculpada no era el de inasistencia alimentaria, tampoco el de violencia intrafamiliar y menos el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sino el de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

**El sistema acogido en la Ley 906 de 2004, obliga a los funcionarios judiciales a no olvidar los elementos del tipo penal atribuido al acusado**, aportando los medios de convicción que los acrediten, siendo deber establecer en principio la **tipicidad** como estrato analítico del punible vinculado con el **principio de legalidad**.

Debido a dicho extravío, los jueces de instancia no se ocuparon de determinar con fundamento en la prueba la tipicidad de la conducta, estableciendo la custodia y cuidado personal de J.J.G.R. también en cabeza de su padre LBG.

[...] El ad quem **confunde la patria potestad con la custodia y cuidado personal**, dando por establecido, aunque la prueba indica otra cosa, que LBGR tenía la de su hijo J.J.G.R. En la **sentencia pasa por alto este ingrediente normativo de carácter jurídico, necesario, como se ha dicho, para la configuració típica.**



Es evidente, así lo manifestó en algún momento de su declaración GR, que él tiene la patria potestad de J.J.G.R., dado que no se conoce que hubiera sido despojada de ella o se hallara suspendida, por alguno de los motivos expresados en la ley. Pero no quiere significar que el ejercicio de la patria potestad implique necesariamente la tenencia de la custodia y cuidado personal de su menor hijo.

Ya se dijo en precedencia, que un padre puede ejercer la patria potestad, pero no tener la custodia y cuidado personal de su menor hijo.

Todo parece indicar, aun cuando a ninguno de los testigos se le interrogó de manera clara y precisa sobre dicho aspecto, que la custodia y cuidado personal de J.J.G.R la había asumido LRM y su madre DM por disposición de la Comisaria de Familia de Sevilla, tal vez, la doctora S, como lo expresó la abuela del menor.

Además, LBGR expresó en su declaración que él *“no pelió la custodia de su hijo”*, manifestando más adelante que *“yo ya que voy a pelear por la custodia de un muchacho de 17 años”*, sugiriendo que desde que se separó de LR no la tiene.

Las esporádicas visitas de LBG a J.J.G.R., así como su trabajo en lugares distantes a donde éste vivía, lo que le impedía que fueran más frecuentes, enseñan que tampoco estaba bajo su cuidado personal, con mayor razón cuando en virtud de la separación, el menor desde los cuatro años no convivía con él, pues lo hacía con su abuela y su señora madre, de modo que el ámbito familiar y social compartido era mínimo o casi inexistente.

De este modo, GR **no podía ser privado de un derecho que la evidencia procesal no acredita que poseía u ostentaba**. En tales, condiciones **existe la duda sobre la tipicidad de la conducta, que de acuerdo con el principio universal de in dubio pro reo, ha de ser resuelta a favor de la acusada**.

De otro lado, **el comportamiento de sacar del país a su hijo J.J.G.R sin autorización de su padre**, que constituyó el eje del debate probatorio y el fundamento del fallo atacado, **no se adecua al tipo penal de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, bajo el verbo rector de ocultar**.

Primero, por no estar probado que el denunciante tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo. A RM se le acusa es de haber privado de ese derecho a GR, no de haber viajado a otro país con su descendiente sin el permiso de salida otorgado por su padre.

Segundo, **las consecuencias de haber actuado sin dicho permiso no son punitivas sino de otra índole**, que no son distintas a la imposibilidad del menor de viajar al exterior, hasta tanto el juez de familia no decidiera lo pertinente ante el desacuerdo de los padres, siempre y cuando tuvieran la facultad para otorgarlo, dado que el mismo no es requerido del que tiene suspendida o ha sido privado de la patria potestad.

Tercero, **la salida irregular del menor no constituye delito alguno**. Bien fue informada la acusada en el Consulado del país en Venezuela, cuando se le negó viajar por avión en compañía de su hijo por ausencia del permiso, de la necesidad de formalizar la residencia del menor mediante la conciliación con el padre de él.

Cuarto, **la custodia y cuidado especial tampoco puede confundirse con el régimen de visitas**, como derecho de todo niño, niña o adolescente de tener contacto con el padre que no comparte el mismo techo, por la separación de los padres.

Quinto, el viaje de J.J.G.R con su madre a Venezuela lo privó de las visitas de su padre. De manera que, si ese hecho obstaculizó o impidió a LBGR el derecho a tener contacto con su hijo, esta conducta no se enmarca en el tipo penal del ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

En consecuencia, **dado que existe duda sobre la tipicidad de la conducta endilgada a la procesada, en tanto no se demostró que el denunciante hubiese sido privado del derecho a de custodia y cuidado personal de su hijo J.J.G.R, la Sala revocará la condena proferida en segunda instancia y confirmará la sentencia absolutoria del a quo**, bajo las razones indicadas en este fallo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

## 11. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - INTERVINIENTE:

**Evento en que la responsabilidad se atribuye a título de extraneus, respecto de servidor público perteneciente a organización delictiva, en la que otro ejecutó la conducta en condición de intraneus**

La Sala confirmó la sentencia condenatoria frente al delito de *concierto para delinquir*, y revocó la decisión absolutoria respecto de los delitos de *falsedad ideológica en documento público* y *prevaricato por acción*, para en su lugar imponer también fallo de condena al funcionario judicial acusado de pertenecer a una organización delictual, conformada por empleados judiciales, abogados y jueces de control de garantías, encaminada a otorgar libertades, prisiones domiciliarias o traslados de internos de las cárceles. Para arribar a esta determinación, efectuó importantes precisiones en relación con la modalidad de participación a título de *interviniente* que cabía atribuirle frente al delito contra la *fe pública*, en lugar de aquella como determinador que inicialmente le fue asignada. Igualmente, se profundizó en el estudio del tipo penal contra la *administración pública*, no sólo en cuanto a la manifiesta contradicción de la decisión adoptada frente a la ley, sino enfatizando en el carácter doloso con que se obró en el evento examinado.

**SP2171-2020 (50294) del 24/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Tipicidad objetiva** || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Elementos:** servidor público, en ejercicio de sus funciones || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura:** evento en que el servidor judicial alteró el sistema de reparto y utilizó el acta para demostrar, contrario a la verdad, que la solicitud de audiencia había sido asignada al juzgado de forma transparente || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Demostración** || **DETERMINADOR - Concepto:** sin realizar materialmente la conducta descrita en el tipo, hace nacer en otro la idea delictiva || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN**

**DOCUMENTO PÚBLICO - Interviniente:** evento en que la responsabilidad se atribuye a título de extraneus, respecto de servidor público perteneciente a organización delictiva, en la que otro ejecutó la conducta en condición de intraneus || **CASACIÓN - Variación de la calificación jurídica:** de la forma de participación de determinador a interviniente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** variación de la calificación jurídica por el juez, procedencia || **DEBIDO PROCESO - No se vulnera** || **RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal:** revoca sentencia absolutoria, para emitir una de carácter condenatorio

### «De la falsedad ideológica en documento público

El artículo 286 del Código Penal consagra el delito de falsedad ideológica en documento público, en los siguientes términos:

*“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.*

Comportamiento que se agrava en los términos del artículo 290 ídem **cuando se usare el documento**.

La Corte en su reiterada y pacífica jurisprudencia ha decantado que la **tipicidad objetiva** del delito de **falsedad ideológica en documento público** está constituida por tres elementos: **i) un sujeto activo calificado**, en tanto, debe ser servidor público que en ejercicio de sus funciones; **ii)** elabore o suscriba un documento público con potencialidad probatoria, **iii)** en el que se calla total o parcialmente la verdad, o se distorsiona, tergiversa o altera la misma. (CSJ SP 163-2017, 18 enero 2017, rad. 48079).

[...] En el caso concreto se estableció que LM, servidor público adscrito al Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, encargado entre otras funciones de hacer el reparto de las audiencias programadas, asignó una solicitud de audiencia preliminar de revocatoria de medida de aseguramiento, al Juez 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, sin someterla al procedimiento de reparto debido.

El referido servidor público, rindió testimonio en el juicio oral, sesión realizada el 27 de enero de 2016, y explicó el procedimiento a seguir para el reparto de carpetas [...]

[...] Agregó que el reparto, en cualesquiera de sus modalidades, aleatorio o directo, puede ser objeto

de alteraciones. Si es directo, se reparte al despacho al cual se quiere asignar de antemano; y si es aleatorio, simplemente se desactivan todos los juzgados y se deja aquel al que se quiere que se reparta el asunto.

En relación con la asignación de la solicitud de audiencia preliminar de revocatoria de la medida de aseguramiento proferida en contra de JRO, reconoció que fue él la persona que manipuló el reparto.

[...] **La referida acta de reparto fue utilizada para demostrar, contrario a la verdad, que la solicitud de audiencia le había correspondido al Juez [...] Penal Municipal con función de control de Garantías, de forma transparente,** en tanto, el sistema mismo aleatoriamente la había asignado a ese despacho, cuando en realidad fue dirigida directamente por el funcionario a cargo del reparto.

[...] [...] se advierte que fue este empleado quien materialmente ejecutó el comportamiento punible, aprovechando su condición de servidor adscrito al Centro de Servicios Judiciales de Paloque, donde desempeñaba, entre otras funciones, el reparto de audiencias preliminares, alteró el sistema para que esa determinada audiencia le correspondiera al Juez [...] Penal Municipal con función de Control de Garantías.

FJB fue acusado en calidad de determinador por este delito, bajo el entendido que la audiencia fue dirigida al Juzgado del cual era titular.

La Corte ha señalado que **el determinador** no ejecuta materialmente la conducta porque es quien induce a otro a realizar el comportamiento doloso mediante consejo, mandato, precio, coacción insuperable o error. En otros términos, **sin realizar materialmente la conducta descrita en el tipo, hace nacer en otro la idea delictiva que finalmente se actualiza.**

No obstante, los elementos probatorios debatidos en la vista pública no ofrecen elemento de juicio alguno que permita sostener, ni en grado mínimo, que él, como titular del Juzgado [...] Penal Municipal con función de control de garantías, solicitó, aconsejó, presionó, coaccionó o convenció a ELM para que alterara indebidamente el reparto y le asignara esa audiencia preliminar.

Esto, en estricto sentido dogmático, porque la forma de operación que se atribuye al grupo delictivo, en cuanto, perfectamente organizado

para adelantar, durante toda su ejecución y perfeccionamiento, las conductas necesarias a fin de obtener lucro a partir de dirigir el reparto hacia quien tomara decisiones positivas para el procesado, repugna a la tarea si se quiere coyuntural o episódica de instar a una persona para que, apenas en un caso, proceda a alterar el reparto.

En mejor sentido jurídico, la Sala entiende que, dada la pertenencia de FJB, a la red criminal creada con el propósito de negociar las decisiones que debían adoptar los jueces de control de garantías, no solo conocía su funcionamiento, sino que sabía cómo, para garantizar el éxito de la gestión acordada, las solicitudes de audiencias de los interesados en los servicios de la organización, debían ser asumidas por los despachos comprometidos con la organización ilegal, lo cual se lograba superando los controles dispuestos para garantizar la transparencia del reparto.

A tono con ello, **su responsabilidad se concreta no como determinador** -en la concepción dogmática de participación penal que encierra la figura elegida por la Fiscalía- **sino en calidad de interviniente.**

En otros términos, aunque no participó en la falsedad del acta de reparto, en cuanto, no se trataba del funcionario encargado de adelantar esa tarea, necesariamente conoció y participó, en cuanto, adscrito al grupo delictivo, en el amplio entramado que, con visos de necesidad, obligaba adelantar tareas previas de reparto en el centro de servicios, uno de cuyos casos, no el único, resalta la Corte, corresponde a la audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento proferida dentro del radicado [...], a efectos de que fuera dirigida indebidamente a su despacho, en cumplimiento del acuerdo previo celebrado a efecto de que allí se resolviera en términos favorables al peticionario.

Se concluye: si ya ha sido claramente definido que el acusado hacía parte principal de la agrupación ilícita conformada con abogados, jueces y empleados del centro de servicios judiciales, que actuaba con criterio de permanencia y no apenas en casos aislados o coyunturales; y si, además, no se discute que esa banda partía por ofrecer sus servicios a procesados, sus familiares o abogados, consistentes en obtener decisiones favorables a sus intereses, para lo cual se alzaba fundamental contaminar la tarea de reparto, es claro que **al**



**funcionario** venal aquí investigado, **cabe atribuirle responsabilidad en el cúmulo de delitos obligados de realizar para los fines previstos**, en tanto, del mismo se predica pleno conocimiento y absoluta voluntad hacia el efecto, independientemente de que directamente no interviniese en todas las facetas criminales.

Huelga anotar, al efecto, que si ahora no se condena al acusado, en calidad de coautor, así fuese de la impropia, es exclusivamente porque **el delito que se le atribuye, falsedad en documento público, corresponde, en su autoría, a un sujeto activo calificado, que no lo es él en el caso concreto, a pesar de su vinculación como juez de la república.**

Por esta razón, **la decisión adoptada por el juzgador, en el sentido de absolver de**

**responsabilidad al acusado por este delito, será revocada para, en su lugar, condenar en condición de extraneus por el delito de falsedad ideológica en documento público,** previsto en el artículo 286 agravado en los términos del artículo 290 del Código Penal.

Cabe señalar, respecto de **lo decidido**, que ello **no entraña vulneración al debido proceso**, ni efecto gravoso ninguno en contra del procesado, pues, **la variación en la forma de participación no implica mayor punición para él y se respeta a cabalidad el hecho jurídicamente relevante que soportó la acusación».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

---

Inicio

## **12. FALSO JUICIO DE IDENTIDAD -**

**Técnica en casación**

### **DEMANDA DE CASACIÓN - INADMISIÓN POR INDEBIDA SUSTENTACIÓN:**

***Falta de desarrollo lógico argumentativo de los cargos propuestos por el recurrente***

En la providencia, a través de la cual se inadmitió la demanda de casación por indebida sustentación, la Sala tuvo ocasión de reiterar los parámetros de técnica que deben seguirse cuando se atribuye la violación indirecta de la ley sustancial, y particularmente los conocidos errores de *falso juicio de identidad* y *falso raciocinio*. Adicionalmente explicó, que si se pretende invocar el desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*, derivado de yerros de esta naturaleza, el censor debe acreditar que la *duda* emerge del acervo probatorio y que el Tribunal dejó reconocerla en beneficio del acusado. En el caso concreto, advirtió que los cargos propuestos por el recurrente carecen del desarrollo *lógico argumentativo* requerido.

**AP1372-2020 (48794) del 01/07/2020**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria: técnica en casación || VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y error de derecho: modalidades || DEMANDA DE CASACIÓN - Fundamentos lógicos y debida argumentación || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Técnica en casación:** se debe comparar lo que la prueba dice y lo que el fallador consignó y comprendió de ella || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Técnica en casación:** el recurrente debe precisar el aparte o fragmento de la prueba tergiversado, mutilado o adicionado || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Principio de trascendencia**

«El actor proclama la violación indirecta de la ley sustancial mediante errores de hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio, los cuales, afirma, le impidieron al sentenciador reconocer la situación de duda en relación con la responsabilidad del acusado en el delito que se le atribuye.

En ese escenario, la Corte tiene dicho que la **violación indirecta a las disposiciones de derecho sustancial sucede cuando el sentenciador incurre en errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física**, y pueden ser de hecho o de derecho. Los primeros corresponden al falso

juicio de existencia (por suposición y por omisión), falso juicio de identidad (por distorsión, cercenamiento o adición), y falso raciocinio (desconocimiento de los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria). Los segundos aluden al falso juicio de legalidad (por la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne), y falso juicio de convicción (si el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna).

Cada error representa situaciones particulares y **demandan presupuestos lógicos y argumentativos diferentes para su proposición y demostración**. En relación con los defectos que el actor le atribuye a la sentencia recurrida, la Corte tiene definido que **si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria**, debe indicarse expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; **qué exactamente dijo de los mismos el juzgador, cómo se los tergiversó, cercenó o adicionó** en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y **lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo**».

**FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación:** el recurrente debe evidenciar la forma y el elemento de la sana crítica desconocidos por el juzgador || **FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación:** el recurrente debe evidenciar el desconocimiento de principios de la lógica, reglas de la experiencia o leyes de la ciencia || **FALSO RACIOCINIO - Principios de la lógica** || **FALSO RACIOCINIO - Máximas de la experiencia** || **FALSO RACIOCINIO - Principio de trascendencia:** el recurrente debe acreditar que, de no haberse producido el error, el fallo habría sido sustancialmente diferente

«[...] si se denuncia **falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnicos y científicos** normativamente establecidos para

cada medio en particular (Art. 380 CPP), el recurrente tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si el reparo se dirige a patentizar el **desconocimiento de los postulados de la sana crítica**, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar **cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida**, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración; **demostrar la trascendencia** del error, lo cual implica indicar cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y **acreditar**, por último, **que de no haberse producido el error, el fallo habría sido sustancialmente diferente, distinto y opuesto al ameritado**».

**FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - No se configura por desacuerdo en la valoración probatoria || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Técnica en casación:** el recurrente debe precisar el aparte o fragmento de la prueba tergiversado, mutilado o adicionado || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - No se configura**

«Los cargos expuestos en la demanda desconocen los parámetros indicados y se revelan, de ese modo, insuficientes para demostrar que el Tribunal adulteró el contenido material de los medios de demostración (cargo primero), o que el mérito persuasivo que asignó a los mismos desconoce las reglas de la sana crítica (cargo segundo). El demandante se conforma con ofrecer una reducida y **particular valoración probatoria**, según la cual, existe duda en relación con la responsabilidad del acusado, ya que: **i)** la víctima no logró indicar con contundencia la causa de su lesión y, **ii)** la médico legista dejó abierta la posibilidad que haya sido por el peso de la lesionada y el giro realizado sobre su cuerpo al incorporarse para salir del autobús.

De esa manera, **frente al error de hecho por falso juicio de identidad**, no individualizó el medio de demostración posiblemente afectado,

tampoco expuso su contenido ni lo contrastó con lo que de él afirmó el sentenciador, por lo que también **pasó por alto el deber de precisar el aparte o el fragmento de la prueba tergiversado, mutilado o adicionado**, del cual el juzgador pudo derivar efectos que objetivamente no emergen del contenido material de la prueba.

En la fundamentación del reproche el actor se limita a sostener que en el juicio se presentaron como pruebas la querella, las valoraciones médico forenses realizadas a la víctima y el testimonio de la experta de Medicina Legal, para proclamar, a renglón seguido, que existe duda en relación con la responsabilidad del acusado al no poderse establecer si la lesión de la víctima se produjo por el paso raudo del bus de servicio público sobre los reductores de velocidad, o porque *“le falseó la rodilla”* al incorporarse cuando quería aproximarse al sitio donde debía descender del vehículo; manifestaciones que no descubre la presencia de errores de identidad, sino que expresan, sin fundamento que la respalde, la hipótesis sobre la cual el actor insiste en la absolución del acusado».

**FALSO RACIOCINIO - Diferente al falso juicio de existencia || FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación:** el recurrente debe evidenciar el desconocimiento de principios de la lógica, reglas de la experiencia o leyes de la ciencia || **DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de no contradicción || CASACIÓN - Principio de claridad || IN DUBIO PRO REO - Técnica en casación:** el recurrente debe acreditar que la duda emerge del acervo probatorio y que el Tribunal dejó reconocerla en beneficio del acusado || **FALSO RACIOCINIO - No lo constituye la discrepancia de la apreciación probatoria || FALSO RACIOCINIO - No se configura || DEMANDA DE CASACIÓN - Fundamentos lógicos y debida argumentación || DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión por indebida sustentación:** falta de desarrollo lógico argumentativo de los cargos propuestos por el recurrente

«Respecto del reproche por **falso raciocinio** el esfuerzo del actor por demostrarlo resulta particularmente limitado. En un breve párrafo remite a las pruebas enunciadas en el reproche precedente, para sostener que el Tribunal no las tuvo en cuenta en la sentencia y que si hubiera atendido las reglas de la sana crítica al valorarlas *“no cabe duda que la conclusión en la misma debió*

*ser como lo es la duda en la forma como la víctima narra que se lesionó en la rodilla derecha pues de su misma expresión y de la respuesta dada por la perito forense pudo haber sucedido por el giro intempestivo sobre la rodilla para tomar al caminar (sic) y bajar de la buseta, pues no de otra forma se puede apreciar estas pruebas legalmente aportadas en el proceso.”*

La exposición se ofrece equivocada ya que **no vincula alguna de las pruebas enunciadas con el desacertado razonamiento que le atribuye al juzgador**, tampoco ilustra sobre el origen del defecto, es decir, por desconocimiento de los **criterios de valoración de la prueba respectiva, de una regla lógica, una ley científica o una máxima de la experiencia**. Temas ausentes en la fundamentación del reproche, el cual se ofrece además **confuso al postular** la falta de valoración de los medios de demostración antes enunciados (afirmación que conlleva a **un falso juicio de existencia**) **y, simultáneamente**, que fueron apreciados, pero al margen de las reglas de la sana crítica (**falso raciocinio**), argumentación contraria a los **principios de claridad y no contradicción**, consustanciales al concepto de demanda en forma.

Es evidente entonces que **los cargos carecen de desarrollo lógico argumentativo**, pues no explican por qué deben asumirse erradas la exposición fáctica y las conclusiones probatorias con las que los juzgadores declararon la responsabilidad de W.L.R.G. en el punible de lesiones personales culposas que se le atribuye. El actor da a entender [no lo indicó expresamente en la exposición de las censuras, tampoco en el desarrollo de estas] que el Tribunal no aplicó el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, norma que establece la **duda en favor del procesado**. Sin embargo, **omitió acreditar que esa situación de perplejidad emerge en realidad del acervo probatorio y que por haber alterado el contenido material de ciertos medios de demostración, o haberle otorgado un mérito persuasivo opuesto a la sana crítica, el Tribunal dejó reconocerla en beneficio del acusado**.

Por lo demás, el planteamiento del censor pierde de vista las consideraciones del ad quem, las cuales fundamentan la responsabilidad del acusado en su experiencia como conductor de servicio público, el conocimiento que tenía acerca de los obstáculos existentes sobre la vía en el lugar donde se produjo el brusco e intempestivo



movimiento del bus que conducía, y en lo narrado en juicio por la víctima H.T.V., por M.L.D.A., también pasajera del autobús, y por la médico legista que valoró a la lesionada.

[...] En esas condiciones, **ante la falta de desarrollo lógico argumentativo de los cargos propuestos por el recurrente** y sin que se advierta necesario afianzar en este asunto los fines de la casación, **lo procedente es inadmitir**

**la demanda**, decisión frente a la cual procede el mecanismo de insistencia según lo dispuesto en el artículo 184-2 del Código de Procedimiento Penal y las reglas definidas por la Sala con tal finalidad».

(Texto resaltado por la Relatoría)

#### Inicio

### **13. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - SE CONFIGURA:**

***Cuando se aprecia la declaración anterior al juicio como prueba de referencia, sin que se hubiera agotado el debido proceso probatorio para su admisión***

En la providencia, a través de la cual la Sala casó el fallo impugnado para, en su lugar, absolver al acusado del cargo formulado por el delito de *Secuestro Simple*, se concluyó que el fallador incurrió en falso juicio de legalidad, cuando apreció una declaración anterior al juicio como prueba de referencia, sin que se hubiera respetado el debido proceso probatorio para su admisión.

**52133 del 13/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, solicitud de absolución, no vincula al juez, explicación

«La Fiscalía le solicitó a la Juez de primera instancia que absolviera al acusado de todos los cargos formulados. Al decidir de fondo el tema, no obstante esa petición, condenó a RJHF como autor del delito de secuestro, una de las tres conductas por las cuales fue acusado. En relación con las demás, no encontró que se

reunieran los presupuestos probatorios para proceder de igual manera.

**Al no atender la solicitud de absolución de la fiscalía, la Juez actuó de acuerdo a la línea jurisprudencial** que mayoritariamente adoptó la Corte desde la SP del 25 de mayo de 2016, Radicado 43837, **bajo el entendido de que dicha manifestación no es vinculante por ser un acto de postulación**, el cual, al igual que las pretensiones de los demás intervinientes, puede ser acogida o desestimada por el juez de conocimiento, quien debe decidir con fundamento en la valoración de las pruebas allegadas en el juicio oral.

**No se configura, entonces, ninguna ilegalidad que se deba abordar por esa causa».**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, evento en que no se vulnera || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** cuando se aprecia la declaración anterior al juicio como prueba de referencia, sin que se hubiera agotado el debido proceso probatorio para su admisión || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas de referencia:** admisibilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** incorporación al juicio, procedimiento || **DEBIDO PROCESO PROBATORIO - Se vulnera || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** admisión, cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, no se configura || **TESTIMONIO - Apreciación:** puede tener la doble connotación, como prueba directa y de referencia || **CASACIÓN - Principio de trascendencia || SECUESTRO SIMPLE - No se configura**

«El Tribunal, desde el punto de vista técnico, no desbordó la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 381 de Código de

Procedimiento Penal, que prohíbe condenar exclusivamente con base en prueba de referencia. Su decisión se apoyó en el testimonio del agente de Policía Nacional JABR, quien se refirió a su intervención, a lo que pudo percibir respecto del conflicto que motivó la acción policiva, y a comentarios que le hizo la supuesta víctima.

Formalmente el cargo no estaría llamado a prosperar en los términos expuestos por el casacionista, pero como se indicará, el Tribunal para fundar su determinación, se valió de apartes de la declaración del mencionado agente de policía, en los que se refirió a situaciones que percibió directamente y le confirió el mismo valor a otras que no apreció, sino que refirió por comentarios que le hizo la víctima, y que como se explicará, inciden negativamente en la legalidad de la decisión.

Pues bien:

La Sala observa que **el Tribunal incurrió en un falso juicio de legalidad al apreciar la prueba.** De esa manera, una conducta suscitada en el entorno de una riña de pareja, como se infiere del objetivo recuento del agente de la Policía JABR, en cuanto a lo que a él le consta directamente, la consideró un secuestro. Para darle coherencia a su conclusión, **tomó apartes de la declaración del agente de policía BR, en los cuales éste se refirió a situaciones que le contó la supuesta víctima, pero que él no percibió directamente.**

Al sustentar su decisión en apartes de la declaración del agente de policía BR, en los que narró lo que percibió directamente, y lo que le contó HSM le contó, concluyó que el acusado retuvo a HSM contra su querer, desde antes de la intervención policiva.

[...] Según la decisión, sustentada en el testimonio del agente de policía, la retención, verbo que en su parecer conjugó el acusado, “se había iniciado con anterioridad, a tal punto que alguien solicitó el auxilio de los uniformados.” Pero no consideró que el funcionario en su declaración, al referirse a lo que percibió directamente, dijo que la institución recibió un llamado para aplacar una riña, que es distinto, e insistió que la mujer le comentó en el hospital que fue llevada a la fuerza, una situación que no percibió directamente, sino que narró por los comentarios que le hizo HSM.

Este último aparte relacionado con la forma como se habría iniciado el supuesto delito de secuestro y que el Tribunal empleó para reafirmar su

argumento, tiene una incidencia trascendental en la decisión, porque le confiere algún grado de coherencia al equivocado razonamiento del Tribunal, al dar a entender que el delito de secuestro simple corresponde a una acción única que se habría iniciado antes de la intervención policial, de manera que según la decisión, lo que ocurrió en la casa de habitación sería el epílogo de una conducta que comenzó en otro lugar.

Eso sin embargo no significa que el Tribunal haya transgredido la prohibición del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, pero sí las reglas relativas a la producción y apreciación de la prueba de referencia (artículos 438 y 441 de la indicada legislación), **incurriendo en un falso juicio de legalidad.** En efecto, la legislación procesal señala las condiciones en que la prueba de referencia es admisible y entre ellas, en el numeral 2 del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 prevé que eso ocurre cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o de un **evento similar.**

En primer lugar, al no ubicar a la víctima -quien hizo llegar al juicio una comunicación en la que manifestó sentirse plenamente indemnizada—, la fiscalía desistió de su testimonio, por lo cual queda en evidencia que **no estuvo dentro de sus opciones considerar que se presentaba una circunstancia de aquellas** enumeradas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, **relativas a la admisibilidad de la prueba de referencia.**

En segundo lugar, según lo ha señalado la Corte, **para incorporar una declaración anterior al juicio oral en condición de prueba de referencia, se debe cumplir lo siguiente:**

*“(i) ... ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte.”*

Y,

*“Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los*

*presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.”*

De manera que desde la perspectiva de las reglas de la prueba de referencia, **al introducir la versión de la víctima (la prueba de referencia) a través de la declaración del agente de policía, sin probar su admisibilidad y el debido proceso probatorio, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciar dicho medio de prueba y hacer de ella un elemento sustancial de la decisión.**

**La trascendencia del error es entonces manifiesta**, en los términos del juicio de casación, pues este segmento de la declaración tiene una incidencia y un peso específico en la argumentación, hasta el punto que al suprimir ese aparte, el razonamiento pierde la capacidad de persuasión que pretende con la inclusión de un supuesto que no se probó como corresponde, dejando sin piso la reflexión del Tribunal.

Según lo expresado, es notorio que **el Tribunal apreció la declaración del agente BR, que tiene la doble connotación de ser directa respecto de unos aspectos** -relativos a lo que pudo percibir con ocasión de su intervención en la casa de inquilinato en donde se presentó la riña—, y

**de referencia** -en cuanto al origen de la conducta y en punto de circunstancias relevantes para establecer la tipicidad del delito—, **como si fuera un todo inescindible, siendo que jurídicamente no lo es.**

Solo así **el tribunal pudo conferirle sentido a un razonamiento que incluye como condición de validez una afirmación que no fue llevada al juicio acatando el método del debido proceso probatorio.**

En síntesis, como lo advirtió el Señor Fiscal Delegado, **pueden diferenciarse dos supuestos:** uno, relacionado con la riña y la intervención policial, donde la retención que se presenta compagina con esa situación conflictiva y que por lo tanto no es típica del delito de secuestro simple, hecho que efectivamente se prueba con la declaración del agente BR, y otra relacionada con antecedentes que le darían un sentido diferente a la conducta, relatados por el mismo agente con base en comentarios que le habría hecho la supuesta víctima».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## Inicio

### **14. FALSO RACIOCINIO - SE CONFIGURA: Cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género**

la Sala decidió casar la sentencia absolutoria del Tribunal, para en su lugar, restablecer la emitida por el Juzgado de primera instancia, condenatoria por el delito de *Acceso Carnal Violento*, todo ello, tras advertir en la motivación del juez colegiado la infracción del mandato constitucional y supraconstitucional, que impone, valorar la prueba con *enfoque de género*. Para arribar a tal conclusión, recordó las principales reglas jurisprudenciales que se han edificado sobre la materia, enfatizando en que este deber no sólo es predicable de los servidores públicos del orden administrativo, sino también de los funcionarios de la Rama Judicial, y aplica tanto en las fases de investigación como de juzgamiento. Igualmente

explicó que su desatención, configura el error denominado *falso raciocinio*, el cual, en estos eventos, se exterioriza cuando el juzgador efectúa procesos inductivos inadmisibles, tales como inferir el consentimiento de la víctima de delitos sexuales, del silencio o la ausencia de resistencia física, entre otros.

**SP2136-2020 (52897) del 01/07/2020**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género || **ENFOQUE DE GÉNERO - Ponderación y razonamientos**



**probatorios:** obligación de examinar los elementos de juicio y el testimonio de la víctima, eliminando estereotipos || **ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto:** constituye un mandato constitucional y supraconstitucional || **ENFOQUE DE GÉNERO - Normatividad nacional** || **ENFOQUE DE GÉNERO - Normatividad internacional**

«Se configura un error de hecho por falso raciocinio cuando el fallador, estando obligado a hacerlo (por ejemplo, en casos de violencia contra la mujer), no valora la prueba con enfoque de género, el cual, en el ámbito de la ponderación y razonamiento probatorios, se traduce en la obligación de examinar los elementos de juicio - y particularmente, el testimonio de la víctima - «eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios machistas».

Las razones que sustentan tal regla son las siguientes:

(i) **El enfoque de género es un mandato constitucional y supraconstitucional** que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres.

En el ámbito nacional, aquél se desprende primordialmente de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 13 Superior, a cuyo tenor «*el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*», y del artículo 43 ibídem, según el cual «*la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación*».

En desarrollo de ello, por ejemplo, la Ley 1257 de 2008 ordenó a las autoridades encargadas de formular e implementar políticas públicas «*reconocer las diferencias y desigualdades sociales, biológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social*».

En el contexto internacional, son múltiples los instrumentos que cargan a los Estados con la implementación y adopción de medidas de toda índole tendientes a erradicar cualquier tipo de discriminación en perjuicio de las mujeres, o lo que es igual, con la obligación de aplicar, en todas las esferas del poder público, la perspectiva de género.

Verbigracia, mediante la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, las naciones contrayentes se obligaron a promover «*una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer*» y, en ese marco, a «*abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación*», como también a «*establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*».

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por su parte, estableció la obligación de «*adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia*».

**ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto:** constituye un mandato que no solo va dirigido a las autoridades del orden ejecutivo sino también a las judiciales || **DERECHOS DE LA MUJER - Discriminación:** en la sociedad colombiana, existencia de instrumentos internacionales que establecen mecanismos para el restablecimiento de sus derechos || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Erradicación de la violencia contra mujeres y niñas:** el ámbito de competencia del juez se extiende a la adopción de medidas eficaces para eliminar prejuicios y estereotipos socioculturales

«Estos mandatos no atañen únicamente a las autoridades del orden ejecutivo sino también a las judiciales, que, por consecuencia, están así mismo llamadas a materializar, en el marco de sus funciones legales y constitucionales, la perspectiva de género.

En efecto, la Corte Constitucional tiene dicho que, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales referidas a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Estado tiene, entre otras imposiciones, la de *«investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer», la cual "en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la Rama Judicial del Poder Público, por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento"*

[...] También esta Corporación tiene sentado que en *«un modelo de Estado Social de Derecho, los jueces están llamados a garantizar la protección de las prerrogativas fundamentales y con ello, de manera prioritaria, la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas»*.

**ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales** || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, de casos relacionados con violencia contra la mujer || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, parámetros para adelantar pesquisas en delitos sexuales || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, derechos y garantías de las víctimas

**«Esa obligación en cabeza de las autoridades judiciales tiene cabida, primero, en el ámbito de la investigación de casos relacionados con violencia contra la mujer:**

[...] En esa misma línea, el artículo 17 de la Ley 1719 de 2014 establece ciertos parámetros para el adelantamiento de pesquisas de delitos sexuales, mientras que el artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo contempla algunos derechos y garantías de las víctimas de tales agresiones en el marco de la actividad investigativa, por ejemplo, a *“ser atendida(s) por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial”,* o bien, *“a que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal”*».

**ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en el ámbito de juzgamiento, frente a delitos de violencia intrafamiliar o sexual || **ENFOQUE DE GÉNERO - Derechos de la mujer:** se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de género para adoptar la decisión judicial || **ENFOQUE DE GÉNERO - Recomendaciones para el tratamiento y apreciación de la prueba:** en casos de violencia sexual (Ley 1709 de 2014) || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en el ámbito de juzgamiento, procesos inductivos legalmente inadmisibles || **ENFOQUE DE GÉNERO - Vulneración:** precedentes de la Sala en los que se ha identificado el desconocimiento de este principio por parte del juzgador || **FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género

*«Pero también en el ámbito del juzgamiento, y muy específicamente, en el del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género. En tal virtud, «los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar sus casos», y, por lo mismo, aquéllos “vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones”.*

No en vano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explícitamente ha señalado que *«una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas»*.

[...] Precisamente, los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, en términos similares a las previsiones pertinentes de las Reglas de Evidencia y Procedimiento de la Corte Penal Internacional, establecieron *“recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba»* y *«recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual”*.

[...] Como se ve, fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia,

simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres. Algunos de los **procesos inductivos que por inequívoco mandato legal deben reputarse inadmisibles** son los siguientes:

*(a) La mujer guardó silencio o no ejerció resistencia ante un avance sexual, luego la interacción sexual fue consentida (art. 18, n. 2).*

*(b) En el cuerpo de la mujer no se encontraron marcas, rastros, heridas o vestigios de semen u otros fluidos, luego el hecho no ocurrió o no fue violento (art. 19, n. 1 y 2).*

*(c) El agresor usó un condón, luego la interacción sexual fue consentida (art. 19, n. 3).*

Tales reglas, en esencia, conllevan la negación normativa de juicios probatorios viciados por **preconceptos machistas** sobre el comportamiento que, **desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual**. Justamente, *«la persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan»*.

Incluso la Sala, de tiempo atrás, ha venido sosteniendo que los razonamientos inductivos e inferenciales contrarios al enfoque de género, así no los haya calificado explícitamente como una modalidad de falso raciocinio, se erigen en errores de hecho demandables en casación:

*(a) En un asunto relacionado con un delito sexual cometido contra una menor de edad, la Sala examinó la postura asumida por el Tribunal al valorar el testimonio de la ofendida, al cual restó credibilidad con el argumento de que aquélla se había «iniciado precozmente en el mundo sexual».*

Frente a tal planteamiento, y luego de precisar que *«con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima»*, la Corte encontró que el juzgador incurrió en error porque *«no sólo construyó una inferencia inadecuada con el objeto de descalificar el testimonio de víctima, pues no existe ningún nexo entre su conducta y el thema probandi, sino que fue mucho más allá, al someter a una niña de 9*

*años para la fecha de los hechos a una nueva victimización, denigrando de su integridad»*.

*(b) Más adelante, al estudiar la responsabilidad penal de una mujer que, tras ser reiteradamente sometida a maltratos de toda índole por parte de su esposo, le disparó en dos ocasiones y le causó la muerte, encontró que el Tribunal, en tanto no reconoció la configuración de la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor,*

*«...incurrió en una valoración discriminatoria en contra de la mujer, no sólo al ignorar o minimizar todos los aspectos fácticos narrados por [...] (que sin duda eran alusivos a violencia por razones de sexo), sino también al estimar que el solo acto de ser encerrada en un inmueble sin alimentos carecía de las connotaciones de gravedad necesarias para producir consecuencias jurídicas en la imposición de la pena o en la determinación del grado de reproche, e incluso al sugerir que podía tratarse de un acto tolerado por esta persona, en la medida en que había sido vista barriendo la puerta y lavando el patio, es decir, como si realizar labores que por cultura o tradición han sido asignadas a las representantes del sexo femenino demostrase la ausencia de cualquier comportamiento contrario a derecho relacionado con el menoscabo a la libertad»*.

Aunque en esa ocasión la Corporación no vinculó ese yerro expresamente con la tipología del falso raciocinio, sí puso de presente que el mismo consistió en que dejó de apreciar las circunstancias indicativas de un contexto de violencia y discriminación contra la víctima, por un lado, y en la elaboración de inferencias prejuiciosas y machistas, por otro.

*(c) Posteriormente, en el análisis de un caso de violencia sexual contra una mujer mayor de edad en el que el juzgador de segunda instancia absolvió a los procesados, advirtió que algunas premisas inductivas formuladas por aquél, en cuanto desconocían la **perspectiva de género** porque reflejaban posturas discriminatorias y prejuicios, resultaban «inaceptables, en tanto son contrarias a la Constitución Política en general y a los derechos fundamentales de la mujer en particular» y, en tal virtud, no pueden tenerse como razonables.*

Algunas de las inferencias a las que se hace alusión fueron del siguiente tenor:



«(i) Hecho indicador: NRM le dijo a JGMG cuando él empezó a besarla que no quería sostener relaciones sexuales; también le preguntó mientras él la desvestía si la iba a violar.

(ii) Hecho indicado: El acceso carnal de N y JG fue consensuado.

(iii) Criterio o idea subyacente: Siempre o casi siempre que en materia sexual la mujer le dice al hombre que no, lo que en realidad desea manifestarle es que sí.

(...)

(i) Hecho indicador: N sabía de la presencia de LAGC en la finca; sin embargo, no gritó por auxilio ni solicitó su ayuda antes de ser accedida carnalmente.

(ii) Hecho indicado: Las relaciones sexuales sostenidas por N en la finca se dieron con su consentimiento.

(iii) Idea o criterio subyacente: No hay violencia en un acceso carnal si no hay gritos de la supuesta víctima u otros actos de resistencia cercanos o al borde de un peligro serio para su vida e integridad física».

Así pues, la Sala, en esa oportunidad, negó la validez de los procesos inductivos que sustentaron el fallo de segunda instancia tras advertir que no reflejaban verdaderas máximas empíricas ni procesos intelectivos lógicos, sino preconcepciones sexistas y discriminatorias.

(d) Incluso, la Sala de Casación Civil de esta Corporación, en el ámbito de sus propias competencias, ha asumido una aproximación similar al sostener que

*«Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar».*

**ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba

eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas || **ENFOQUE DE GÉNERO - Estereotipos:** son elementos cognitivos irracionales que atentan contra la sana crítica || **FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando la ponderación probatoria o la construcción indiciaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género

«En suma, pues, la Sala reitera **que el enfoque de género en casos de violencia sexual y de género obliga al fallador a valorar la prueba “eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas”**. [...].

[...] Es que **los estereotipos**, incluidos los asociados al género, «son elementos cognitivos irracionales» que «poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas» (por ejemplo, las mujeres se visten provocativamente para incitar comportamientos sexuales en los hombres), o bien, pretenden «imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado» (verbigracia, las mujeres, si no consienten una interacción sexual, deben oponer resistencia física a su consumación) .

Por lo tanto, cualquier razonamiento probatorio, inductivo o inferencial que los replique o afirme (salvo que tenga asidero en su demostración real y concreta en el caso específico, lo cual puede perfectamente suceder), será contrario a la sana crítica, en tanto ésta reclama que los procesos intelectivos y de valoración de la evidencia respeten las máximas experienciales, de las que se apartan los planteamientos sustentados en ideas discriminatorias o prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico.

[...] Es así que todo proceso mental de ponderación probatoria o construcción indiciaria basado en preconcepciones machistas o prejuicios de género desembocará en un razonamiento formalmente defectuoso, porque

*«...los estereotipos implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales. Y en tanto establecen jerarquías de género y asignan categorizaciones peyorativas o desvalorizaciones hacia las mujeres, son discriminatorios.*

*Los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos.*

(...)

*(Dichos) estereotipos... interfieren en la valoración de la prueba y en la sentencia final, que pueden verse marcadas por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (por ejemplo, que una agresión sexual solamente es tal en la medida que la mujer se haya resistido). En ese sentido, una de las garantías para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas...".*

**FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género || **ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria:** no supone flexibilización del estándar exigido para proferir condena || **ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria:** no conlleva que siempre deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual || **ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria:** implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas

«Ya en el campo de la técnica casacional, **la incorporación del enfoque de género en la valoración de la prueba** - entendido aquél como la obligación de razonar eliminando estereotipos y prejuicios que se hacen pasar por falsas reglas de la experiencia - **lleva a concluir que su desconocimiento configura un error por falso raciocinio.**

En efecto, esa modalidad de error de hecho se materializa cuando el operador valora los elementos de juicio con violación de las reglas de la sana crítica o cuando realiza deducciones inferenciales contrarias a aquéllas, lo cual ocurre, dejando de lado lo atinente a la lógica y la ciencia, si soslaya las máximas de la experiencia aplicables, o si otorga tal calidad a proposiciones que en realidad no lo son.

En esa comprensión, **la invocación de prejuicios o estereotipos sexistas** (que por definición no constituyen reglas empíricas sino que se les oponen) y su aplicación a la valoración probatoria o la deducción inferencial bajo la falsa justificación de constituir máximas experienciales **encierra**, por consecuencia obvia, **un yerro demandable por la vía del falso raciocinio.**

Desde luego, no está de más enfatizar que la adopción del enfoque de género en la valoración probatoria **no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir condena**, ni conlleva como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual. Aquélla únicamente implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto».

**FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género || **FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando la ponderación probatoria o la construcción indiciaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género || **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - No siempre hay actos de defensa ante la violencia || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Configuración:** no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido || **DERECHOS DE LA MUJER - Discriminación:** en el ámbito judicial, a través de los argumentos de una decisión judicial || **ENFOQUE DE GÉNERO - Se vulnera:** a través de planteamientos discriminatorios, contrarios a la dignidad de la mujer víctima || **ENFOQUE DE GÉNERO - Se vulnera:** al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura**

«Falso raciocinio.

El Tribunal **realizó varias deducciones e inferencias indiciarias permeadas por prejuicios sexistas que lo llevaron** a desestimar la credibilidad del relato de HJH y, por esa vía, **a**

### **incurrir en errores de hecho por falso raciocinio**

[...] Más allá de que esa proposición, como ya se explicó, se basa en una lectura sesgada de la prueba (porque HJ sí intentó repeler físicamente la agresión), es claro que a la misma subyace un proceso intelectual contrario al enfoque de género, que se sustenta en la pretensión de imponer a las mujeres sexualmente agredidas un determinado comportamiento o reacción como presupuesto para otorgar credibilidad a sus acusaciones.

El silogismo formulado por el Tribunal puede sintetizarse así:

**P1:** Si una mujer no opone una reacción física a un avance sexual, es porque consiente a su realización.

**P2:** HJH no ejecutó actos de resistencia física para evitar la interacción sexual.

**C:** HJH accedió voluntariamente a la relación sexual con BB.

Pacíficamente - y de antaño - tiene discernido la Sala que para la configuración del delito de acceso carnal violento resulta enteramente irrelevante el comportamiento asumido por la víctima en defensa de la agresión, e incluso, un razonamiento de tal naturaleza se encuentra positivamente proscrito en la actualidad (y lo estaba ya para la fecha de emisión del fallo censurado) en el artículo 18 de la Ley 1719 de 2014 precitada.

Con esa deducción, el Tribunal incurrió en un planteamiento discriminatorio contrario a la dignidad de la víctima (en tanto radicó en ella la carga de evitar el acto violento y no en el agresor la de no ejecutarlo) que invocó como motivo para descartar la materialidad del delito objeto de investigación.

[...] No se demostró que los acusados hayan impedido a HJ “*vestirse y salir del cuarto, o retirarse*”, y ésta no exteriorizó “*repulsión y reacción*” cuando JEB entró al cuarto masturbándose.

El dislate es obvio, porque **(i)** como ya se dijo, y se reitera ahora, no es exigible de la víctima de una agresión sexual asumir comportamiento alguno, y no puede entonces reclamarse de HJ, para creerle, que hubiese abandonado la

habitación; y **(ii)** así se admitiera, en gracia de discusión, que HJ accedió voluntariamente a observar a BB mientras se masturbaba, de ello bajo ninguna perspectiva válida puede colegirse o inferirse el consentimiento para una ulterior relación sexual, máxime en cuanto fue enfática al atestar que “*(le dijo) en todo momento que no, que... no quería*”.

Puesto de otro modo, el consentimiento que HP pudo haber prestado para permanecer en el cuarto e, incluso, para observar a JBB en el acto de onanismo, no puede extenderse a una suerte de autorización para ser penetrada, del mismo modo en que la aceptación de una invitación a cenar o a ver una película, contrario a tan difundidos prejuicios patriarcales, en ningún modo supone la posterior aquiescencia a una relación sexual.

El pensamiento del fallador se sostiene, así mismo, en el estereotipo de que una mujer que es enfrentada a un hombre que se masturba debe reaccionar con “*repulsión*”. Se trata, a no dudarlo, de una forma velada de **imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual “adecuados” o patriarcalmente aceptados, a cuyo acatamiento se condiciona la credibilidad de su acusación.**

Que HJ no haya exteriorizado repulsión ante la desnudez de BB y la manipulación de sus genitales **(i)** nada dice sobre si consintió o no la posterior penetración; **(ii)** atañe a un aspecto de su comportamiento sexual anterior al hecho investigado, que, por ende, no puede ser valorado, y; **(iii)** tampoco tiene que ver con la credibilidad de su testimonio ni, en particular, con la descripción que hizo del subsiguiente acto violento.

En tal virtud, la mención de ese comportamiento no es nada más que la **exteriorización de un prejuicio**, que, a pesar de ser enteramente irrelevante para la solución del caso examinado, invocó el Tribunal para apreciar (negativamente) el dicho de la víctima.

**(iii)** Es cierto que HJ, conforme lo atestaron ella misma, varias personas de su núcleo familiar y la psicóloga que la examinó, luego de los hechos empezó a padecer sentimientos de temor y rabia, pero estos, más que explicarse en la verdadera ocurrencia del delito, pudieron tener origen en el “*arrepentimiento posterior*” de haber sostenido



relaciones sexuales consentidas con JEB, ora en «la decepción» que sintió ante «la actitud de complacencia» asumida por HFB al verla acostarse con su primo, en tanto esperaba de aquél un compromiso emocional serio y, por ende, «una actitud celosa, proteccionista o de otra índole».

Son dos las inferencias erradas que en este ámbito plantea el Tribunal:

Primero, parte de la **idea preconcebida o estereotípica** de que las relaciones sexuales que se apartan de las dinámicas hegemónicamente definidas como normales (esto es, las que se ejecutan entre no más de dos personas, esencialmente de sexos opuestos, en un entorno íntimo y sin público u observadores) son para la mujer, o deben ser, motivo de arrepentimiento.

Una afirmación de esa índole puede ser admisible, en un determinado caso, si existen elementos de juicio que la soporten, pero es contraria al **enfoque de género cuando**, como sucede acá, se formula al modo de una regla general, sin sustento probatorio ni empírico, evento en el cual simplemente refleja la equivocada asunción de que la actividad sexual desviada de la norma debe ser vergonzosa para la mujer.

Además, HJ nunca dijo o insinuó “*estar arrepentida*” (para comenzar, porque siempre sostuvo que ella no consintió a la interacción sexual), y entonces, ese planteamiento del ad quem no tiene fundamento objetivo alguno, ni soporte distinto de una comprensión sexista sobre la “normalidad” de las relaciones sexuales.

Segundo, porque también razonó prejuiciosamente al afirmar, sin sustento probatorio serio, que los padecimientos de HJ estuvieron determinados por la “*decepción*” que le causó percatarse de que BM no reaccionó con “celos” ante la observación de que HJ sostuvo relaciones sexuales con su primo BB.

A esa premisa subyace la **comprensión estereotípica de la mujer sometida y subyugada**, cuya sanidad mental y estabilidad emocional están condicionadas por la aceptación y el cariño masculinos. [...].

**PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto ||

**TESTIMONIO - Criterios para su apreciación || TESTIMONIO - Víctima de delito sexual:** apreciación probatoria, en conjunto con los demás elementos de prueba || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria**, para determinar la credibilidad del relato de la víctima || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen de psicología forense || DELITOS SEXUALES - Víctima:** tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio || **SENTENCIA - Grado de certeza:** basado en la valoración probatoria || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura:** cuando la interacción sexual sucede, en contra de la voluntad discernible de la víctima de no asentir en ésta || **AUTORÍA - Diferente a complicidad || CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la de carácter absolutorio proferida por el Tribunal y restablece la condenatoria de primera instancia

**«La valoración de la prueba en el caso concreto.**

La Sala encuentra, desde la valoración conjunta e integral de la prueba (**efectuada con supresión de los errores valorativos e intelectivos en que incurrió el Tribunal**), que el acceso carnal del que fue víctima HJH corresponde a la descripción típica del artículo 205 del Código Penal. En tal virtud, **casará el fallo de segunda instancia y reestablecerá la vigencia de la condena emitida por el Juez de primer grado.**

Las circunstancias precedentes a la comisión del delito no son objeto de controversia y en su descripción coinciden todos los testimonios practicados.

[...] Del relato de la ofendida surge inequívoca la materialidad del delito investigado y la responsabilidad de los acusados en su comisión. En efecto, HJ comunicó la voluntad discernible e indiscutible de no ser penetrada por JB: no sólo lo hizo verbalmente de manera repetida y explícita, sino que acompañó esa comunicación oral con resistencia física mediante la asunción de una postura corporal con la cual quiso evitar el acceso carnal.

A pesar de lo anterior, el último nombrado, con total desprecio por la libertad y autodeterminación sexual de la víctima, quebrantó su voluntad - primero volteándola y después agarrándola por el dorso -, hasta que

aquella logró zafarse y poner fin a la penetración no consentida.

La hipótesis defensiva - consistente en que el intercambio sexual entre JEB y HJ fue de mutuo acuerdo - se llevó al juicio a través del testimonio de HFBM. Éste admitió la existencia de una relación erótica casual con la víctima y también dio cuenta de las circunstancias anteriores al hecho investigado en los términos ya descritos.

[...] Pues bien, ante a la existencia de dos versiones divergentes y mutuamente excluyentes sobre el hecho - una según la cual fue violento y, la otra, consentido - la Sala observa plurales razones, que se explican a continuación, por las que se impone otorgar credibilidad al testimonio de la víctima sobre el de BM.

(i) En primer lugar, no se avizoran motivos probatoriamente sustentados para inferir que HJH buscare perjudicar a los acusados con una sindicación falaz.

En efecto, la nombrada dio cuenta - y en ello coincidió el propio BM - de que antes de los hechos sostenía con aquél una relación de intimidad sexual consensual, e incluso, que antes de ello fueron amigos por muchos años. Se trata de una persona a quien, a su decir, conoce desde los catorce años, y quien además tenía también buenas relaciones con sus padres y colaterales, tanto así, que GDHT, hermana de la víctima, aseguró que *«era como de la familia»*.

Tampoco respecto de JFBB se pueden deducir circunstancias indicativas de una acusación falaz. Sobre él, HJ se limitó a decir que apenas lo había visto *«tres o cuatro veces»*. No tenían vínculo alguno - positivo o negativo - y escasamente habían interactuado.

(ii) El dicho de HJH es, en sí mismo y en atención a los **criterios de valoración de la prueba testimonial** previstos en el artículo 404 del Código Penal, creíble.

En el curso de su intervención durante la vista pública, la perjudicada rindió una declaración fluida y espontánea, incluso, revestida de respaldo emocional, al punto en que no pudo contener el llanto.

Además, en la descripción que hizo se observa el propósito de ofrecer un relato objetivo y ceñido a su percepción de la realidad; no obstante admitir

sentimientos de rabia por la agresión, fue transparente al explicar, por ejemplo, que los acusados no la amenazaron de ninguna forma, que no gritó ni pidió auxilio, ni *«fue agresiva»* con ninguno de ellos, premisas, todas estas, que podrían debilitar probatoriamente su caso y que de todas formas afirmó sin ambages.

(iii) La interposición de la denuncia implicó para HJ la revelación, tanto a las autoridades como a sus parientes más allegados, de circunstancias personales y detalles de su vida íntima que pretendía mantener en el ámbito privado, concretamente, la relación sexual casual que sostenía con HFB, de cuya existencia *«nunca le contó a nadie»*.

De hecho, explicó que únicamente denunció lo ocurrido luego de cuatro meses [...] porque quiso *«hacer(se) la fuerte, (convencerse de) que no había pasado nada, que eso había sido una estupidez»*, pero además, porque tenía miedo de que su padre asumiera un comportamiento violento en contra de los enjuiciados.

[...] Desde luego, la Sala no desconoce que, en criterio del Tribunal, las afectaciones emocionales exteriorizadas por la víctima pueden explicarse (entre otras razones ya descartadas) en que *«(estuvo) a punto de ser sorprendida por ACTM, (su) progenitora»*. Con todo, la valoración objetiva del testimonio de esta última hace evidente que tal apreciación no tiene sustento. Esto fue lo que la madre manifestó en la vista pública:

[...] En consecuencia, no es razonable sostener que los padecimientos mentales de la ofendida hayan estado determinados por esa circunstancia, ni tampoco que se haya decidido a presentar una falsa denuncia contra los acusados para encubrir una actividad sexual consensual de la que, en cualquier caso, su madre no se habría percatado.

(vi) La explicación alternativa ofrecida por HFBM no es verosímil.

[...] Las razones expuestas son suficientes para otorgar credibilidad al testimonio de la víctima - que se muestra consistente, coherente y tiene respaldo indirecto en otros medios de prueba - y para descartar, consecuentemente, la versión ofrecida por HFBM, la cual, por carecer de rasgos de verosimilitud, resulta insuficiente para

sustentar una hipótesis alternativa plausible consistente con la inocencia.

La prueba practicada demuestra, en el grado de certeza exigido para tal fin, que JEBB accedió carnalmente a HJHT en contra de su voluntad discernible (comunicada tanto verbal como corporalmente) de no sostener con él la interacción sexual. Esa voluntad fue ignorada por aquél y superada mediante la imposición física con la complicidad de su primo HFBM. Este último, lejos de actuar para evitar el resultado, aportó a su consumación, no sólo logrando la presencia de la ofendida en la habitación, sino también burlándose de ella y diciéndole reiteradamente que «se dejara», lo cual indudablemente contribuyó al quebrantamiento de su voluntad.

No sobra agregar que asistió razón a la Juez a quo al afirmar que, en realidad, «*el aporte de BM lo ubica en calidad de autor y no de cómplice, al contar con dominio del hecho*», pero «*como quiera que fue imputado como cómplice*», no queda solución distinta que condenarlo en esos términos.

Así las cosas, y como se anunció anteriormente, **se casará el fallo de segunda instancia para reestablecer la vigencia del condenatorio emitido por la falladora de primer grado**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### 15. FUERO INDÍGENA - ELEMENTOS:

**Factor territorial, la pertenencia de la víctima a un resguardo diferente al de los procesados no constituye regla de exclusión de la competencia**

La Sala decidió *casar* el fallo impugnado y declarar la *nulidad* de la actuación, tras advertir la vulneración al parámetro de competencia por parte de los funcionarios de la *jurisdicción ordinaria* que asumieron su conocimiento, habida consideración que, en el caso concreto, se reunían todos los elementos propios del *fuero indígena*, que implicaban que el asunto fuera adelantado por la *jurisdicción especial*. Se enfatizó en que el *factor territorial*, no se restringe a un espacio geográfico, sino que deriva del significado cultural en el que las comunidades ancestrales ejercen sus derechos autónomos y de autodeterminación. Adicionalmente, se anotó que la pertenencia de la víctima a un resguardo distinto al del procesado no constituye regla que excluya la competencia.

**SP925-2020 (48049) del 13/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**JURISDICCIÓN INDÍGENA – Competencia || FUERO INDÍGENA - Elementos:** factor territorial, no se circunscribe a un espacio geográfico, sino al significado cultural en el que la comunidad ejerce sus derechos autónomos y de autodeterminación || **FUERO INDÍGENA - Elementos:** factor territorial, se cumple también cuando las personas son de resguardos indígenas diferentes || **FUERO INDÍGENA - Elementos:** factor territorial, la pertenencia de la víctima a un resguardo diferente al de los procesados no constituye regla de exclusión de la competencia

#### «Factor geográfico o territorial

Pese a que el Consejo Superior de la Judicatura para negar el conocimiento del asunto a la jurisdicción especial indígena consideró que no se había demostrado el **ámbito territorial de la comunidad de los procesados**, no se debe desatender que, contrariamente, sí se acreditó que los hechos acaecieron en la vereda La Peña, en la vía que conduce al corregimiento Gabriel López del municipio de Totoró-Cauca en



desarrollo de un evento convocado por el resguardo de la Población de los Totoroez.

Y si como se ha dicho **el ámbito territorial del cabildo no se circunscribe a un espacio geográfico, sino que va más allá en cuanto al significado cultural en el que la comunidad ejerce sus derechos autonómicos y de autodeterminación**, esto es, *“el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales”* (CC T-002/12 y T-397/16), aquí la conducta desplegada por LCSU y HCG no ocurrió en el ámbito del Resguardo del Pueblo Ambaló, pero si fue en un contexto ancestral en el territorio de los Totoroez dada la actividad de integración que a través de un bingo había convocado ésta comunidad, que se convirtió en festividad con baile y venta de licor, como lo declararon en juicio los testigos JUU, BAZ, así como los procesados y la víctima.

Estamos así ante dos culturas diferentes asentadas en dos municipios vecinos del oriente caucano: Silvia, del Pueblo Ambaló y Totoró de la comunidad Totoroez, y aunque puede decirse que se trata de diversas culturas, y que se debe preservar la identidad de cada una de ellas, para la Corte **la pertenencia de la víctima a un resguardo diferente al de los procesados no puede ser una regla de exclusión de la competencia de la jurisdicción indígena**, ya que se insiste la conducta lesiva de la integridad de MBPC ocurrió en un contexto ancestral.

Corroborar el elemento territorial que si el **fuero indígena es un derecho subjetivo que atiende la cosmovisión del infractor, el hecho de pertenecer la víctima a un resguardo diferente no puede inhibir la potestad del Resguardo al que pertenece aquél de juzgarlo**.

En un caso semejante, cuando tanto el procesado como la víctima ostentaban la condición de indígenas, pero pertenecían a diferente comunidad y el representante del Cabildo al que estaba adscrito aquél reclamaba conocer del asunto, la Corte Constitucional (T-397/16) dejó sin efectos, tanto la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que había dirimido el conflicto positivo de competencia al asignarlo a la justicia ordinaria, como la sentencia condenatoria que por el delito de homicidio ya se había emitido, al estimar que pese a mediar dos comunidades indígenas distintas, se satisfacía el elemento

territorial pero se exhortaba a las mismas a una labor de coordinación o articulación a fin de garantizar la autonomía de cada una de ellas en su ámbito territorial, por ello, al asignar la competencia a la justicia especial indígena, solicitó al Cabildo al que pertenecía el implicado convocar a las autoridades del resguardo de la víctima para que de común acuerdo decidieran la forma como se adelantaría el juzgamiento de aquél, debiendo garantizar la participación de las víctimas a fin de velar por sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Bajo esta arista, **se satisface también el elemento territorial**».

**JURISDICCIÓN INDÍGENA – Competencia || FUERO INDÍGENA - Elementos:** elemento institucional, se configura

«**Factor orgánico o institucional**

En la comunicación del Gobernador y del Comisario del Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló solicitando la remisión del proceso se señaló indicó que bajo la jurisdicción especial indígena esa institución llamaría a las partes implicadas y adelantaría el proceso de investigación y sanción según el caso.

A su turno, el defensor de los procesados al momento de cuestionar la competencia de la jurisdicción ordinaria destacó también que el Resguardo cuenta con un ámbito territorial, tiene autoridades constituidas y reconocidas con normas y procedimientos según el llamado Derecho Mayor, Ley de Origen o Derecho Propio, que resuelven los asuntos bajo el criterio de reorientación.

Por tanto, estima la Corte que también **ese elemento se encuentra satisfecho**».

**FUERO INDÍGENA - Elementos:** elemento objetivo, no es suficiente para asignar la competencia, cuando el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad indígena como a la mayoritaria || **FUERO INDÍGENA - Elementos:** elemento objetivo, bien jurídico de la integridad personal || **LESIONES PERSONALES - Principio de lesividad || JURISDICCIÓN INDÍGENA – Competencia || NULIDAD - Falta de competencia:** se configura, cuando la jurisdicción ordinaria emite sentencia dentro de un asunto de conocimiento de la jurisdicción indígena || **NULIDAD - Falta de competencia:** se configura, evento en que se invalida todo lo

actuado por la jurisdicción ordinaria y se remite el asunto al cabildo indígena

#### «Factor objetivo»

De acuerdo con los criterios interpretativos, cuando como en este caso **el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la cual pertenecen los procesados como a la cultura mayoritaria, el criterio objetivo no es suficiente para asignar la competencia.**

Al analizar si el bien jurídico o su titular tiene que ver con un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria, no cabe duda que la **integridad personal, es un interés vital para ambas culturas.**

La finalidad de proteger la integridad personal o incolumidad deviene del mismo preámbulo de la Constitución Política y en desarrollo de los fines esenciales del Estado, norma superior que para su expedición en 1991 contó con la activa participación del componente indígena, por cuanto todas las autoridades de la República, entre ellas las de los pueblos ancestrales, han de estar instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y demás derechos, así como para asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado y garantizar un orden político, económico y social justo.

Por eso el **principio de lesividad**, como juicio de desvalor a la conducta prohibida, se asegura la esfera física de protección de las personas para que no se atente o se cause daño en el cuerpo o

la salud sea por lesiones o afectaciones que alteren su anatomía, las funciones de sus órganos, etc.

**Como el bien jurídico interesa a ambas culturas el factor objetivo no resulta determinante, adquiriendo prevalencia los otros factores:** el hecho ocurrió en un ámbito ancestral (**territorial**), los procesados son indígenas del Resguardo de Ambaló (**personal**), y ésta última comunidad cuenta con autoridades para juzgar a sus integrantes (**institucional**).

Por lo anterior, **razón le asiste al casacionista cuando destaca que era la jurisdicción especial indígena la que debió conocer del asunto**, por ello, al **prosperar el cargo de casar el fallo impugnado a fin de declarar la nulidad de todo lo actuado en la justicia ordinaria, remitiéndola al Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló Silvia-Cauca.**

No se hace algún pronunciamiento relativo a la libertad de los procesados por cuanto no han estado privados de ese derecho y aun cuando en el fallo de condena sólo a HCG se le había negado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, su cumplimiento se supeditó a la ejecutora de la decisión.

Se comunicará al Tribunal Superior [...] esta decisión para que en el evento que se haya librado orden de captura contra CG, si aún no ha sido cancelada, se proceda a su cancelación».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

#### Inicio

### **16. INASISTENCIA ALIMENTARIA - ANTIJURIDICIDAD**

***El cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro***

Al desatar la *impugnación especial*, como garantía del principio de *doble conformidad* judicial, la Sala encontró necesario ratificar la condena impuesta por primera vez en segunda instancia, respecto del delito de *Inasistencia Alimentaria*, tras constatar que se encontraban reunidos, más allá de toda duda razonable, los presupuestos para condenar a la procesada. La

Corporación estimó fundamental precisar que la obligación alimentaria también comprende el amor, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación. Así mismo, observó necesario explicar, en punto de la *antijuridicidad* del comportamiento, que el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento por parte del otro, salvo que se demuestre que la sustracción del deber se fundamentó en justa causa.

**SP3203-2020 (54124) 26/08/2020**

**Magistrado Ponente:**

José Francisco Acuña Vizcaya

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**INASISTENCIA ALIMENTARIA - Lesividad:** constituye una grave violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Marco jurídico nacional e internacional** || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** resguardar la unidad familiar || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Elementos** || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Requisitos:** necesidad del beneficiario || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - jurisprudencia constitucional** || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Requisitos:** capacidad económica del deudor || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Se fundamenta en el principio de solidaridad** || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** no lo es la defraudación económica del capital ajeno || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Concepto:** constituye una conducta ilícita de infracción al deber || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance:** subsiste aun cuando uno de los padres tenga la suficiente solvencia económica para suplir los requerimientos que demanda su hijo || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance:** en las relaciones paterno-filiales existe una igualdad entre los derechos y los deberes que les asisten a ambos padres respecto de sus hijos || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Antijuridicidad:** el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro

### «Del delito de inasistencia alimentaria»

Sobre la naturaleza y relevancia jurídica del bien jurídico respecto al cual versa del delito de inasistencia alimentaria, la Corte ha sostenido que constituye una grave violación a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya protección se halla prevista por instrumentos normativos tanto de carácter internacional como nacional.

Desde el primer ámbito, la temática ha sido desarrollada por los artículos 16-3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 10-1 y 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias y el Convenio sobre la

Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores.

A nivel nacional, el artículo 24 de la Ley 1098 de 2006 regula el derecho a los alimentos para menores de edad, bajo el siguiente tenor:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

El incumplimiento a ese deber acarrea la responsabilidad descrita en el artículo 233 del Código Penal, según el cual, el que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión. La pena, valga destacar, se agravará cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

La Sala, por su parte, ha definido como elementos constitutivos de este ilícito: **i)** la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado; **ii)** la sustracción total o parcial de la obligación, y **iii)** la inexistencia de una justa causa, de modo que del incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique.

Igualmente, siguiendo la jurisprudencia constitucional (C-237 de 1997), ha precisado que el deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad económica del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia (CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023; CSJ AP, 22 ago. 2018, rad. 51607 y CSJ SP, 29 abr. 2020, rad. 43689).

En lo que tiene que ver con la primera condición, oportuno aclarar que hace relación a cuando la persona con derecho a reclamar alimentos necesarios para su subsistencia no está en capacidad de procurárselos por sus propios medios.

Bajo ese entendido, cuando los titulares son menores de edad, se exige al alimentante -

generalmente los padres- una gran responsabilidad constitucional y legal, en tanto se encuentran en juego principios, valores y derechos fundamentales, puesto que la garantía a recibir alimentos es indispensable y esencial para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se hallan inhabilitados para proveer su propio sostenimiento y se encuentran en una situación de indefensión y vulnerabilidad (C-017/19).

Obligación que subsiste aun cuando uno de los padres tenga la suficiente solvencia económica para suplir los requerimientos que demanda su hijo. De un lado, porque lo que se sanciona no es la defraudación financiera del capital ajeno, sino que el delito de inasistencia alimentaria pretende proteger a la familia, puniendo la falta de cumplimiento total o parcial de los compromisos que emergen del vínculo de parentesco y que pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia.

De otro, porque en las relaciones paterno-filiales existe una igualdad entre los derechos y los deberes que les asisten a ambos padres respecto de sus hijos (C-727 de 2015). Lo anterior va de la mano con el principio de solidaridad, tan esencial y afín al concepto del bien jurídico que se estudia, conforme al cual los progenitores se hallan obligados a sostener a sus hijos menores de manera solidaria y equitativa, en la cuantía en que lo exijan las circunstancias del beneficiado y la capacidad económica del obligado.

Esa es la razón por la cual la inasistencia alimentaria, como **delito de infracción de deber**, no se orienta a la modificación del resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial exigido al autor del hecho punible. De ahí que el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social específico, en este caso, el de alimentante (CSJ SP, 30 may. 2018, rad. 47107).

De manera que, como lo advirtió la Corte en providencia CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 21161, **el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro, a menos que, por supuesto, se demuestre que se ha sustraído a la prestación con justa causa**.

**OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance:** subsiste aun cuando uno de los padres tenga la suficiente solvencia económica para suplir los requerimientos que demanda su hijo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Antijuridicidad:** el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** resguardar la unidad familiar || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Se configura || OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance:** también comprende el amor, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Capacidad económica del infractor:** determinación || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Demostración:** de la capacidad económica || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Configuración:** no se justifica por la existencia de otro hijo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Dolo:** evento en que el procesado conocía la existencia del deber y no obstante decidió incumplirlo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Se configura || CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado

«El censor afirma que el Tribunal *«desconoció»* que la cuota alimentaria suministrada por el progenitor a su hijo A.F.M.P. cubre sus necesidades básicas, al tiempo que aquél *«goza de todos los privilegios de un niño de clase alta»*.

Por el contrario, la Corte advierte que el ad quem sí tuvo en cuenta tales circunstancias, solo que las consideró inválidas para predicar ausencia de daño al bien jurídico tutelado.

[...] Conclusiones valorativas que comparte la Sala, no sólo desde el análisis del contenido de la prueba, sino porque, como se explicó en el acápite anterior, **carece de fundamento exonerar a quien esté en la obligación legal y en capacidad de suministrar alimentos, cuando el beneficiario de los mismos tiene plenamente garantizadas sus necesidades**.

Luego, **en nada releva la obligación que le asiste a CRPV respecto de su menor hijo A.F.M.P., que el progenitor, además de suplirle sus necesidades básicas, le provea educación en uno de los mejores colegios de Neiva, vivienda en un *“condominio club campestre”* y lo lleve a pasear fuera de la ciudad los fines de semana,**



máxime cuando tales prebendas las ha recibido el menor por ayuda que ha provenido a la par de sus abuelos paternos.

Adicionalmente, **la obligación alimentaria también comprende el amor, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación**, entre otros aspectos que garantizan el desarrollo armónico e integral de los infantes y los adolescentes (CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023), sin que la acusada se los hubiera proporcionado a su hijo.

Dilucidado ese aspecto y habiéndose estipulado el vínculo entre el alimentante y alimentado, encuentra la Corporación acreditada igualmente la sustracción total de la obligación alimentaria y la inexistencia de una justa causa.

Como lo resaltó el Tribunal, CRPV *“no demostró haber indemnizado a la menor víctima, ni cumplido en el curso del proceso, así fuera parcialmente, con el pago de las cuotas alimentarias”*. En tal sentido se pronunciaron los testigos CAMM, CAM y DMS (padre y abuelos del menor), quienes al unísono refirieron que la acusada, desde que perdió la custodia de su hijo A.F.M.P. (3 de abril de 2013), se ha abstenido de suministrarle alimentos, hecho certificado igualmente por los Juzgados de Descongestión, 1° y 3° de Familia de Neiva en documentos válidamente aportados al juicio.

Tema que en todo caso no fue objeto de discusión por parte de la defensa.

También está probado que la procesada **contaba con la suficiencia económica para solventar dicha obligación legal**, sólo que se sustrajo sin justa causa a ello.

CAMM, CAM y DMS, afirmaron que CRPV, para la época en la que estaba obligada a pagar los alimentos a su hijo, era odontóloga de profesión, al paso que llegó a tener 3 consultorios en la ciudad de Neiva, con sus respectivos empleados, establecimientos de razón social [...] y [...]. Último

del que, según el denunciante, fue propietaria por más de 6 años, al punto que allí, como lo indicó CAM, era donde él y su esposa le entregaban al niño y lo recibían luego de que la acusada ejerciera su derecho de visita.

Así mismo, el primer testigo allegó copia de dos certificados de libertad que acreditan a CRPV como propietaria de un apartamento con parqueadero en el [...].

En cuanto al **otro hijo** que aduce tener la acusada, además de que ese hecho no fue probado en juicio, como se precisó en decisión CSJ AP, 22 ago. 2018, rad. 51607, **no constituye una justa causa que la disculpe de la sustracción a su obligación alimentaria**, pues los hijos tienen iguales derechos alimenticios.

Finalmente, la participación activa de CRPV en el proceso de restablecimiento de derechos de A.F.M.P. refleja el conocimiento que tenía de la existencia de su deber filial y legal. Incluso, en el fallo de tutela del 7 de febrero de 2014, a través del cual se le amparó el derecho al debido proceso dentro de la referida actuación administrativa, el Tribunal Superior de Neiva resaltó lo siguiente:

[...] Lo que conlleva a predicar que **la enjuiciada conocía la existencia del deber y no obstante decidió incumplirlo**, es decir, desplegó de manera dolosa la conducta omisiva.

Conforme a los motivos expuestos en precedencia, las censuras del defensor son insuficientes para revocar la condena. Por el contrario, las pruebas practicadas durante el juicio llevan al **conocimiento más allá de duda razonable de la materialidad del delito de inasistencia alimentaria y la responsabilidad penal** de CRPV, por lo que la sentencia del Tribunal en ese sentido **será confirmada**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

---

## Inicio

### 17. LAVADO DE ACTIVOS - CONFIGURACIÓN:

**Se requiere, como mínimo, la concurrencia de un hecho indicador debidamente**

**probado, a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva**

La Sala decidió casar el fallo impugnado y absolver al acusado de los cargos por los delitos de *Lavado de Activos* y *Enriquecimiento Ilícito de Particulares*, luego de encontrar que el Tribunal

incurrió en *falso raciocinio* por vulneración del *principio de razón suficiente*. Tal situación se derivó de una lectura indebida de la jurisprudencia, que lo llevó a considerar que podía dar por demostrado el elemento estructural del delito contra el orden económico social, sin contar con *prueba directa o indirecta* de ello, olvidando que en estos eventos se requiere, como mínimo, la concurrencia de un *hecho indicador* debidamente probado, a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una *fuentes ilícita*.

**49906 del 06/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FALSO RACIOCINIO - Se configura:** por violación al principio de razón suficiente || **LAVADO DE ACTIVOS - Configuración:** exige la acreditación del origen ilícito de los recursos, a través de prueba directa o indirecta || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Tema de prueba:** en los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares || **LAVADO DE ACTIVOS - Es un delito autónomo:** respecto de las actividades delictivas que dieron origen, mediato o inmediato, a los bienes sobre los que recae la conducta || **LAVADO DE ACTIVOS - Configuración:** se requiere, como mínimo, la concurrencia de un hecho indicador debidamente probado, a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** Fiscalía, obligación de probar la concurrencia de los elementos que integran los tipos penales, para desvirtuar la presunción de inocencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** Fiscalía, en casos de lavado de activos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** defensa, en casos de lavado de activos, se invierte sólo a condición de que se satisfaga la hipótesis de la acusación || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Se vulnera** || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** de la duda razonable, cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa a la del acusador, que puede ser catalogada como verdaderamente

plausible || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **LAVADO DE ACTIVOS - No se configura** || **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES - No se configura** || **CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la condenatoria impugnada, y dispone la absolución del procesado

«Con todo y al margen de que no se demostraron los errores propuestos en la censura, advierte la Sala que el Tribunal **sí incurrió en un falso raciocinio derivado de la violación del principio de razón suficiente** porque la motivación que esgrimió para sustentar la condena no basta para sostener una decisión de tal naturaleza. En efecto y según se precisó líneas atrás, los jueces de instancia decidieron condenar a IT por el delito de lavado de activos con fundamento en dos únicas premisas: **(i)** el hallazgo de la suma de dinero oculta en el equipaje del procesado; y **(ii)** la inferencia de que ese capital es de origen ilícito por la supuesta ausencia de prueba sobre su licitud.

Como lo ha precisado la Sala en recientes pronunciamientos, **la configuración del delito de lavado de activos exige la demostración a través de prueba directa o indirecta del elemento estructural del tipo penal que se refiere al origen de los bienes sobre los que recae la conducta.**

[...] Sin embargo, dentro de la sentencia que se analiza **el Tribunal ninguna mención hizo sobre la existencia de algún hecho indicador que le sirviera de insumo para construir un indicio sólido** sobre la posible vinculación de IT con las actividades delictivas que enlista el artículo 323 del Código Penal y, menos aún, para inferir razonablemente que el dinero incautado tiene su origen mediato o inmediato en alguna de esas conductas. Tal omisión encuentra su explicación en el simple hecho de que dentro del acervo probatorio no es posible extraer ningún elemento de convicción que satisfaga el estándar de conocimiento sobre la realización de alguno de los tipos penales subyacentes.

**Si bien es cierto la Corte ha precisado que la imputación por el punible de lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otro delito**, lo que implica que no es necesario demostrar que el delito subyacente ocurrió en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, no menos lo es que **para efectos de sustentar la responsabilidad penal por este**

**punible se requiere, como mínimo, la concurrencia de un hecho indicador debidamente probado a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva.**

En el caso bajo estudio, el Tribunal asumió, en términos generales, que el delito subyacente al de lavado de activos es, precisamente, el de enriquecimiento ilícito de particulares. [...].

[...] Bajo ese entendido, la **violación indirecta de la ley en la que incurrió el Tribunal por la vía del falso raciocinio al transgredir el principio de razón suficiente** se concretó al concluir que está demostrado que IT llevaba en su equipaje una alta suma de dinero que tiene su origen en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares lo que a su vez tipificó el delito de lavado de activos porque jamás justificó el origen lícito de ese capital.

Como se puede observar, para elaborar este razonamiento el Tribunal partió de dos premisas que obtuvo a partir de la construcción de indicios: la primera, que IT incurrió en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares por el solo hecho de transportar una alta suma de dinero oculta en su equipaje, y la segunda, que el dinero incautado es de origen ilícito, lo que a su vez tipificó el punible de lavado de activos.

Con todo, encuentra la Sala que **los indicios a partir de las cuales se sustentó la hipótesis de la acusación no están respaldados por ningún elemento de prueba que demuestre plenamente la concurrencia de un hecho indicador** a partir del cual se pueda inferir que IT incrementó su patrimonio -o el de otra persona- realizando actividades ilícitas y que la suma de dinero que portaba al momento de su captura provenía de esa misma conducta delictiva.

En otras palabras, **no hay un solo hecho indicador, debidamente probado**, que conecte a IT con alguna actividad delictiva como para poder inferir que esa fue la fuente del capital que se le incautó.

Y es que **el tema de la prueba en los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares** no solo debe recaer en la demostración de que se conjugó alguno de los verbos rectores que contienen las normas sino que también **es necesario**, como así lo ha precisado la Sala, **que los hechos indicadores a partir de los cuales se construye el indicio del**

**origen ilícito de los bienes, también se encuentren plenamente demostrados.** [...].

[...] En resumen, la única prueba que sustentó la hipótesis de la acusación se contrajo a la captura en flagrancia de IT cuando portaba de forma oculta en su equipaje de viaje una alta suma de dinero que no declaró ante las autoridades aduaneras colombianas. Al margen de este hecho, ningún otro elemento de conocimiento se aportó para demostrar la existencia de, por lo menos, un solo hecho indicador que vinculara al procesado con alguna de las actividades ilícitas que enlista el artículo 323 del Código Penal. En el mismo sentido, tampoco se probó la concurrencia de los elementos estructurales del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, pues además del hecho de portar las divisas, ninguna otra prueba conduce a concluir, más allá de toda duda, que dicha suma constituyó un incremento patrimonial producto del ejercicio de alguna actividad delictiva.

**El error del Tribunal consistió, entonces, en un falso raciocinio por violación al principio de razón suficiente porque es incontrovertible que la construcción inferencial elaborada no tiene el mérito probatorio necesario para llegar al estándar de conocimiento que una decisión condenatoria demanda.** Más aún, cuando, **sin contar con un solo hecho indicador debidamente probado** y distinto a la captura en flagrancia, dedujo que el dinero incautado a IT tuvo su origen en una actividad ilícita, lo que a su vez utilizó como fundamento **para concluir, erróneamente, que se colmaron los elementos constitutivos de los tipos penales de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares.**

Además de lo anterior, **los jueces de instancia también emplearon un razonamiento equivocado para afirmar que**, en todo caso, cuando se juzgan las conductas que tipifican los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares **se invierte la carga de la prueba**, de manera que siempre corre a cargo de la defensa la obligación de desvirtuar la hipótesis de la acusación.

A partir de esta deducción, se pone en evidencia que el Tribunal pasó por alto el mandato constitucional contenido en el artículo 250 de la Constitución Política que establece que **en los juicios penales la carga de la prueba recaerá, por regla general, en la Fiscalía General de la Nación.** Esto implica que **el ente acusador tiene**

**la obligación de probar la concurrencia de todos los elementos que integran los tipos penales y desvirtuar así la presunción de inocencia** que opera siempre a favor del procesado.

Siguiendo esta lógica, **en los procesos que se adelanten por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, también corre por cuenta de la Fiscalía la carga de demostrar su ocurrencia y la responsabilidad penal del procesado.** De ahí que **solo a condición de que se satisfaga la hipótesis de la acusación, se invertirá la carga de la prueba y se activará para la defensa la posibilidad de proponer y probar una tesis alternativa** que explique, en el caso de estos tipos penales, la procedencia u origen lícito de los bienes involucrados en los hechos de la acusación.

[...] Sin embargo, en el presente caso y conforme se viene analizando, **la Fiscalía no logró superar el estándar de conocimiento exigido para demostrar la concurrencia de todos los elementos que integran los tipos penales imputados. El Tribunal, por su parte, erró al exigir que la defensa desvirtuara la hipótesis de una acusación que no fue suficientemente probada** y, al no encontrar colmado ese requerimiento, acudió a una defectuosa creación de indicios para justificar la decisión de condena.

Al margen de la comprobada ausencia de prueba para soportar la acusación, lo que de entrada implica la **aplicación del principio de in dubio pro reo**, reconoce la Sala que **la defensa, por su parte, propuso una hipótesis plausible acerca de la procedencia lícita del dinero incautado**, y para soportarla, aportó una serie de pruebas con las que demostró que IT: **(i)** recibió un desembolso de ciento noventa y ocho mil setecientas (198.700) liras turcas del banco Odeobank de Turquía por concepto de la venta de una casa a la señora NC, a quien esa entidad financiera le otorgó un préstamo; **(ii)** es una persona que se dedica a una actividad comercial lícita en su país de origen, como es la construcción y venta de inmuebles; **(iii)** era el gerente de una sociedad legalmente establecida con un capital que ascendía a la suma de

300.000 liras turcas; y **(iv)** viajó a Colombia para visitar a su hijo y comprarle una casa en la ciudad de Cali.

Con todo, los falladores de instancia decidieron restarle todo el mérito probatorio a los medios de prueba que demostraban, de forma razonable, el origen de los recursos, acudiendo para ello a la imposición de un criterio de autoridad sustentado en una sesgada interpretación de la jurisprudencia que esta Corte ha sentado sobre la materia, pasando por alto principios insoslayables del proceso penal como son la **presunción de inocencia y la carga de la prueba.**

[...] Recapitulando. De acuerdo con lo expuesto, entonces, aparece como conclusión evidente que **el Tribunal**, al realizar la construcción indiciaria en la que sustentó la condena de IT, **incurrió en un error de hecho por falso racionio porque**, sin contar con prueba demostrativa de un hecho indicador distinto al hallazgo del dinero oculto en su maleta, **infirió, sin razón suficiente, la presencia de los elementos comunes a los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares** que hacen relación al origen ilícito de los bienes y a su vinculación con actividades delictivas.

**Evidenciado el yerro cometido** por el fallador de segundo grado en la justificación de la sentencia proferida, **concluye la Sala que, corregido aquél, la decisión censurada no puede sostenerse** porque la Fiscalía no logró demostrar, cuando menos en el grado exigido para proferir condena, que el dinero que se le incautó a IT tuvo su origen mediato o inmediato en alguna actividad delictiva.

En ese orden y como quiera que las razones esbozadas resultan suficientes para **casar el fallo impugnado y, en su lugar, revocar la decisión de condena para imponer la absolución del procesado**, la Sala encuentra innecesario, por sustracción de materia, examinar los restantes reparos contenidos en la demanda».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**



**18. LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES**  
**Admite la modalidad de tentativa en los casos del inciso primero del artículo 116 A del Código Penal**

La Sala decidió *no casar* la sentencia impugnada y confirmar el fallo condenatorio impuesto por primera vez en segunda instancia, por el delito de *lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares en grado de tentativa*. A este respecto, encontró necesario efectuar fundamentales precisiones sobre los antecedentes legislativos de este novedoso tipo penal autónomo, contemplado en la denominada *Ley Natalia Ponce*, por cuya virtud y como excepción a la regla general que rige el ordenamiento, tratándose de la conducta de lesiones personales, se introdujo la modalidad de tentativa frente a la hipótesis contemplada en el inciso primero del artículo 116 A del Código Penal, dispositivo amplificador del tipo que se encontró probatoriamente acreditado en el asunto concreto, que fue analizado observando la garantía de doble conformidad.

**SP2916-2020 (55653) del 29/07/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - En grado de tentativa:** demostración || **PRUEBA PERICIAL - Examen químico:** apreciación || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - Finalidad legislativa:** Ley Natalia Ponce, funda su expedición en la necesidad de tratar con mayor rigor la conducta como tipo penal autónomo y en procura de proteger a la mujer (Ley 173 de 2016) || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - Evolución legislativa:** Ley Natalia Ponce, al igual que el feminicidio, la agresión por este medio se fundamenta en criterios discriminatorios y busca afectar la dignidad, autoestima y autonomía de la mujer (Ley 173 de 2016) || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer || VIOLENCIA DE GÉNERO - Uso de agentes químicos || LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - Evolución**

**legislativa:** Ley Natalia Ponce, criterio expansivo, delimita un tipo específico y autónomo, introduciendo la modalidad de tentativa (Ley 173 de 2016) || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - Evolución legislativa:** antes de la introducción del artículo 116 A del Código Penal, se consideraban propias del punible de lesiones personales || **TENTATIVA - Concepto || TENTATIVA - Actos de ejecución || DELITOS DE MERA CONDUCTA - No admiten la tentativa || LESIONES PERSONALES - Tipicidad objetiva:** por su estructura, no admite la modalidad de tentativa, dada la adscripción directa de la pena al daño o resultado demostrado de la agresión || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - Diferencia con el tipo de lesiones personales:** no impide acudir al dispositivo amplificador de la tentativa || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - Delito de resultado:** admite la modalidad de tentativa en los casos del inciso primero del artículo 116 A del Código Penal || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y / O SUSTANCIAS SIMILARES - Agravado:** inciso segundo artículo 116 A del Código Penal, no admite la modalidad de tentativa

«[...] la verificación material de los motivos de inconformidad expresados por el representante judicial de la acusada, arroja fortuna respecto de sus pretensiones, pues, se hace evidente que el cargo parte de un presupuesto errado para así buscar significar la materialidad de un presunto error de hecho por falso raciocinio.

A este efecto, la Corte debe comenzar por señalar que no existe discusión respecto de la forma en que sucedieron los hechos, pues, se ha aceptado, por virtud de lo que declarara la víctima, los agentes de policía que le prestaron protección y el examen químico realizado al líquido que en una botella llevaba la acusada, cómo, ya pasada la medianoche del 15 de enero de 2016, en plena vía pública y durante una riña verbal, MAML, **arrojó en contra de la humanidad de EFS, el contenido del frasco que llevaba consigo, no otra cosa que ácido clorhídrico, el cual no afectó la humanidad de su contradictora gracias a las maniobras que esta realizó para evadirlo.**

Lo descrito se encuentra verificado con los medios de prueba allegados, mismos que no solo otorgan completa credibilidad, sino que no han sido controvertidos en su esencia a lo largo del trámite procesal.

Así, la víctima describió cómo al llegar al lugar por el cual se desplazaba la acusada, esta extrajo

el frasco con el ácido, lo que la obligó a correr, logrando con ello evadir la lesión.

Y ello es soportado completamente con lo expuesto bajo la gravedad del juramento por los dos agentes que auxiliaron a la afectada, monocordes en sostener que, en efecto, vieron el preciso momento en que la procesada lanzó el líquido en contra de la humanidad de EF, pero no dio en el blanco gracias a que esta corrió y evitó se le impregnase con el mismo.

Tampoco se duda de la calidad de la sustancia que arrojó la acusada, pues, de inmediato el frasco que llevaba en su bolso le fue incautado por los uniformados, que adelantaron una prueba preliminar positiva para su naturaleza corrosiva, después ratificada en el laboratorio por el perito.

En estas condiciones descrito lo ocurrido, sin posibilidad de controversia probatoria al respecto, en tanto, la defensa omitió presentar en juicio algún tipo de prueba que refute lo referido por los testigos de la Fiscalía, pero tampoco ha encontrado motivo para discutir la justeza de ello, para la Corte se verifica elemental la definición de la conducta punible en su cariz objetivo y consecuencial responsabilidad penal atribuida a MAM.

En este sentido, si bien, el tipo penal en estudio puede asumirse novedoso, es lo cierto que la conducta no lo es, pues, simplemente, **antes de la introducción del artículo 116 A en el Código Penal (Ley 173 de 2016, conocida como Natalia Ponce), las lesiones con ácido y similares, se consideraban propias del punible de lesiones personales**, y sus efectos punitivos se regulaban en razón de las consecuencias sobre la salud del afectado.

Al presente, **a más de delimitar un tipo específico cuando la agresión ocurre por este tipo de medios, se introduce la modalidad tentada del delito**, en consonancia con lo dispuesto al respecto por el artículo 27 del Código Penal.

En estricto sentido, sin que la Corte deba desgastarse con innecesarias disquisiciones respecto del **delito tentado**, su naturaleza, requisitos y efectos, la norma penal castiga con sanción atenuada los casos en los que se inicia la ejecución del hecho a través de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, pero esta no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

En este sentido, la Sala no deja de registrar que, en efecto, lo planteado por la novísima normatividad, **con la introducción del parágrafo segundo del artículo 116A, marca una diferencia ostensible con la manera en que se configura por el legislador el delito de lesiones personales, dado que en su estructura limita la posibilidad de acudir al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa**, pues, el tipo básico, artículo 111 del C.P., **siempre remite**, para la correspondiente punibilidad, **al daño efectivo y concreto que se registre en la víctima**, a su vez, desarrollado en las normas subsecuentes.

Esto, para significar que dentro de su naturaleza típica como delito, **las lesiones personales causadas con agente líquido álcalis o sustancia corrosivas descritas en el inciso 1° del artículo 116 A, no impide acudir al dispositivo amplificador de la tentativa**, en tanto, ontológicamente siempre será posible separar los actos ejecutivos idóneos dirigidos a causar el daño, de la intervención de una causa ajena a la voluntad del ejecutor, en términos del artículo 27 del C.P., que impide consumar la pretensión.

Vale decir, el que se trate de una conducta penada por el resultado -como sucede, cabe destacar, con el homicidio, que admite la modalidad tentada-, lejos de controvertir la tesis de realización en grado de tentativa, la prohíja, precisamente porque como no se consuma el delito, por razones ajenas al agente, se faculta acudir al fenómeno del conato.

Por el contrario, para ejemplificar, **los delitos llamados de mera conducta**, dígame, entre otros, la injuria, por su naturaleza **de ninguna manera permitirían aplicar el mecanismo amplificador**.

De este manera se entiende perfectamente factible establecer la modalidad tentada en el delito de lesiones personales aludido en el inciso 1° del artículo 116 A del Código Penal; conforme lo consagró el legislador al incluir en el parágrafo segundo de esa norma la tentativa en este punible.

**La llamada Ley Natalia Ponce**, como se recuerda, **funda su expedición en la que entendió el legislador necesidad de tratar con mayor rigor este tipo de conductas, a través de su visibilización como tipo penal autónomo y en procura de proteger de mejor manera a la**

**mujer** -cual sucedió también con la configuración del delito de feminicidio-, en el entendido que la agresión por este medio hunde sus raíces en criterios discriminatorios y busca, además del daño físico, afectar su dignidad, autoestima y autonomía.

En estas condiciones, se advierte cómo se buscó un **criterio expansivo** de la conducta, que no solo incrementa de manera superlativa la sanción, sino que abarque los actos ejecutivos adelantados, así no alcancen la consumación, dada su potencialidad por sí misma lesiva, referida al tipo de sustancia deletérea utilizada en el cometido dañoso.

Desde luego, la consagración del delito como tipo autónomo, que en sí mismo describe la acción objeto de pena y el monto de la misma, pero, con mayor efecto respecto de la naturaleza de la conducta, reseña además del daño, el tipo de elemento que se utiliza para procurarlo, y matiza las limitaciones, atrás referenciadas, respecto del tipo básico de lesiones personales detallado en el artículo 111 del C.P., que obligan determinar un daño concreto en el cuerpo o la salud, e impiden definir, para la tentativa, una intención antelada respecto de alguno de estos efectos.

Huelga señalar que **la posibilidad de adecuar la conducta fijada en el artículo 116 A del C.P., al fenómeno de la tentativa, remite exclusivamente al hecho contemplado en su inciso primero, pues, el segundo, que regula la modalidad más grave, sí exige la previa determinación de un resultado**, representado en *“deformidad o daño permanente, pérdida total o parcial, funcional o anatómica”*, que no solo dependen del querer del agresor, sino de los efectos concretos que en el cuerpo se causen y determine un galeno.

Debe resaltar la Corte, en consecuencia de lo referido, que la norma específica en examen, no modifica ni desestructura la forma en que el legislador ha estimado necesario tratar el delito de **lesiones personales en general**, vale decir, este **no admite la modalidad tentada, dada la adscripción directa de la pena al daño ocasionado, o mejor, al resultado demostrado de la agresión.**

El artículo 116 A, entonces, constituye una excepción a ese criterio general, que solo posibilita, como se dijo atrás, la modalidad tentada en los casos de su primer inciso».

**LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - En grado de tentativa:** demostración || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - En grado de tentativa:** se configura, evento en que el sujeto activo arrojó sustancia corrosiva en contra de la humanidad de la víctima || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Proposición:** deben referirse a fenómenos de observación cotidiana || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - No se configuran || REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Diferencia con las leyes de la ciencia:** cuando se trata de un fenómeno pasible de verificar por medios objetivos || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, aptitud para provocar el resultado típico en un curso causal ordinario || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** confirma condena

«Hecha la precisión, es ostensible, para la Sala, que efectivamente la acusada superó, en el caso concreto, el límite no castigado de los actos preparatorios e incursionó en los ejecutivos, pues, no otra conclusión puede extractarse del hecho de sacar de su bolso el frasco contenido de la sustancia corrosiva y arrojar esta en contra de la humanidad de la víctima.

Desde luego, en este escenario emerge carente de soporte probatorio y dogmático la tesis que en contrario y sin mayor argumentación busca entronizar el defensor de la procesada, entre otras razones, porque no se hace radicar en la dinámica de los actos alcanzados a desplegar por su protegida, sino que se soporta en un hecho ajeno a esta, radicado en que, supuestamente, lo ejecutado emerge inidóneo para obtener el resultado querido, e incluso, que tampoco se buscaba un resultado dañoso, porque los medios no eran adecuados, argumento que no admite la realidad probatoria que **acredita que tanto el liquido corrosivo como la conducta de la acusada de arrojarlo a poca distancia hacia la víctima, eran suficientemente idóneos y constitutivos de actos ejecutivos de lesiones personales.**

Tampoco es necesario que en este caso la Corte asuma un estudio profundo de las teorías que gobiernan la idoneidad de medios y sus efectos respecto de la conducta, hasta derivar en el llamado delito imposible o tentativa inidónea,



apenas, porque el recurrente ningún esfuerzo adelanta para derivar hacia allí la discusión.

Por sustracción de materia, se aclara, nada tiene que responder la Sala, en tanto, la controversia planteada se remite al campo probatorio, dentro de **la especulación que surge a partir de una regla de la experiencia que no lo es.**

En efecto, el centro de discusión gira en torno de la postura personal del defensor, planteada como **regla de la experiencia**, que muta la actividad desarrollada por la afectada para evitar el daño - esto es, en términos del tipo penal, la circunstancia ajena a la voluntad de la procesada-, en inusual o de imposible ocurrencia.

Cabe anotar que, por fuera de la interesada visión del recurrente, nada soporta su afirmación atinente a que, en tratándose de un líquido el arrojado a la víctima, solo por virtud de la completa inidoneidad del medio o la ausencia de voluntad de causar lesión de la acusada, puede explicarse que este no diera en el blanco.

Ello, se repite, **de ninguna manera constituye una regla de la experiencia, como quiera que, si se tratase de un fenómeno pasible de verificar por medios objetivos** -no de un comportamiento humano que pueda registrarse ocurrir de manera común dentro de un ámbito específico- **el tema deriva hacia tópicos científicos**, o cuando menos técnicos, que demandan de la correspondiente demostración por vía pericial.

En otros términos, si el impugnante advierte que en todos los casos en que se arroja una sustancia desde un frasco a determinada persona, esta necesariamente debe impactar en la misma, se obligaba presentar el correspondiente estudio físico que así lo demuestre.

Pero, es claro, ello no puede ser objeto de ningún tipo de demostración cabal dentro de esos términos, precisamente, porque para ese efecto se reclama examinar muchas variables, entre ellas, la que desde la acusación funda el delito tentado, remitida a que el objeto de ataque no era un blanco inanimado e inmóvil -en cuyo caso, cabe aclarar, también es posible errar el golpe, entre otras razones, por la falta de tino del atacante- sino una persona que, al advertir evidente la agresión -en actos ejecutivos representados por la exhibición del frasco y el lanzamiento de su contenido- corrió para no ser alcanzada por la sustancia corrosiva.

Lo que los hechos aquí examinados informan, acorde con la prueba recaudada, es que la víctima pudo correr y este fue el factor eficiente para que la sustancia no la afectara en su humanidad, **sin que quepa ninguna duda de que la acción alcanzada a realizar por la acusada, materializa por completo el acto ejecutivo e idóneo propio del delito tentado;** y, además, que esa actividad puntual define ostensible **una voluntad inequívocamente dirigida a obtener el resultado querido**, no otro distinto a lesionar a su contradictora.

Así las cosas, para responder a una de las inquietudes del impugnante, si de verdad la acusada no quería afectar la integridad física de la víctima, pues, simplemente, no le habría arrojado el líquido corrosivo.

Para la Sala, una vez verificados las pruebas allegadas a la encuesta, surge evidente que no solo el medio, sino la acción adelantada por la acusada, emergen idóneos para obtener el resultado dañoso.

Respecto de lo primero, el medio, al juicio acudió el **perito**, que no solo detalló la naturaleza del líquido encontrado en poder de la procesada, hasta definir, sin duda, que se trata de ácido clorhídrico, sino su capacidad dañosa para el cuerpo y la salud.

Sobre este particular, por fuera del conocimiento común respecto de una sustancia que acostumbra usarse en tareas mecánicas y similares, es claro que corresponde a un líquido que causa de inmediato quemaduras en la piel, dada su naturaleza cáustica y altamente corrosiva, a más de los ojos y las vías respiratorias. Incluso, si alcanza a penetrar por vías orales al organismo, puede generar la muerte.

No ha sido este tópico, por lo demás, uno que fuese objeto de controversia por los sujetos procesales en los estadios del trámite procesal.

En lo que corresponde a los actos ejecutivos desarrollados por la procesada, el demandante apenas insinúa, sin precisar el punto, que la distancia entre víctima y victimaria debió ser mucha -tanta, que no era posible alcanzar con el líquido arrojado a la segunda-, pues, solo así se explica que no se hiciera blanco.

A este efecto, ya se anotó cómo son muchos los factores que pueden incidir en que no se alcance



el objetivo, entre ellos, el poco tino de quien arroja la sustancia.

Pero, en el caso concreto se tiene establecido, por virtud de lo narrado por la afectada y los agentes de policía, testigos presenciales del hecho, que no fue la distancia un factor incidente que frustrase lo pretendido.

Se recuerda, la acción ejecutiva inició en el mismo momento en que víctima y victimaria se pusieron a la par, en el mismo lugar de la vía pública por la cual ambas se desplazaban.

Allí, de inmediato la acusada se dispuso a arrojar el líquido, lo que produjo la huida de la víctima, momento en el cual lanzó la sustancia ML, solo que por virtud de la maniobra defensiva de su contradictora, no se alcanzó el objetivo.

Los uniformados confirman que una y otra actividades -ademán de lanzar el líquido e inmediata carrera de la potencial afectada-, se sucedieron de manera coetánea, verificando que la distancia era mínima, esto es, que la posibilidad de daño era real.

Sobra señalar, que precisamente la existencia de circunstancias ajenas al querer de la atacante, se erige en el factor fundamental que impidió la consumación del delito, lo que facultó inscribirlo en el dispositivo amplificador de la tentativa.

Entonces, demostrado que hallándose a la par ambas, la victimaria realizó actos ejecutivos inequívocos dirigidos a causar daño en la humanidad de la víctima, determinados, en un primer momento, en la actividad de destapar el

frasco y buscar lanzar su contenido en contra de la humanidad de aquella, no se duda que la carrera de la afectada, en contra de la cual siguió desarrollando su querer la procesada, al lanzarle la sustancia, se erigió en hecho ajeno que impidió la materialidad del daño.

Ello permite **verificar completamente adecuada la responsabilidad penal que por el delito de lesiones personales contenido en el artículo 116 A del C.P., concluyó el Tribunal, decisión que habrá de confirmarse en su integridad.**

Finalmente, como el desarrollo argumental lo hace ver, la Corte, en procura de satisfacer el presupuesto de **doble conformidad**, examinó detalladamente la decisión condenatoria de segundo grado, acorde con el material probatorio arrimado al juicio de manera legal, superando ampliamente el campo de acción del cargo formulado en casación.

En otras palabras, para efectos de cumplir con el estándar mínimo de debido proceso y derecho de defensa, el examen de la Sala se extendió a todos los factores incidentes en la condena, procesales, fácticos, jurídicos y probatorios, hasta definir que, en efecto, la procesada ejecutó el delito objeto de acusación, con absoluta responsabilidad penal, razón suficiente para que deba **confirmarse el fallo proferido por el Ad quem**».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

## Inicio

### **19. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - NULIDAD** ***Se configura, cuando se emite sentencia sin que la Fiscalía hubiese aportado las pruebas que acrediten la ocurrencia de los hechos delictivos y la responsabilidad de los inculcados***

La Sala declaró la *nulidad* de lo actuado a partir del cierre de la *audiencia concentrada*, al encontrar configurada la violación del *debido proceso*, toda vez que la sentencia de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal

Superior de Distrito, se emitió sin contar con los elementos probatorios que acreditaran no sólo la ocurrencia de las conductas atribuidas sino la responsabilidad de los acusados, prescindiendo así de la debida motivación de la determinación, en garantía del *derecho de contradicción* de las partes. En este sentido, se precisó que la decisión definitiva que pone fin a este tipo de actuaciones en la *justicia transicional*, no puede producirse si la Fiscalía omitió presentar los referidos medios probatorios en la *audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos*, dado que el fallo no puede sustentarse

únicamente en la admisión de éstos por parte de los procesados.

**SP2876-2020 (55135) 05/08/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad** || **NULIDAD - Sentencia:** se configura || **PRUEBA - Finalidad** || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Principio de complementariedad** || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Alcance** || **DEBIDO PROCESO - Alcance** || **DECISIONES JUDICIALES - Motivación:** la obligación de argumentarlas constituye una barrera contra la arbitrariedad || **DECISIONES JUDICIALES - Motivación:** para satisfacer el principio de contradicción, ha de ofrecer respuestas a los planteamientos de los sujetos procesales, para que estos sepan por qué se acogen o no sus tesis o valoraciones || **PRUEBA - Conocimiento privado del juez:** se proscribe que pueda decidir con base en éste || **JUEZ - Está sometido al imperio de la ley**

«La Sala estima que **no es posible pronunciarse de fondo sobre los recursos interpuestos, en tanto que se advierten graves falencias** en el trámite adelantado por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz [...] y que **sólo pueden remediarse decretando la nulidad de la actuación.**»

En efecto, señala el artículo 14 de la Ley 975 de 2011 in fine que «*l[as] decisiones que resuelven asuntos sustanciales y las sentencias deberán fundamentarse fáctica, probatoria y jurídicamente e indicar los motivos de estimación o desestimación de las pretensiones de las partes.*»

Tal precepto resulta consonante con el principio contenido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, según el cual, «*Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del*

*acusado, como autor o partícipe*», y el artículo 381 ib, «*Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.*» normas que irradian el proceso de Justicia y Paz, por virtud del principio de complementariedad normativa dispuesta en el artículo 62 Ley 975 de 2005.

Los enunciados normativos citados constituyen una **materialización de la garantía constitucional del debido proceso en la medida en que permiten conocer el sustento probatorio que tuvo en cuenta el funcionario judicial al adoptar una determinada decisión, así como el mérito suasorio dado a los medios de prueba** acopiados en el proceso y el análisis e inferencia lógica realizados para dar solución a los problemas jurídicos planteados, **propiciando así que las partes puedan ejercer debidamente su derecho de contradicción.**

Tal exigencia constituye **un deber ineludible de los jueces en el Estado Social de Derecho**, conforme a los artículos 2, 228 a 230 de la Constitución Política, en la medida en que **limitan la arbitrariedad** y previenen cualquier abuso del poder con el cual han sido dotados para la resolución de las controversias jurídicas, dentro del respeto a la independencia e imparcialidad que son inherentes a la función judicial.

Adicionalmente **se proscribe que el juez pueda decidir con base en su conocimiento privado** en detrimento de los derechos de las partes a presentar, conocer y controvertir las pruebas que conduzcan a la verdad declarada en el proceso».

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Finalidad** || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juez transicional:** sometido al imperio de la ley || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Justicia transicional:** características || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Alternatividad penal:** aplicación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** supone la certeza de la participación del postulado en los hechos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía deben ser contundentes para la decisión del juez || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** deber del Tribunal de verificar la existencia de patrones de macrocriminalidad || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Patrón de macrocriminalidad:** acreditación,

omisión || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** omisión de presentar elementos materiales probatorios contundentes, no permiten emitir sentencia || **CONTEXTO - Construcción:** elementos que sirven de base, alcance probatorio || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera** || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** no puede emitirse si la fiscalía omitió presentar elementos materiales probatorios en la audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad** || **NULIDAD - Sentencia:** se configura

«[...] **a pesar de que el Proceso de Justicia y Paz constituye un procedimiento especial** previsto *«para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional»*, **no por ello resulta ajeno a los principios y garantías previstas en la Constitución** que rigen a quienes deben decidir sobre los mecanismos de alternatividad penal de los postulados y garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

En este sentido, **resulta trascendente el aporte de elementos materiales de prueba que sustenten los cargos atribuidos, pues no basta la sola confesión del postulado para dar por demostrado tanto la ocurrencia de los hechos como su probable participación en los mismos y por ende su consiguiente responsabilidad penal.**

[...] En el presente caso, se informa en el expediente que la fiscalía aportó un total de catorce (14) carpetas discriminadas así: (i) carpeta de identificación de los integrantes del frente William Rivas; (ii) carpeta con la estructura y georreferenciación del Frente “William Rivas”, (iii) carpeta audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos; (iv) carpeta con la solicitud de audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos y 1 CD; (v) carpeta de elegibilidad I del frente; (vi) carpeta de elegibilidad II y III del frente William Rivas; (vii) carpeta de elegibilidad IV, V y VI del frente “William Rivas”; (viii) carpeta actos previos a la Desmovilización; (ix) Carpeta contexto I; (x) Carpeta Contexto II; (xi) carpeta patrón de macrocriminalidad homicidio; (xii) carpeta macrocriminalidad Concierto para delinquir; (xiii) carpeta patrón de macrocriminalidad Bloque

Norte Frente William Rivas, (xiv) Carpeta Patrón de macrocriminalidad Postulado SM.

Al revisar tales documentos se observa que **no corresponden con ningún elemento de convicción que acredite la materialidad de los delitos** pues en las carpetas correspondientes a los patrones de macrocriminalidad donde aparecen referidos los delitos imputados, aparece un cuadro con información discriminada de la siguiente forma: *“identificación del cargo, la fecha de ocurrencia, lugar de los hechos, cantidad de víctimas, nombre de la víctima, resumen general del hecho, narración de los hechos por el postulado, resumen del SIJYP, elementos materiales probatorios, delito, circunstancias de mayor punibilidad, grado de participación, imputado a, autoridad, radicado, observación”*, siendo esos mismos anexos los que presentó la fiscalía en las audiencias de formulación de imputación inicial y en la concentrada de formulación y aceptación de cargos, como así se constató al examinar los audios de dichas diligencias y se corroboró con el informe de la Magistrada Ponente de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla mediante oficio 04/Desp. de 25 de febrero de 2020.

Valga precisar que en el recuadro correspondiente a la *«relación de los elementos materiales probatorios»*, simplemente se hace una enunciación e identificación de los mismos, **sin que se hubiesen entregado o aportado esos medios de convicción.**

Ahora bien, aunque la fiscalía en la solicitud de audiencia concentrada indicó que allegaba los elementos exigidos en el artículo 24 del decreto 3011 de 2013( derogado por 1079 de 2015), ello no significa que quedara relevada de presentar en el curso de la respectiva audiencia los elementos de prueba que sustentaran la imputación, esto es, los cargos atribuidos, ya que del mismo texto normativo citado se deduce que esos documentos corresponden a los anexos que deben acompañar la solicitud de audiencia que se equipara al escrito de acusación.

De esta forma, **no puede entenderse que el ente acusador no estaba obligado a aportar las evidencias y medios de prueba que respaldaran los cargos en el curso de la audiencia ni mucho menos que fuera óbice para que la Sala de Justicia y Paz los hubiese requerido en dicha diligencia pues la ausencia**

**de esos medios de prueba comportaba la imposibilidad de proferir sentencia.**

Por otro lado, mal puede interpretarse que los anexos enlistados en el precitado artículo 24 del Decreto 3011 de 2013 (derogado por 1079 de 2015), correspondan exclusivamente a los medios de prueba que debe aportar la fiscalía para la audiencia, pues como se indicó en líneas atrás, los mismos corresponden al escrito de acusación o solicitud de audiencia concentrada, que por demás, están encaminadas a la acreditación de los patrones de macrocriminalidad y el contexto en que se perpetraron los delitos por parte de la organización armada ilegal, más no corresponden ni pueden tenerse como prueba de las acciones delictivas atribuidas a sus integrantes.».

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Finalidad** || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juez transicional:** sometido al imperio de la ley || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Justicia transicional:** características || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Alternatividad penal:** aplicación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** requiere contar con los elementos de juicio que acrediten la ocurrencia de los comportamientos delictivos y la responsabilidad de los postulados || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** no puede sustentarse en la sola aceptación de cargos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** deber del Tribunal de verificar la existencia de patrones de macrocriminalidad || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera** || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** exige que la Fiscalía presente los elementos materiales probatorios acerca de los hechos punibles atribuidos a los desmovilizados || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad:** se configura, la Sala la declara a partir del cierre de la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad:** se configura, por haberse emitido sentencia, sin que la Fiscalía hubiese aportado las pruebas que acrediten la ocurrencia de los hechos delictivos y la responsabilidad de los inculcados || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia concentrada:** de formulación y aceptación de cargos, cierre, oportunidad para que la Fiscalía presente los medios suasorios que respaldan la imputación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia concentrada:** de formulación y

aceptación de cargos, cierre, oportunidad para que la Sala de conocimiento de Justicia y Paz realice el control material y formal de la aceptación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación de imputación:** no requiere el aporte de evidencias o medios de prueba

«Acorde con los anteriores derroteros, se advierte que **la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz profirió sentencia sin contar con los elementos de juicio que acreditaran la ocurrencia de los comportamientos delictivos y la responsabilidad de los postulados**, la cual, se precisa **no puede sustentarse en la sola aceptación de los cargos.**

De este modo resulta evidente la irregularidad del Tribunal, pues la no presentación por parte de la fiscalía de los medios de convicción acerca de los hechos punibles atribuidos a los desmovilizados **impedía continuar con el trámite de la audiencia concentrada** de formulación de imputación y aceptación de cargos, el subsiguiente incidente de reparación integral y el proferimiento de la sentencia.

El yerro resulta **trascendente** porque al no haberse acreditado con las pruebas pertinentes la ocurrencia de los ilícitos, el a quo no podía dar por demostrados los mismos ni declarar la responsabilidad de los postulados.

Adicionalmente como se refuta la no legalización de algunos cargos precisamente porque según el Tribunal no aparecen demostrados, tal situación a pesar de ser cierta, sin embargo, no tiene coherencia con lo decidido pues, si no se acreditaron los supuestos facticos de los delitos imputados no habría lugar a legalizar ninguno de los cargos.

Podría estimarse que para el momento de la imputación ya se había proferido condena contra los cabecillas del «*Bloque Norte de las AUC*» como consta en los elementos entregados con la solicitud de audiencia concentrada, en los que aparecen definidos los patrones de macrocriminalidad como se indicó en la sentencia, empero, la consecuencia de ello no sería otra distinta de estimar que la fiscalía no requeriría de la elaboración de otros patrones y contextos siempre que sean idénticos a los ya presentados que ilustran la forma como se perpetraron los ilícitos; más ello no significa que se tengan por probados los hechos



individualmente imputados ni la responsabilidad de los desmovilizados.

De acuerdo con lo anterior, **la Sala se abstendrá de estudiar las censuras planteadas por la fiscalía e invalidará la actuación únicamente desde el cierre de la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos**, para que en la continuación de la misma se enmiende el error en que se incurrió, posibilitando que la fiscalía aporte las pruebas que acrediten la ocurrencia de los hechos delictivos y la responsabilidad de los inculcados, garantizado a su vez los derechos de las partes e intervinientes.

Se advierte que **la nulidad no comprende toda la audiencia concentrada sino solamente el cierre de la misma**, acto procesal que corresponde al señalado en el artículo 19 de la Ley 975 de 2005, **por las siguientes razones:**

(i).- Esa es la oportunidad para que la Fiscalía presente los medios suasorios que respaldan la imputación, si en cuenta se tiene que en el proceso de Justicia y Paz no está contemplada la audiencia de juzgamiento.

(ii).- En esta diligencia, la Sala de conocimiento de Justicia y Paz realiza el control material y formal de la aceptación de los cargos, de modo que ello implica verificar si los punibles enrostrados cuentan con el respectivo soporte probatorio.

(iii).- No puede ser en la audiencia inicial de formulación de imputación la oportunidad para presentar los medios de prueba, pues ésta corresponde a la comunicación fáctica de los cargos al postulado sin que requiera el aporte de evidencias o medios de prueba, pues a partir de esta audiencia, la fiscalía contará con el término de 60 días para adelantar la labores de verificación de los hechos confesados por el postulado, como así indica el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, luego de lo cual solicitará a la Sala de Conocimiento la realización de la audiencia concentrada».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

Inicio

**20. NON BIS IN ÍDEM - SE VULNERA**  
***Cuando se imputan simultáneamente dos***  
***circunstancias de agravación sobre un***  
***mismo supuesto de hecho***

En la sentencia, a través de la cual la Sala casó parcialmente el fallo impugnado para redosificar la sanción, se encontró relevante examinar el principio de *non bis in ídem*, para recordar que se incurre en su vulneración cuando se mantiene la doble imputación de una circunstancia agravante sobre un mismo supuesto de hecho. Así, en el caso concreto, relativo a un concurso de delitos sexuales, se advirtió que se incurrió en *violación directa de la Ley sustancial* cuando se atribuyó simultáneamente la circunstancia agravante del numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, referida a la confianza entre víctima y victimario, y a su turno la del numeral 5º, cuando esa relación de confianza se deriva exclusivamente del parentesco. Se observó que tanto la autoridad como la confianza entre víctima y

agresor son hipótesis contenidas en el último numeral referido.

**SP3141-2020 (54108) del 19/08/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Eugenio Fernández Carlier**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**NON BIS IN ÍDEM - Alcance y significado** || **NON BIS IN ÍDEM - Naturaleza:** principio y garantía || **NON BIS IN ÍDEM - Naturaleza:** constituye un derecho fundamental || **NON BIS IN ÍDEM - Alcance:** vínculo con los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, debido proceso y seguridad jurídica || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad de objeto, persona y causa || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad subjetiva o personal || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad fáctica o de objeto || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad de causa o de fundamento || **NON BIS IN ÍDEM - No se**

**vulnera:** si los procesos obedecen a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos || **NON BIS IN ÍDEM - No se vulnera:** cuando procede el doble juicio o castigo a través de cada estructura delictiva que conforme el concurso || **NON BIS IN ÍDEM - No es de carácter absoluto**

#### «Alcance del principio del non bis in ídem.

El **non bis in ídem** participa de la naturaleza de principio y garantía, constituye un derecho fundamental, a través suyo se impone como mandato una única persecución, se prohíbe investigar, juzgar y condenar más de una vez por la misma conducta delictiva o circunstancia delictual o postdelictual o hecho que incida en la responsabilidad o la pena, según el caso.

La restricción es sustancial, como por ejemplo cuando hay duplicidad de responsabilidad o de sanción, pero también es de carácter procesal, pues dos procesos no pueden tener un mismo objeto o idéntica conducta o circunstancia modificadora de la tipicidad o de la sanción. La prohibición no se hace extensiva en el caso del concurso de delitos, ni de procedimientos de conocimiento de diferentes autoridades, evento éste que se presenta cuando el mismo hecho genera acciones penales, disciplinarias o fiscales, estos procedimientos tienen objeto, finalidad y sanción diferente a la acción penal.

**Los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, debido proceso y seguridad jurídica están vinculados** con la prohibición de duplicar los procesos o las penas cuando existe identidad fáctica, cualquiera sea el estado de la actuación penal, bien sea que estén en curso o que hayan culminado con absolución, condena o preclusión, sin dejar de considerar que en ocasiones la garantía del non bis in ídem se quebranta también por una doble circunstancia que intensifique la pena respecto de una única infracción penal.

No se vulnera la garantía, a decir de la Corte Constitucional en la sentencia C- 544 de 2001, cuando los hechos «*sean apreciados desde perspectivas distintas*».

Si el fin último del derecho penal es la justicia y a través de ella se impone la supremacía del trato humano y dignificante, no se puede tolerar ninguna forma que desdiga del propósito del derecho sancionatorio, de ahí que algunas modalidades que vulneran la garantía de la cosa juzgada o el non bis in ídem, corresponderían a

cuando al mismo hecho, conducta o proceso se juzga o condena multiplicidad de veces (doble proceso o condena -cosa juzgada-); se dan diferentes denominaciones jurídicas (doble incriminación de ilicitudes) sin tratarse de concurso de delitos ni de procesos o sanciones de diferentes autoridades por razones de ley; o se atribuye doble consecuencia a la misma ilicitud (doble valoración de sanciones).

**Las identidades que constituyen presupuestos de la cosa juzgada o non bis in ídem** se relacionan con el eadem personae o elemento personal (mismidad de persona), eadem res o el objeto (mismidad de hecho o circunstancia con doble trato jurídico y/o procesal) y el eadem causa petendi o fundamento (mismidad de origen de las investigaciones o condenas).

**El elemento personal o subjetivo alude a la identidad de sujeto investigado**, absuelto o condenado o procesado. El sujeto investigado o sancionado debe ser la misma persona en la pluralidad de procesos adelantados con el mismo propósito y fundamento. Este supuesto apunta a quien es investigado, procesado o sentenciado, no a la persona de quien funge como autoridad.

**El elemento fáctico o identidad de objeto** está referida a la situación de hecho sub iudice, a la materialidad del delito, tiene que ser la misma conducta o el mismo hecho el que constituye el propósito de dos procesos penales, ha de ser idéntico supuesto, que solamente dé lugar a una única tipicidad y que se somete a doble juzgamiento.

**La identidad de fundamento** tiene que ver con el motivo que da lugar al adelantamiento de dos procesos, aquel no es otro que **la misma causa** en una y otra actuación, los argumentos fácticos no cambian frente a los jurídicos y la finalidad del proceso para efectos de la responsabilidad y pena.

**No obedecen a la misma causa y las sanciones no se duplican**, si obedecen a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos, cuando son heterogéneos hay diversidad de causas o fundamentos, y procede el doble juicio o castigo a través de cada estructura delictiva que conformen el concurso delictivo.

**El non bis in ídem o la cosa juzgada no tienen carácter absoluto**, proceden excepciones de orden constitucional o legal. La acción de revisión, la tutela, los tratados internacionales

suscritos y ratificados por Colombia en el ámbito del derecho internacional humanitario, juicios de Cortes Internacionales, las razones de soberanía, existencia y defensa del Estado, son entre otros, límites a dichas garantías».

**NON BIS IN ÍDEM - Se vulnera:** cuando se presenta una doble o múltiple valoración de una misma circunstancia de agravación || **NON BIS IN ÍDEM - Alcance:** de una misma circunstancia no se pueden derivar dos o más consecuencias punitivas || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Agravado:** por el carácter, posición o cargo, implica la vulneración del non bis in ídem, cuando se imputa al mismo tiempo con el agravante derivado del parentesco y el aprovechamiento de la confianza depositada por la víctima por razón de éste || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Agravado:** por el carácter, posición o cargo, implica la vulneración del non bis in ídem, cuando se imputa al mismo tiempo con el agravante derivado del parentesco y el aprovechamiento de la confianza depositada por la víctima por razón de éste || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo y el parentesco:** no se puede imponer esta agravante cuando la conducta concursa con incesto, vulneración del non bis in ídem || **DELITOS SEXUALES - Agravado por el carácter, posición o cargo y el parentesco:** vulneración al non bis in ídem || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo:** regula el vínculo de confianza de manera genérica, sólo cuando dicho nexo provenga de situaciones diferentes al grado de parentesco entre el agresor y la víctima (numeral 2, del artículo 211, Ley 599 de 2000) || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el parentesco:** regula las situaciones que se dan al interior del entorno familiar o habitacional, cuando la víctima deposita la confianza en razón del parentesco (numeral 5, del art. 211, Ley 599 de 2000) || **DELITOS SEXUALES - Non bis in ídem:** se vulnera: evento en que se imputó simultáneamente la circunstancia agravante del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, referida a la confianza entre víctima y victimario, y a su turno la del numeral 5°, cuando esa relación de confianza se deriva exclusivamente del parentesco || **NON BIS IN ÍDEM - Se vulnera:** cuando se imputan simultáneamente dos circunstancias de agravación sobre un mismo supuesto de hecho || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Falta de aplicación:** se

configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«Como se indicará, el problema jurídico a resolver corresponde a establecer si hubo una **doble o múltiple valoración de una misma circunstancia** -que el procesado ejercía autoridad y confianza sobre la víctima, dado que era su padrastro- que conllevó a la transgresión del **non bis in ídem**.

Con el propósito de dilucidar el asunto, inicialmente resulta oportuno recordar que a HGSM se le formuló acusación como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, modificados por cánones 4° y 5° de la Ley 1236 de 2008, de la siguiente manera:

*«El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.»*

*«El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.»*

También se le atribuyeron las **circunstancias de agravación señaladas en los numerales 2° y 5o del artículo 211 del Estatuto Punitivo**, las cuales se configuraban igualmente para cada uno de los mencionados delitos:

[...].

*El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.*

[...].

*La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.*

Imputación que se mantuvo tanto en la sentencia de primer grado como en la de segunda instancia, pues, aunque el Tribunal no hace mención al respecto, confirmó la condena en su integridad.

Estas circunstancias específicas de agravación fueron soportadas fácticamente, tanto en la acusación, como en la sentencia, en que el procesado ejercía autoridad sobre la víctima dado que era su padrastro, lo cual le permitió que la menor confiara en él (artículo 211 numeral 2° del Código Penal), al igual que entre ellos había una relación de parentesco (artículo 211 numeral 5° de la misma normatividad).

[...] En ese contexto, como bien lo señaló la recurrente y demás partes e intervinientes, **los juzgadores aplicaron indebidamente el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal**, pues la agravante referida al carácter, posición o cargo que impulsó a la víctima depositar en el procesado su confianza, se dedujo sobre la base de la relación que existía, de padrastro a hijastra, hipótesis contenida en el numeral 5° ibídem.

En efecto, **tanto la autoridad como la confianza entre víctima y agresor son hipótesis contenidas en el último numeral referido**, supuestos mediados por una “o” disyuntiva, lo que sin dificultad permite afirmar que puede darse la una o la otra, para la imputación de la circunstancia agravante.

Como se precisará, entre la menor ofendida y el acusado existía un grado de confianza, derivado de su parentesco y del hecho de compartir la misma vivienda en donde coincidían en todos los lugares de la casa, siendo estas razones las que permitieron el abuso sexual y acceso carnal reiterado de SM contra su hijastra.

En esas condiciones, **el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal reúne todas las circunstancias que permitieron agravar la sanción al procesado**, pues allí se incluye, se insiste, no solo la relación de parentesco -padrastro hijastra-, sino adicionalmente el grado de confianza entre agresor y victimario, incluso la conformación de una unidad doméstica que permitió llevar a cabo el abuso cuando estos se encontraban solos.

La Corte en un caso que es oportuno traer a colación, pues allí se precisó el supuesto fáctico que da lugar al aprovechamiento de la confianza como circunstancia agravante, numeral 2° del artículo 211, fundado únicamente en que el procesado era el padre de la víctima, y al mismo tiempo se endilgó el delito de incesto, consideró transgredido el principio del non bis in ídem, por lo que se retiró la mencionada agravante.

[...] En el sub examine, si bien no se trata de una conducta concursal con el delito de incesto, sí es un comportamiento agravado conforme el **numeral 5°**, modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, norma que de manera específica y especial, **reguló las situaciones en las que los delitos sexuales** contenidos en el Capítulo Segundo del Título IV del Código Penal, **se dan al interior del entorno familiar o habitacional**, es decir, que lo que permite la comisión del hecho delictivo son justamente las relaciones de parentesco o de cohabitación, incluidas aquellas distintas a la convivencia marital. Y aunque la citada ley fue emitida con el objeto de contrarrestar la violencia contra la mujer, también alude a la toma de medidas para evitar y sancionar situaciones de violencia familiar, como los abusos sexuales de los que puede ser víctima cualquiera de sus miembros que de una u otra forma esté integrado al seno de la familia.

**La segunda hipótesis contenida en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, regula el vínculo de confianza de manera genérica**, el cual está llamado a aplicarse sólo en los casos en los que dicho nexo provenga de situaciones diferentes a las indicadas en el numeral 5°, entre ellas el grado de parentesco entre el agresor y la víctima.

Así las cosas, **para el asunto que ocupa la atención de la Sala, la norma indicada para la atribución de la agravante consistente en la posición del victimario que permita un vínculo de confianza entre la víctima y el agresor sexual cuando ésta se deriva del parentesco, es el numeral 5° del citado artículo 211 del estatuto punitivo**, pues se insiste, el motivo de mayor pena reglado en el artículo 211 numeral 2° del Código Penal, se sustentó exclusivamente en el hecho de que el ataque fue cometido por el padrastro de la víctima, hipótesis contenida en el ya mencionado numeral 5° ibídem.

Es claro en consecuencia que, **se incurrió en un error en la sentencia al mantener la doble imputación de una circunstancia agravante sobre un mismo supuesto de hecho, lo que corresponde efectivamente a una violación directa de la norma sustancial como consecuencia de falta de aplicación** de los artículos 29 de la Constitución Política y 21 de la Ley 906 de 2004 en lo que se refiere a la prohibición de no ser juzgado dos veces por el



mismo hecho, concretamente que **de una misma circunstancia no se pueden derivar dos o más consecuencias punitivas**, lo cual condujo a la aplicación indebida del numeral 2º del artículo 211 del Código Penal.

En ese orden de ideas, a efectos de ajustar la condena, **se excluirá del fallo la imputación de la agravante del numeral 2º del artículo 211 del Código Penal**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

## **21. PRISIÓN DOMICILIARIA - PROCEDENCIA:**

***Declaratoria de persona ausente no es  
suficiente para predicar la evasión  
voluntaria de la justicia***

**CASACIÓN - INTERÉS PARA RECURRIR:**  
***Del Ministerio público, frente a la concesión  
por parte del Tribunal de la suspensión  
condicional de la ejecución de la pena***

La Sala decidió casar la sentencia impugnada, para en su lugar, confirmar la de primera instancia que denegó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A tal efecto, efectuó una importante reconsideración del precedente, en torno al interés para recurrir en casación de las partes e intervinientes, y específicamente, del *Representante del Ministerio Público*, para precisar que no es necesario que hubiera intervenido en la audiencia de individualización de la pena, respecto de asuntos relacionados con ésta, la suspensión condicional de su ejecución y la prisión domiciliaria. Al abordar los motivos de disenso, encontró razonable el discurso del censor, en el sentido que en el caso resultaba improcedente el subrogado, dada la prohibición legal de otorgarlo frente a delitos dolosos contra la Administración Pública, como el que fue examinado en este evento, de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador. Sin embargo, en forma oficiosa encontró viable la concesión de la prisión domiciliaria, anotando que la declaratoria de persona ausente, en virtud de la cual se produjo la vinculación de la procesada, no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia.

**SP1500-2020 (54332) del 17/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**CASACIÓN - Legitimidad procesal:** ministerio público || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** ministerio público || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** identidad temática con la apelación, Ministerio Público, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** órgano propio, sujeto especial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Casación:** interés para recurrir, asunto debe alegarse en las instancias, principio de unidad temática, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** interés para recurrir, en cuanto a la tasación de la pena y los subrogados penales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia para individualización de la pena y sentencia:** no es imperativo que las partes e intervinientes se pronuncien sobre la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de subrogados || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** variación || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** ministerio público, frente a la concesión por parte del Tribunal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

«[...] en cuanto al **Ministerio Público** se refiere, **es evidente su legitimación procesal para acceder al recurso de casación**, pues así lo autoriza el mencionado artículo 182 de la Ley 906 de 2004 y, en términos generales, el artículo 277.7 de la Constitución Política, al establecer que le corresponde «*Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*», y lo ratifica el canon 109 de la Ley 906 de 2004.

Así, en sentencia CSJ SP2364-2018, rad. 45.098, se recordó que *«la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses netamente superiores»*, de acuerdo con el numeral 7° del artículo 277 de la Carta Política, y que está habilitado para ejercer diversas competencias generales y específicas, con las que se pueden materializar las atribuciones constitucionales previstas en las normas mencionadas.

De esta manera, la Corte ha venido señalando que, siendo un *«organismo propio»* (CSJ SP, 5 oct. 2011, rad. 30592), tiene la potestad de intervenir *«cuando se deba dar cumplimiento a los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Nacional y la ley»*.

[...] Por igual, la Corte Constitucional ha destacado el carácter de **interviniente “especial y discreto” del Ministerio Público** -sentencia CC T-293-2013, reiterada en CSJ SP2364-2018 rad. 45.098-, lo que garantiza que el ejercicio de las competencias dentro del proceso penal se realice respetando las prerrogativas procesales constitucionales, horizonte dentro del cual se ha reconocido su participación principal y no accidental, lo que le permite controvertir e impugnar las decisiones que se encuentren en pugna con la legalidad y los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento de tales facultades, de manera invariable **la Corte ha restringido dicho interés para oponerse a la estrategia defensiva**, a que, en las alegaciones finales, expresamente, hubiere deprecado condena respecto del delito endilgado y, ejercido oportunamente la alzada, salvo que se acredite que, de manera arbitraria se le impidió hacerlo, si el Tribunal introduce una modificación desfavorable a los intereses del impugnante, o si lo criticado es un vicio sustancial que contraiga la declaración de nulidad. (CSJ AP, 03 Jul. 2013, rad. 41054).

Esta prédica, también es consistente con la reiterada por la Sala para el **tratamiento de la apelación y el recurso extraordinario de casación por parte del Ministerio Público, respecto de asuntos relacionados con la pena, la suspensión condicional de la ejecución de la misma y la prisión domiciliaria**, postura que se contrae a que, **el delegado de la Procuraduría está obligado a expresar su punto de vista al momento de la audiencia de individualización de pena**, de que trata el artículo 447 de la Ley

906 de 2004, pues de marginarse de dar tal debate, se ha dicho, quedaría inhabilitado para acudir al recurso extraordinario y oponerse a la posterior decisión del Tribunal, al resolver la alzada de la defensa. (CSJ AP3676-2018, CSJ rad. 52681; AP950-2019, rad. 52495).

Sin embargo, **la adaptación evolutiva de la hermenéutica, demanda una reconsideración de tal línea de pensamiento, para significar que, si bien el Ministerio Público, como cualquier otro sujeto procesal, está impelido a promover el recurso de apelación cuando se encuentre en desacuerdo con las razones del fallo de primera instancia, a efecto de poder acceder al recurso de casación, no es indispensable que intervenga, para expresar su criterio, en torno a los mencionados tópicos, en sede de la audiencia del canon 447 -tampoco las otras partes e intervinientes-**, pues, nótese que, al tenor de dicha norma, no es imperativo que las partes: fiscalía y defensa se pronuncien obligatoriamente sobre la *«probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado»*, en tanto, la norma apenas expresa que ellos pueden hacerlo siempre que lo estimen *«conveniente»*.

En ese orden, **no podría exigirse a ninguna de las partes o intervinientes, entre ellos al Ministerio Público, que, de manera inexorable, discurran en la audiencia convocada para tal fin, frente a aquellos aspectos, que involucran la aplicación del principio de legalidad de las penas y las formas de cumplimiento de la misma**, de imperioso acatamiento por parte de los juzgadores al momento de tasar las sanciones y disponer su manera de ejecución.

De este modo, el **interés para recurrir en sede de casación**, se insiste, está atado a los deberes de apelar la sentencia adversa a los intereses del sujeto procesal, respetar el eje temático propuesto en la apelación y limitar el disenso a la dosificación punitiva, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la lesión de garantías fundamentales si el proceso terminó por allanamiento a cargos o preacuerdo.

Descendiendo al asunto en cuestión, se observa que, si bien el Procurador Delegado solo se hizo presente en la actuación para la formulación de acusación, no así en las audiencias preparatoria y de juicio oral y, mucho menos, en la de individualización de la pena, oportunidad esta que, en principio, hubiera sido la propicia para alegar acerca del monto de la sanción y de los

subrogados y sustitutos respectivos, **es manifiesto que, el interés jurídico del Procurador para impugnar lo resuelto al respecto, verdaderamente, surgió en el momento en que el Tribunal le concedió al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión esta no compartida por aquél.**

Nótese que, antes de ese hito procesal, el representante de la sociedad no estaba necesariamente obligado a pronunciarse sobre ese aspecto, en tanto bien podía confiar en que los juzgadores acatarían el principio de legalidad y decidirían conforme al mismo.

Y es que, frente al fallo de primer nivel ninguna discrepancia tendría que haber mostrado el Delegado, por cuanto, a su juicio, el juzgador se atuvo a las normas que regulan el tema en examen; mientras tanto, fue la sentencia de segunda instancia la que introdujo, por petición de la defensa, modificaciones en favor de la procesada, no compartidas por el Procurador, reformas que habilitaron el interés del funcionario para controvertir el presunto yerro judicial, en sede de casación, pese a no haber asistido a la audiencia de individualización de la pena, se insiste.

En efecto, el representante del Ministerio Público promovió el recurso extraordinario con la pretensión de que se restableciera la legalidad de la decisión y de proteger los intereses de la sociedad, una vez se activó, por razón de la que consideró una afrenta al sistema normativo penal, su inconformidad con lo resuelto. En ese escenario, **la Corte es del criterio que este interviniente estaba perfectamente legitimado y tenía interés jurídico para rebatir la decisión del ad quem, a través del recurso extraordinario de casación».**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo || SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Improcedencia:** cuando la condena sea por delitos contra la Administración Pública || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** reiteración || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Lex tertia:** inaplicación, Ley 1709 || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«El texto original del artículo 63 del Código Penal establecía que la ejecución de la pena privativa

de la libertad fijada en la sentencia podría suspenderse por un período de 2 a 5 años, bajo la concurrencia de dos requisitos, a saber: uno objetivo, referido a que la pena de prisión impuesta no excediera de 3 años y, otro subjetivo, relacionado con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y la valoración de la modalidad y gravedad de la conducta punible para inferir si es necesario o no la ejecución de la sanción.

A la luz de dicha disposición -vigente para la época de la ilicitud aquí juzgada: omisión del agente retenedor o recaudador-, basta revisar la pena atribuida a la procesada, para establecer, como también lo hicieron las instancias, que no se cumple con el presupuesto de orden objetivo, toda vez que ella se fijó en 4 años.

De manera que, **con la inobservancia del primer requisito, innecesario resultaba proseguir con el análisis de la exigencia subjetiva**, por cuanto la norma instituye, como imperativo, que concurren los dos requisitos ya mencionados.

Ahora bien, el Tribunal, apelando al «*principio de favorabilidad*», acudió al artículo 63 con la modificación introducida por el precepto 29 de la Ley 1709 de 2014, para autorizar, en el caso concreto, la concesión del subrogado en cuestión [...].

[...] La Corte debe resaltar que, aunque el fallador de primera instancia no examinó si la reforma legislativa favorecía a la enjuiciada, como sí lo hizo el de segundo nivel -lo cual no admite reparo alguno-, en últimas, lo reprochable es el resultado al que arribó, producto de inadvertir que, no obstante que, bajo el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, se cumple el presupuesto de orden objetivo, en tanto la pena de prisión impuesta no supera los 4 años, **el delito por el que se procede, en este caso, si está incluido en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, en el que se mencionan los «delitos dolosos contra la Administración Pública»**, vale decir, los descritos en el Capítulo I, Título XV, Libro Segundo del Estatuto Punitivo, en el cual se encuentra tipificado el injusto de **omisión del agente retenedor o recaudador** (canon 402).

Así las cosas, **ni en vigencia del artículo 63 original del Código Penal, ni acudiendo a las modificaciones que, de este, realizó la Ley 1709 de 2014, es viable la concesión del**



**subrogado** de suspensión de la ejecución de la pena en el caso objeto de estudio.

De esa manera, **razón le asiste al casacionista al censurar lo decidido por el fallador colegiado**, pues, aunque se encuentra satisfecho el requisito objetivo, por cuanto GV no fue condenada a una pena de prisión que excediera los 4 años, **era indispensable definir si el injusto por el que se emitió condena se encuentra contemplado en el catálogo de tipos penales enlistados en el artículo 68A, donde se encuentran los delitos dolosos contra la administración pública**, entre los cuales está el punible mencionado.

Por último, reitérese la pacífica postura de la Sala en el sentido de que **no es dable, ante el cumplimiento parcial de los requisitos previstos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 (tanto los descritos en su texto original, como los novedosos a partir de la reforma de 2014), pretender establecer una suerte de tercera ley -lex tertia-**, compuesta por los apartes que le favorecen a la procesada, obviando los que le resultan adversos, en tanto, cualquier mixtura normativa que ensaye hacerse conduce a la suplantación del legislador, desnaturaliza el instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena, desdice de su finalidad y vulnera palmariamente el principio de legalidad (Cfr. entre muchas otras, CSJ AP782-2014, 24 feb. 2014, rad. 34099; CSJ SP2998-2014, 12 mar. 2014, rad. 42623; CSJ AP1684-2014, 2 abr. 2014, rad. 43209; CSJ AP4465-2015, 5 ago. 2015, rad. 45584; CSJ SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. 44840; CSJ SP15273-2016, 24 oct. 2016, rad. 46892; CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383; CSJ SP16839-2016, 16 nov. 2016, rad. 44298; CSJ AP8309-2016, 30 nov. 2016, rad. 48616; CSJ SP13755-2017, 30 ago. 2017, rad. 50174; CSJ SP969-2018, 4 abr. 2018, rad. 46784; CSJ AP3649-2018, 29 ago. 2018, rad. 52021; CSJ AP5599-2018, 5 dic. 2018, rad. 53899 y CSJ AP2510-2019, 26 jun. 2019, rad. 54305).

**PRISIÓN DOMICILIARIA - Improcedencia:** cuando la condena sea por delitos contra la administración pública || **PRISIÓN DOMICILIARIA - (Ley 1709):** factor objetivo || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Procedencia:** declaratoria de persona ausente no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia || **VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL - Declaración de persona ausente:** sus efectos

jurídicos son diferentes a los de la contumacia || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Análisis del factor subjetivo** || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Fines de la pena:** evaluación || **OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Prisión domiciliaria** || **CASACIÓN OFICIOSA - Prisión domiciliaria**

«**Igual conclusión** a la recién señalada para la suspensión condicional de la ejecución de la pena **opera en relación con la prisión domiciliaria negada** a GKGV, con fundamento en la Ley 1709 de 2014, habida cuenta que, si bien su artículo 23 elevó a 8 años (de pena mínima prevista en la ley) el requisito objetivo para su concesión, el cual se cumple en este caso -en la medida que la **omisión del agente retenedor o recaudador** tiene pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años-, tanto dicha disposición legal en su numeral 2°, como el precepto 32 de la misma ley, **prohibió el otorgamiento de ese sustituto cuando se trata de delitos dolosos contra la administración pública.**

[...] **La providencia del a quo exhibe los siguientes dislates:**

i) Asevera que no se satisface el requisito objetivo, siendo que la norma autoriza el reconocimiento del sustituto cuando la pena mínima prevista en la ley es de 5 años de prisión o menos y, en este caso -como ya se anotó-, el reato de omisión del agente retenedor o recaudador se encuentra sancionado con pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años.

ii) Desconoce que, la disposición no alude al concepto de «arraigo» familiar o social, como sí lo establece el actual artículo 38B, arraigo que en el novísimo precepto en cita debe demostrarse y que, dicho sea de paso, se relaciona con la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado, ya sea de índole social o familiar, con el lugar donde reside.

Entonces, olvidó el funcionario judicial que, para disponer la ejecución de la sanción privativa de la libertad, debía realizar un estudio de las condiciones particulares de la procesada, orientada hacia los fines de la pena, examen que corresponde a valores, derechos y principios constitucionales que, por la misma razón, no pueden obviarse o ignorarse al resolver sobre este aspecto.

[...] En el caso de la especie, el fallador esgrimió, únicamente, que, la **declaratoria de persona ausente** pronosticaba que GKGV evadiría el



cumplimiento de la pena, con lo que supuso que la sentenciada quiso sustraerse de las consecuencias de su conducta.

De este modo, **asimiló, erradamente, que la declaratoria de persona ausente tiene los mismos efectos jurídicos que los de la contumacia**, sin tener en cuenta que la vinculación al proceso de GV se hizo de aquella manera, debido a la imposibilidad del ente investigador de ubicar a la implicada para proceder a la formulación de imputación.

Al respecto, la Sala ha dicho (CSJ SP4439-2018, 10 oct. 2018, rad. 52373) que *«no es suficiente para dar por satisfecho el supuesto de hecho que restringe la concesión de la prisión domiciliaria, que el condenado, verbi gratia, haya sido declarado persona ausente»*.

Por manera que, si el expediente no enseña que la investigada, conociendo de la actuación penal, tuvo un comportamiento hostil con la intención de ocultarse y sustraerse de la misma, **no podía el juzgador “deducir seria, fundada y motivadamente... que [aquella] evadirá el cumplimiento de la pena”**, máxime cuando **la declaratoria de persona ausente no puede ser tomada como sanción**, sino, en su cariz de herramienta procesal idónea para continuar con el trámite penal, una vez agotados los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del investigado, **lo cual es diferente** -se repite- **a la figura de la contumacia**, verdadero acto de rebeldía del indiciado frente a la administración de justicia, por cuanto, en este caso sí tiene conocimiento del adelantamiento de un proceso penal en su contra, pero se rehúsa a comparecer a la audiencia de imputación.

El artículo 4° del Código Penal establece que **la pena cumplirá las funciones** de prevención

general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial se verifica esencialmente cuando el legislador tipifica una conducta lesiva de bienes jurídicos; no obstante, existe otro momento donde se hace efectivo el mensaje motivador de las normas penales, ese hito se concreta en el real o efectivo cumplimiento de las penas que dosifican los jueces penales en sus fallos, cumplimiento que, a juicio de la Corte, podría asegurarse en el domicilio establecido por GKGv, toda vez que, al sopesar los intereses en juego, estos se complementan en forma perfecta con la prisión domiciliaria pues, al mismo tiempo, se salvaguardan los intereses del colectivo social y constituye, aunque en grado moderado, una restricción a la libertad individual de la sentenciada.

En suma, dada la naturaleza jurídica de la conducta punible por la que se condena y que no existen elementos materiales probatorios, evidencia física o información a partir de la cual se deduzca que GV colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que evadirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, **es palmario que es procedente conceder la prisión extramural**.

[...] Así las cosas, la Corte **casará el fallo impugnado con fundamento en el único cargo propuesto en el libelo, para, en su lugar, confirmar el de primera instancia que negó a la inculpada la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad**. Sin embargo, en los términos recién mencionados, **concederá oficiosamente el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

---

## Inicio

### **22. RECUSACIÓN - HABER MANIFESTADO SU OPINIÓN SOBRE EL ASUNTO MATERIA DEL PROCESO**

***No procede sobre la expresada por el juez en cumplimiento de sus funciones***

En la providencia, a través de la cual se declaró infundada la recusación propuesta por el procesado, se recabó el criterio consistente en que la causal impeditiva referida al hecho de haber dado opinión sobre el asunto materia del proceso, no resulta viable tratándose de aquella expresada por el juzgador en el cumplimiento de sus funciones. Se aclaró que, aunque excepcionalmente se ha admitido la confluencia

de esta situación en eventos específicos, se trata de un concepto de aplicación restringida, en el entendido que no puede utilizarse para provocar la separación del conocimiento del asunto por parte del funcionario, mediante la reiteración de solicitudes previamente resueltas por éste.

**AP2163-2020 (56741) del 7/09/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**RECUSACIÓN - Haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso:** requisitos || **RECUSACIÓN - Haber dado opinión sobre el caso:** debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso || **RECUSACIÓN - Haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso:** no procede sobre la expresada por el juez en cumplimiento de sus funciones || **RECUSACIÓN - No se configura || RECUSACIÓN - Infundada**

«El motivo impeditivo esbozado es el contenido en el numeral 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, que a su letra dice:

[...] La Corte ha tenido la ocasión de precisar el contenido y alcance de esta causal, y ha señalado que la opinión anticipada que constituye motivo de impedimento, **debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitida fuera del proceso y no dentro del mismo.** Así lo ha explicado la Sala:

[...] Por manera que la opinión impeditiva, de acuerdo con la hermenéutica consolidada de esta Corporación, «es la expuesta fuera del ejercicio de la labor jurisdiccional» (CSJ SP, 13 agost. 2013, Rad. 42054; CSJ AP, 1 agost. 2018, Rad. 53137, entre otros), de modo que la causal no se configura cuando el funcionario expresa su criterio «en ejercicio de sus funciones, pues ello entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos

de su competencia» (CSJ AP, 11 oct. 2017, rad. 51374).

Y aunque **la Sala ha admitido también que ciertas opiniones exteriorizadas en ejercicio de la función judicial pueden excepcionalmente configurar la causal impeditiva aludida, tal criterio debe ser comprendido y aplicado de manera restrictiva**, pues, de lo contrario se llegaría a un escenario en que las partes quedarían investidas de la facultad de desplazar a voluntad a los Jueces naturalmente llamados a conocer de un determinado asunto, para lo cual **les bastaría reiterar una determinada solicitud previamente resuelta por el funcionario, a fin de provocar su impedimento** (CSJ, 1 agost. 2018, Rad. 53137; CSJ AP4800-2018, Rad. 52618).

En el presente asunto surge evidente que **la opinión manifestada por los Magistrados recusados se produjo en el ejercicio de sus funciones**, esto es, en relación directa con la labor jurisdiccional que la Constitución y la Ley les atribuyen en condición de integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, más específicamente, la prevista en el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

Ciertamente, su conducta consistió en resolver, en el marco de sus competencias normativas, sobre la admisibilidad de la demanda de dos acciones de revisión presentadas a nombre del procesado EANC, o lo que es igual, a la **materialización de un acto jurisdiccional inescindiblemente asociado a la función desempeñada.**

En esas condiciones, la opinión expresada por los Magistrados no tiene la potencialidad de configurar la causal impeditiva invocada, pues, no constituyó la exteriorización de su criterio respecto de los hechos debatidos en un escenario diverso del propio de sus funciones.

Por lo expuesto, **se declarará infundada la recusación propuesta** por el procesado [...] y se dispondrá la devolución del expediente al despacho del Magistrado ponente».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

### 23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO

*Denuncia, admisión excepcional como  
prueba de referencia, cuando la mujer  
víctima no ejerce libremente el derecho a no  
declarar contra su pariente*

En la sentencia, a través la cual se casó parcialmente el fallo impugnado para modificar la sanción impuesta, la Sala efectuó un importante estudio sobre el derecho a no declarar en contra de los parientes, y concretamente frente a la admisión excepcional como prueba de referencia de la denuncia formulada por la mujer víctima de violencia sexual, cuando no ejerce de manera libre la facultad de no rendir testimonio en eventos en que un familiar resulta ser el victimario. Adicionalmente, recordó que cuando se utiliza este tipo de medio de conocimiento, es preciso contar con *prueba complementaria o ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica*.

Finalmente, al abordar el caso concreto con *enfoque de género*, constató la configuración de los delitos de *Violencia Intrafamiliar y Acceso Carnal Violento Agravado*, enfatizando en que la relación afectiva y de convivencia que la víctima mantenía con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales.

**SP3274-2020 (50587) del 2/09/2020**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES – Concepto** || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance** || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Fundamento:** proteger la unidad familiar || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance:** inviabilidad de imponer la obligación en procesos seguidos por delitos cometidos en contra de terceros, incluso si el testimonio es necesario para investigar delitos graves || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Jurisprudencia**

**constitucional** || **TESTIMONIO - Excepción al deber de declarar:** contra los parientes

**«El derecho a no declarar en contra de los parientes. El núcleo del derecho y los aspectos que no admiten discusión**

A la luz de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, no admite discusión que una persona no puede ser obligada a declarar en contra de sus parientes, en los grados establecidos por la ley. Aunque históricamente este derecho ha tenido múltiples explicaciones, que abarcan desde contenidos religiosos (por la concepción de los esposos como *«un solo cuerpo»*), hasta la desconfianza frente a un testimonio *«interesado»* o *«parcializado»*, en la actualidad se acepta que son dos sus principales fundamentos: (i) proteger la unidad familiar, que naturalmente podría verse afectada si una persona es compelida a declarar en contra de un pariente; y (ii) el dilema moral a que resulta sometido el testigo cuando es obligado a elegir entre faltar a la verdad o perjudicar a uno de sus familiares cercanos, sin perjuicio de la amenaza punitiva inherente al delito de falso testimonio. [...].

[...] Sobre esta base, no admite duda que **una persona no puede ser obligada a declarar en contra de un familiar** (en los grados establecidos en la ley) **en procesos seguidos por delitos cometidos en contra de terceros. Incluso, si su testimonio es necesario para investigar delitos graves.** Aun en estos eventos, prima el derecho previsto expresamente en la Constitución. Al respecto, en el referido fallo de tutela la Corte Constitucional reiteró -y aclaró-, el sentido y alcance de lo resuelto en la sentencia C-848 de 2014, donde se estudió la obligación de denunciar los casos de graves atentados contra los derechos de los niños. Incluso en esos eventos, resaltó el alto tribunal, no se pueden ejercer coacciones directas o indirectas sobre una persona para que declare en contra de uno de sus parientes, en los grados señalados en el artículo 33 superior [...].

**DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance:** el derecho otorga al ciudadano la posibilidad de decidir si declara o no en contra de sus familiares || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciable** || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciable:** no existe prohibición de rendir testimonio en estos casos || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciable:** la decisión de rendir testimonio solo será válida si el

consentimiento no está viciado || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciabile:** en eventos en que la persona es víctima de un delito por parte de su pariente || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance:** la persona no puede ser obligada a declarar, ni doblegada a través de amenazas u otro de tipo de presiones ilegales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando no declara contra un pariente a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, si las presiones o violencia son ejercidas por el mismo procesado, este no podrá invocar la trasgresión del derecho a la confrontación || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando además de testigos, tienen la calidad de víctimas de delitos violentos, cometidos por uno de sus parientes

«Es igualmente claro que en el ordenamiento jurídico colombiano se le otorga al ciudadano la posibilidad de decidir si declara o no en contra de sus familiares, lo que se contrapone a la idea de una prohibición de rendir testimonio en esos casos (como se ha concebido en algunos lugares y momentos históricos). No es necesario ampliar la explicación de esta conclusión, no solo por su aceptación pacífica en la tradición jurídica nacional, sino además porque encuentra pleno respaldo en el texto del artículo 33 constitucional, donde se dice expresamente que la persona no podrá ser obligada a declarar, mas no que le está prohibido comparecer en calidad de testigo. Esto último sería un contrasentido cuando el testigo tiene, además, la calidad de víctima, porque implicaría privar del acceso a la administración de justicia a quienes son víctimas de delitos cometidos por sus parientes, como en este caso, de violencia física y sexual a manos del compañero sentimental de la denunciante.

Se trata, entonces, de una expresión de la autonomía de la voluntad, que solo será válida si el consentimiento no está viciado. Así, a la idea de una decisión libre, naturalmente se contrapone la que es producto de amenazas o cualquier otro tipo de violencia.

Sobre el particular, debe retomarse lo expuesto por la Corte Constitucional en el sentido de que

el Estado no puede obtener la declaración del testigo amparado por el privilegio, a través de presiones directas o indirectas. Bajo la misma lógica, no podría admitirse que la voluntad del testigo de entregar su versión ante las autoridades judiciales sea doblegada a través de amenazas u otro de tipo de presiones ilegales.

De lo anterior se extraen tres importantes reglas, relevantes para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala: **(i)** si una persona ha decidido no rendir testimonio en contra de un pariente, no como una expresión autónoma y libre, sino a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra con ese fin, la valoración de su testimonio no genera un verdadero debate sobre la trasgresión del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política; **(ii)** sin duda, se estará en presencia de una de las circunstancias de admisión de prueba de referencia, previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, pues se trata de un evento claramente asimilable a los previstos en el literal b de dicha norma -que trata de testigos no disponibles porque han sido víctimas de delitos, entre otros aspectos-; y **(iii)** si esas presiones o violencia son ejercidas por el mismo procesado, este no podrá invocar la trasgresión del derecho a la confrontación, ya que el mismo ha dado lugar a la indisponibilidad del testigo.

El testigo que tiene, además, la calidad de víctima del delito objeto de juzgamiento

En los numerales anteriores quedó claro lo siguiente: **(i)** en el núcleo del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política se enmarca la situación de una persona que fue testigo de un delito cometido por uno de sus parientes en contra de un tercero; **(ii)** así, cuando una persona es indagada sobre su intención de declarar en un caso penal por un delito atribuido a un pariente, cometido en contra de un tercero, y manifiesta libremente su intención de hacer uso del derecho en mención, esta decisión debe prevalecer, independientemente de la gravedad del delito y la importancia del testimonio para lograr su esclarecimiento; y **(iii)** si esa decisión es producto de amenazas o cualquier otro tipo de presión ilegal, debidamente probadas en el proceso, no existe un verdadero debate acerca de la necesidad de proteger el referido privilegio, pues ello solo ocurre ante una decisión verdaderamente libre.

El otro problema que debe afrontar la Sala es el atinente a la situación de las mujeres que,



además de testigos, tienen la calidad de víctimas de delitos violentos, cometidos por uno de sus parientes -en este caso, su compañero sentimental-, que en un momento de la actuación renunciaron libremente al privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, dando lugar a la acusación y encarcelamiento preventivo del procesado, y luego, en el juicio, manifiestan su intención de no declarar en el mismo. Ello, bajo el entendido de que en el proceso no se demostró fehacientemente que su decisión acerca del privilegio fue producto de amenazas u otras presiones ilegales, pues, de haber sido así (probadas las amenazas o las presiones), el asunto se sometería a la regla atrás enunciada».

**VIOLENCIA DE GÉNERO - Antecedentes legislativos:** evolución de su tratamiento penal || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando es grave o sistemática || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No es querellable:** análisis constitucional

«Aunque el flagelo de la violencia de género está presente en la sociedad desde tiempos inmemoriales, su tratamiento legislativo y judicial es reciente, tanto en Colombia como en otros países.

En nuestro entorno, una prueba palmaria de ello es la evolución del tratamiento penal de la violencia de género, pues solo a partir de 1996 se consagró el delito de violencia intrafamiliar, la inclusión del delito de feminicidio es reciente, como también lo son las medidas adoptadas por el legislador para evitar que el sometimiento de las mujeres y las presiones a las que puede ser sometida al interior de la familia finalmente la determinen para evitar la intervención del Estado desde la perspectiva penal.

Sobre lo primero (la evolución del tratamiento penal del flagelo de la violencia de género), en la sentencia T-331 de 2018 la Corte Constitucional hizo un recuento de la manera como Colombia se ha venido ajustando a los estándares internacionales sobre la erradicación de la violencia contra las mujeres, y resaltó que

[...] En punto de la reforma introducida por el artículo 2 de la Ley 1542 de 2012, que sacó la violencia intrafamiliar del listado de delitos querellables, se tiene que esa norma fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento de que propiciaba el encarcelamiento y, por ende, la ruptura de la unidad familiar, en

esencia porque privaba a la víctima de la posibilidad de disponer de la acción penal (bien porque decidiera no instaurar la querrela o porque presentara un desistimiento posterior), además que afectaba la posibilidad de acudir a diversos mecanismos de autocomposición. El asunto fue resuelto a través de la sentencia C-022 de 2015.

En esa oportunidad, la Corte resaltó varios aspectos relevantes para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala. En efecto, luego de traer a colación los tratados internacionales suscritos por Colombia, orientados a la erradicación de toda forma de violencia contra la mujer, y tras referirse a la exposición de motivos de la referida ley, concluyó:

[...] La referida decisión legislativa y el respectivo análisis realizado por la Corte Constitucional ponen de presente una realidad cada vez más visibilizada, atinente a las presiones que suelen recaer sobre las víctimas de violencia a manos de otros integrantes de su núcleo familiar, bajo el entendido de que ese maltrato puede tener efectos físicos y psicológicos demoledores, que incluso pueden conducir a que la víctima “normalice” ese estado de agresión, a lo que se aúna lo expuesto en torno a las presiones y los efectos negativos de la dependencia afectiva y económica. Lo anterior, sin perjuicio del impacto que el encarcelamiento puede tener en la manutención de los hijos y la relación de estos con su agresor, lo que puede erigirse en una carga adicional para la mujer maltratada.

En todo caso, tanto la reforma como la respectiva sentencia de constitucionalidad giran en torno a la idea de impedir que las secuelas del maltrato, con sus diversas expresiones y alcances, limiten el acceso a la administración de justicia de las mujeres víctimas de violencia, especialmente cuando la misma es grave y/o sistemática, lo que podría ocurrir porque bajo el ambiente atrás descrito se pueda ver compelida a no formular la querrela o a presentar un posterior desistimiento».

**DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Fundamento:** proteger la unidad familiar || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance:** se debe armonizar con las demás normas constitucionales que protegen a la familia || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciante:** el

hecho de que la víctima haya decidido entregar una declaración, constituye un hecho indicador de su propósito de buscar la tutela de sus derechos en el ámbito penal || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciante:** cuando la víctima renunció al derecho en etapa anterior al juicio y decide invocarlo nuevamente, el Estado tiene la obligación de constatar que se trate de una decisión libre || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, de casos relacionados con violencia contra la mujer || **ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto:** utilidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, cuando el sujeto pasivo es una mujer

**«La necesidad de armonizar las diversas normas constitucionales que se ocupan de la protección de la familia**

Según se indicó, el artículo 33 de la Constitución Política tiene como soporte principal la necesidad de proteger a la familia, que podría verse afectada si una persona es obligada a declarar en contra de uno de sus parientes, en los grados establecidos en la Constitución y la ley.

A su vez, el artículo 42 de la Carta se ocupa del rol de la familia en la sociedad y establece, entre otras cosas, que “las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de los integrantes”, y que «cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

En casos como el sometido a conocimiento de la Sala se advierte algún nivel de tensión entre estos aspectos constitucionalmente relevantes, porque el juzgamiento de las formas de violencia que se consideran destructivas de la armonía y unidad familiar, que suelen materializarse en la intimidad, generalmente suele depender, por esta razón, de la declaración de la víctima o de quienes conviven en virtud de este tipo de vínculos o relaciones. A su vez, los testigos más frecuentes de estos delitos -los propios familiares- no pueden ser obligados a declarar. En opinión de diversos sectores doctrinarios, esta realidad es la que justifica regulaciones como la italiana, referida en los párrafos precedentes.

En este contexto, **el hecho de que la víctima, en alguna fase de la actuación, haya decidido**

**entregar una declaración con la intención unívoca de que fuera utilizada judicialmente** (para iniciar la investigación, decidir sobre la procedencia de la acusación y de la medida de aseguramiento, etcétera), **constituye, por lo menos, un hecho indicador de su propósito de buscar la tutela de sus derechos en el ámbito penal.**

Así, **cuando se presenta un cambio de postura** (la víctima pretende «retomar» el privilegio), **el Estado tiene la obligación de constatar que ello obedezca a una decisión libre**, pues, según se indicó, solo bajo este presupuesto resulta pertinente estudiar los efectos de sus decisiones anteriores sobre la renuncia al privilegio en mención.

De ahí la importancia de que la Fiscalía realice la investigación y, en general, la actuación, con perspectiva de género, lo que no se reduce a simples enunciados formalistas. Lo importante es que se actúe con la debida diligencia y que los procedimientos se adecúen para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Colombia a nivel internacional en materia de prevención y erradicación de todas las formas de violencia contra las mujeres.

En este marco, cobra mayor importancia lo expuesto reiteradamente por esta Sala sobre **la obligación de indagar por el contexto en el que ocurrió el acto de violencia que se investiga**, no porque ello constituya un elemento estructural del tipo penal (sin perjuicio de su importancia para establecer la presencia de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal), sino porque permite comprender, además, las necesidades de protección de la víctima, el daño físico y psicológico que la misma ha sufrido, así como las presiones a las ha sido o podría ser sometida frente a sus actuaciones en el proceso penal (CSJSP, 1 oct 2019, Rad. 52394, entre otras.

Valga aclarar que estas verificaciones pueden poner en evidencia que las renunciaciones de la víctima son verdaderamente libres. En esos casos, surgen problemas jurídicos diferentes, como el estudiado recientemente por el Tribunal Supremo de España acerca de si la renuncia al privilegio previsto en el artículo 33, realizada libremente en una etapa anterior al juicio, priva o no a la víctima de la posibilidad de invocar el mismo privilegio en caso de ser citada como testigo al juicio oral. Igualmente, y también a

título de simple ilustración, si en esos eventos la declaración anterior podría ser incorporada como prueba de referencia».

**PROCESO PENAL - Renuncia a derechos:** obligación del Estado de verificar que sea libre || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas:** deber de su protección || **DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer** || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** deber de interpretar de la Ley a la luz de los Tratados Internacionales, en casos de violencia contra las mujeres || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando es víctima de un delito por parte de un pariente, obligación de verificar que actúa con libertad al tomar decisiones sobre su participación en el proceso

**«La obligación del Estado de verificar que la renuncia a derechos al interior del proceso penal sea libre**

Este aspecto no admite mayor discusión cuando se trata del procesado, pues el ordenamiento jurídico dispone expresamente que cuando este opta por renunciar a uno o varios de sus derechos, los jueces (y, en su momento, los fiscales), deben constatar que actúan libremente y que han sido suficiente informados sobre las consecuencias de su decisión. Sobre esta temática, ilustran suficientemente las determinaciones en materia de allanamiento a cargos, acuerdos, renuncia al derecho a no declarar en juicio, etcétera).

En lo que atañe a las víctimas, a lo largo de la Ley 906 de 2004 se consagra la obligación de su protección. Por ejemplo, el artículo 114 se refiere al deber de los fiscales de «velar por la protección de las víctimas, testigos...», y los artículos 132 y siguientes regulan con amplitud los derechos de las víctimas a lo largo de la actuación penal.

Lo cierto es que todas estas normas, cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres, deben ser interpretadas a la luz de los tratados internacionales suscritos por Colombia, atinentes a la erradicación de todas esas formas de violencia. Bajo esa misma lógica, se advierte que el cambio de jurisprudencia al interior del Tribunal Supremo de España, referido en precedencia, tuvo entre sus múltiples motivaciones la necesidad de ajustar el ordenamiento interno a lo establecido en el Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la

violencia contra las mujeres y violencia doméstica), que guarda una semejanza notoria con la Convención Belem do Pará (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), incorporada al ordenamiento jurídico colombiano.

Al margen de las decisiones que en su momento deban tomarse en virtud de la mirada sistemática del ordenamiento jurídico, por el momento resulta suficiente con destacar la **obligación de verificar que la mujer que comparece al proceso penal en calidad de víctima de graves actos de violencia, atribuidos a sus propios familiares, actúa con total libertad al tomar las decisiones sobre su participación en el proceso.**

Lo anterior, sin perder de vista que estos derechos de las víctimas deben, a su vez, armonizarse con los derechos del procesado, también de rango suprallegal, tal y como lo ha reiterado esta Corporación».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando no declara contra un pariente a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, si las presiones o violencia son ejercidas por el mismo procesado, este no podrá invocar la trasgresión del derecho a la confrontación || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando además de testigos, tienen la calidad de víctimas de delitos violentos, cometidos por uno de sus parientes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando no declara contra un pariente con ocasión de secuelas del maltrato, dependencia económica o relación de desequilibrio o sometimiento || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Erradicación de la violencia contra mujeres y niñas** || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de la Fiscalía:** cuando se avizoren riesgos para la prueba, debe tomar las medidas necesarias, posibilidad de acudir a la prueba anticipada || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciante:** cuando la víctima renunció al derecho en etapa anterior al juicio y decide invocarlo nuevamente, consecuencias



**«Si en el proceso se prueba que la víctima invoca el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, no por una expresión libre de la autonomía de la voluntad sino a raíz de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida, orientadas expresamente a evitar que rinda testimonio, sus declaraciones anteriores podrán ser incorporadas como prueba de referencia.**

Lo anterior porque: **(i)** si la declaración anterior se pretende introducir como medio de prueba, por la imposibilidad de su práctica en el juicio, dicha declaración constituye prueba de referencia, a la luz de lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 43156, entre muchas otras); **(ii)** ese evento de no disponibilidad del testigo hace parte de las excepciones a la prohibición general de admisibilidad de prueba de referencia, en la medida en que encaja en los eventos similares de que trata el literal b del artículo 438 ídem, atinente a la indisponibilidad del testigo por actuaciones ilegales que impiden que su testimonio sea escuchado en el juicio oral; y **(iii)** si esas acciones intimidatorias son realizadas directa o indirectamente por el procesado, este no podría invocar la vulneración del derecho a la confrontación, ya que es su propia conducta la que impide que la versión de la víctima se reciba en el juicio, según las reglas del interrogatorio cruzado.

Si no logra demostrarse que el procesado (u otra persona) realizó acciones expresamente dirigidas a que la víctima rindiera su testimonio, pero **se infiere que la invocación del privilegio previsto en el artículo 33 superior no es producto de una decisión libre, sino de las secuelas del maltrato**, de las presiones derivadas de la dependencia económica u alguna otra expresión de la relación de desequilibrio y sometimiento, **sus declaraciones anteriores también pueden incorporarse como prueba de referencia.** Ello, por cuanto el evento encaja en la cláusula abierta prevista en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la **no disponibilidad del testigo** es consecuencia del delito mismo, sin perjuicio de la obligación de ajustar, en la mayor medida posible, el ordenamiento interno a las obligaciones adquiridas por Colombia en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

No sobra reiterar la importancia de que la **Fiscalía asuma sus obligaciones frente a las víctimas, en este caso de violencia de género**, no solo porque esa es su obligación constitucional y legal, sino además porque ello permitiría tomar, a tiempo, las medidas orientadas a preservar la prueba, bien porque deba optarse por su práctica anticipada o porque se adopten las medidas que resulten necesarias para que el testigo, que tiene a la vez la calidad de víctima, pueda comparecer a rendir su testimonio con total libertad y rodeado de todas las garantías.

Finalmente, solo cuando la víctima manifieste libremente su intención de acogerse al privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, son pertinentes los otros debates mencionados a lo largo de este proveído, entre los que se destaca el atinente a las consecuencias derivadas de que en un momento determinado de la actuación, rodeada de todas las garantías, haya decidido renunciar a dicho privilegio, con el propósito inequívoco de descartar la despenalización del supuesto agresor».

**ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando es grave o sistemática ||

**ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando le impide el ejercicio de cualquier acto de libertad, incluida la realización de conductas asociadas a su sexualidad ||

**ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de la Fiscalía:** debe indagar por el contexto en el que se presenta la violencia de género || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, evento en que la Fiscalía no abordó la teoría del caso con perspectiva de género ||

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando la mujer víctima no declara contra su pariente a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra ||

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, cuando la mujer víctima no ejerce libremente el derecho a no declarar contra su pariente ||

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, legalidad

«En el presente caso se destacó por los testigos presentados en el juicio que la relación entablada



por BLPG y el acusado estuvo siempre cruzada por un fenómeno sistemático de violencia, que le impedía a ella el ejercicio de cualquier acto de libertad no solamente para desempeñar sus actividades cotidianas sino, incluso, para la realización de sus conductas más íntimas, como aquellas asociadas a su sexualidad.

En ese sentido, bastaría con aludir a lo declarado en juicio por LMQV, GAT y la menor Y.R.P., para entender con claridad que en el contexto en el que se desarrollaba aquella relación disfuncional se encontraba sojuzgada la voluntad de la víctima en razón de la opresión que de manera constante ejercía sobre ella su agresor, sometiéndola de manera definitiva a sus propios designios.

Pero, además, es la propia víctima quien, cuando denunció, evidenció que carecía de cualquier posibilidad de ejercer acciones voluntarias, no solamente por el temor que sentía frente a la violencia ejercida en su contra por el agresor, sino también por una profunda dependencia económica de ella y sus hijos menores, lo que le impedía emprender cualquier comportamiento que pudiera alterar esa condición de sumisión frente a su compañero permanente.

Ahora bien, el **enfoque de género** que debió guiar en este caso la actividad de investigación de la Fiscalía, habría permitido develar de manera puntual las razones que la llevaron a hacer uso en juicio del privilegio de no declarar para favorecer a su ofensor.

Las condiciones narradas desde un comienzo por BLPG y el testimonio de quienes las conocían de cerca, hacían presumir la posibilidad de la actitud procesal asumida por ella, por lo que era obligación de la Fiscalía constatar las circunstancias que rodeaban aquellas relaciones que, según se evidenciaba, transcurrían en un contexto de sometimiento estructural inherente a la misma violencia desplegada en contra de la mujer.

Nada de ello se hizo por el acusador, no obstante lo cual la Corte no puede soslayar que del probado contexto dentro del cual se desenvolvió la violencia de género y doméstica, según se viene de narrar, puede inferirse sin mayor esfuerzo que **el ejercicio de la dispensa constitucional de no declarar por parte de la víctima se debió al mismo fenómeno de sujeción y sometimiento al victimario**, lo que se advierte con mayor claridad si se repara en el hecho de que esa declaración anterior fue la denuncia presentada

de manera reactiva por la mujer ante la imposibilidad de tolerar mayores agravios cuando, según lo narró con lujo de detalles, la sometió a tal violencia física y sexual que hizo que terminara exhausta tras varios días de subyugación.

Con lo anterior **entiende la Corte que no hubo ninguna excepción o limitación a la garantía fundamental prevista en el artículo 33 de la Carta Política**, pues aunque la víctima hizo manifestación de acogerse a la dispensa constitucional para no declarar como testigo en el juicio adelantado contra su compañero permanente, **los evidentes condicionamientos a los que se encontraba sometida por razón de la violencia estructural que padecía, permiten sostener que la ausencia de voluntad en esa decisión no habilita la extensión de la protección constitucional sobre la declaración vertida en su denuncia**, haciéndose evidente que, en este caso en particular y bajo las condiciones vistas, **se presenta**, conforme con lo regulado por el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, **un evento similar de indisponibilidad, que permite admitir como prueba de referencia la declaración anterior que rindió en su denuncia**, en la cual además, importa resaltarlo, se le puso de presente su derecho a no declarar, renunciando, allí sí libremente, a su ejercicio.

En consecuencia, **fue legal la admisión de dicho medio probatorio».**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, apreciación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, puede ser superada con prueba complementaria o ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica, tratándose de delitos sexuales || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración || PRUEBA PERICIAL - Dictamen:** informe técnico médico legal sexológico, apreciación, ausencia de lesiones en la víctima no excluye la existencia de la conducta contraria a la libertad, integridad y formación sexuales || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura:** cuando la interacción sexual sucede, aunque la víctima no ha dado su libre consentimiento para ello || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura:** evento en que se desplegó en el contexto de un fenómeno

de sometimiento patriarcal || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando es grave o sistemática || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando le impide el ejercicio de cualquier acto de libertad, incluida la realización de conductas asociadas a su sexualidad || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** ejercida en una relación asimétrica, bajo condiciones de discriminación basada en estereotipos de poder, sobre la idea recurrente de inferioridad de la mujer || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Agravado:** se configura, la relación afectiva y la convivencia que la víctima mantiene con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Agravado:** cuando la conducta se realizare sobre cónyuge o compañera o compañero permanente || **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - No se configura:** si la sentencia no se emitió con transgresión de la tarifa legal negativa

«El debate se circunscribe al estándar probatorio del que se valió el juez colegiado de segunda instancia para dar por demostrada la ocurrencia de la conducta que tipificó como **Acceso carnal violento, agravado**, así como la responsabilidad del acusado.

Se sustentó aquel juicio de responsabilidad penal en la valoración de la denuncia de BLPG, declaración anterior que fue admitida por el juzgador como prueba de referencia.

Manifestó la denunciante que en aquella oportunidad el acusado JAM, con quien llevaba dos años de convivencia, la accedió carnalmente por su vagina, en contra de su voluntad, lo que ocurrió en desarrollo de acontecimientos ejecutados cuando ella le anunció su separación, resultando además lesionada en su rostro ante la resistencia que ofreció al accionar del agresor.

Encuentra la Sala que **la condena no está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, por lo que no se trasgredió la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.** Ello por cuanto la declaración de la víctima fue corroborada en los siguientes aspectos:

El perito forense que llevó a cabo el reconocimiento clínico forense a la víctima, aunque no encontró lesiones que se localizaran en sus genitales, tampoco pudo descartar la

ocurrencia de un acceso carnal no consentido. La explicación a dicha conclusión pericial se encuentra en la base fáctica de lo sucedido: **(i)** según declaró, BLPG se opuso a la pretensión de su compañero para que tuvieran relaciones sexuales; **(ii)** ante la negativa, el acusado procedió a maltratarla, golpeándola en su rostro y en su cuello (de ello encontró hallazgos clínicos el forense) hasta que venció su resistencia y ella, exhausta, permitió la agresión sexual cuando ya no se pudo oponer; **(iii)** ello explica que no se hayan encontrado vestigios de la agresión en las zonas genitales de la víctima, lo que obviamente no puede descartar el acceso carnal no consentido por ella; **(iv)** la ausencia de consentimiento de la mujer y los actos de violencia que precedieron al ayuntamiento sexual, corresponde a una acción propia del tipo penal de Acceso carnal violento.

De igual manera, corrobora la versión entregada en la denuncia por BLPG su coincidencia con la narración de lo sucedido que hizo a su padrastro GAT una vez pudo huir de su agresor, con el relato que hizo al investigador judicial JHLJ después de entrar en contacto con ella y con la exposición de los hechos que transmitió al médico legista cuando la exploró en función del reconocimiento de clínica forense. En todos los relatos refirió que fue agredida físicamente por su compañero permanente, quien, además, la accedió carnalmente en contra de su voluntad. Y en todos los eventos, los testigos refirieron los rastros de violencia física en su rostro que concuerda con la narración que hizo de lo sucedido.

Otros testigos presentados en juicio (LMQV, inquilina de la pareja; ACB, funcionario de Bienestar Familiar; la niña Y.R.P., hija de la denunciante; y, el padrastro GAT), si bien no presenciaron lo acaecido en relación con las agresiones sexuales recurrentes a las que era sometida BLPG por parte de su compañero JAM, sí dan cuenta de un entorno en el que prevalecía un sistemático patrón de conducta de maltrato realizado por el acusado dentro de un contexto de subyugación que, en este caso en particular, resulta imposible de escindir de la violencia sexual como ejercicio de dominación.

La violencia intrafamiliar y la agresión sexual, por lo que se pudo probar, fueron dos realidades que respondían al mismo fenómeno de sometimiento patriarcal, pues a decir por la propia denunciante existía un definido modelo de

conducta por parte del acusado en el que entrelazaba acciones de violencia física y moral contra el grupo familiar y conductas sexuales violentas, no toleradas por ella, al punto que para proteger a sus hijos tuvo que disponer dentro de la casa de artilugios que les impidieran la percepción de los ultrajes a los que se veía sometida por parte de su compañero, de quien, según reconoció, no podía separarse porque era el proveedor económico para su familia.

Esas acciones de violencia sexual, relevantes para la resolución del caso, aunque frecuentes, según admitió ella, no trascendieron su entorno íntimo, hasta aquel día en que decidió denunciar lo sucedido y describir el comportamiento reiterado del que era víctima, el que sin duda se adecúa al tipo penal del artículo 205 del Código Penal y que corresponde con exactitud a las definiciones de acceso carnal, prevista en el artículo 212 ibidem, y de violencia, de que trata el artículo 212A ib., modificado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, en tanto se ejecutó mediante la amenaza y el uso de la fuerza, la coacción física y la opresión psicológica, la intimidación y el empleo de un entorno de sujeción y poder contruidos para impedir el libre consentimiento de la víctima.

Tales circunstancias, sin duda, se encuentran probados con la denuncia de la víctima BLPG, valorada como prueba de referencia, y con medios probatorios, directos, indirectos y periféricos, como los que se acaban de mencionar, que permiten la corroboración de la conducta lesiva de la libertad, integridad y formación sexuales de la mujer.

Con lo anterior, cabe acotar que, conforme a lo demostrado, el acusado sometió a su compañera permanente a una constante violencia sexual sustentada en la discriminación como manifestación de la desigualdad estructural de trato en el ámbito familiar y de la unidad doméstica que integraban. Basta recordar que los actos de agresión sexual recreados por la denunciante y que se producían al tiempo que las conductas vejatorias que transgredían la unidad familiar, tuvieron lugar en un claro contexto de dominación y sometimiento por parte de JAM, prevalido en todo momento de condiciones de supremacía física y económica que ostentaba sobre su pareja y las hijas menores de ésta, circunstancias advertidas por la denunciante y por los testigos presentes en el juicio.

Así, **la relación afectiva y la convivencia que la víctima mantenía con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales**, como pareciera ser la comprensión que sobre tal aspecto asumía el procesado. Por el contrario, aquellas circunstancias, lejos de representar la manifestación de la voluntad en materia sexual por parte de BLPG, **configuran una agravación punitiva**, según lo establecido por el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

Se trataba, en suma, de una **relación asimétrica que se desarrollaba en condiciones de discriminación y de violencia jerárquica basada en intolerables estereotipos de poder sobre una idea recurrente de inferioridad de la mujer** y que rompían el equilibrio debido y las condiciones de igualdad que debían gobernar el vínculo de pareja. En ese contexto surgió la manifestación de sumisión que se tradujo en un constante maltrato físico y psicológico y en un sometimiento sexual, evidenciándose, además, el temor subyacente en la mujer que claramente coartaba su capacidad de decisión como titular de derechos, hasta el punto de tolerar y callar las diversas manifestaciones de violencia sexual a las que siempre era sometida.

Por último, el mismo contexto de los acontecimientos, según fue demostrado, impide que el comportamiento lesivo del procesado se pueda exculpar, como lo propone la defensa, en sus padecimientos psicológicos asociados a depresión y ansiedad, según el diagnóstico del psiquiatra HGM, presentado en el juicio sin ninguna conexión con lo acaecido, y en sus preferencias y conductas sexuales que, de acuerdo a lo asegurado por el propio acusado, practicaba de manera concertada con su compañera, lo que dista mucho de la violencia ejercida sobre ella.

Así las cosas, no encuentra la Corte que el Tribunal haya incurrido en un error de derecho por falso juicio de convicción, pues la condena de JAM por el delito de Acceso carnal violento agravado no se fundamentó exclusivamente en prueba de referencia, razón por la cual no resultó transgredida la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Bajo estas consideraciones, **no se casará el fallo de segunda instancia».**

Inicio

**24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS**

***Competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018***

Al definir la competencia para conocer de una solicitud de libertad planteada por un miembro de un *Grupo Delictivo Organizado* (GDO), la Sala precisó que este tipo de pedimentos se rigen por una regla específica sometida al *principio de legalidad*, acorde a lo estipulado en la Ley 1908 de 2018, de forma tal que corresponde constatar dónde se realizó la imputación o en qué lugar se presentó o presentará el escrito acusatorio.

Acotó que el aspecto subjetivo, relativo a la pertenencia del solicitante a la organización delictiva, es ajeno al trámite incidental, por lo que se deben tener en cuenta las precisiones que sobre el particular efectúe la Fiscalía en el caso concreto.

**1279 del 15/07/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad, conforme al artículo 317 A de la Ley 906 de 2004 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 || **INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE ORGANIZACIONES CRIMINALES - Fortalecimiento:** conforme a la Ley 1908 de 2018 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:**

competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, contempla una regla específica sometida al principio de legalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la organización criminal escapa al trámite incidental || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la organización criminal se atiene a los planteamientos de la Fiscalía en el caso concreto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, corresponde al de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, corresponde al de la ciudad o municipio donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación

«con ocasión de la Ley 1908 de 2018, expedida para fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, entre otras disposiciones, se adicionó al Código de Procedimiento Penal el **artículo 317A**, que contempló **las causales de libertad en los casos de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados** y estipuló en el parágrafo tercero que:

*La libertad de los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados solo podrá ser solicitada ante los jueces de control de garantías de la ciudad o municipio donde se*



formuló la imputación, y donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación.

En esa medida, **la norma en cita contempla una regla de competencia específica** que, por virtud del **principio de legalidad**, debe aplicarse siempre que se reúnan las condiciones legales para ello, entre esas, la exigencia subjetiva allí descrita: “*miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados*”.

Empero, **la efectiva pertenencia del implicado a una organización criminal** en los términos fijados por la Ley 1908 de 2018, y los términos generales de su aplicación o no, **escapa del tema objeto de debate en este tipo de trámite incidental; por lo cual, resulta de vital importancia atenernos a los planteamientos expuestos por la Fiscalía en cada caso concreto** y la comprensión que sobre el mismo tenga el ente acusador, sin invadir el rol que le corresponde.

Es así como, en el presente asunto, se advierte desde ya que, teniendo en cuenta la regla específica de competencia señalada en el artículo 317A de la Ley 906 de 2004, el Juez con funciones de control de garantías de Tuluá, no le corresponde asumir la audiencia de libertad por vencimiento de términos impetrada el favor del imputado.

En efecto, tal y como fue destacado por el titular del Juzgado aludido, en la audiencia de imputación de cargos, la representante del ente

acusador explicó que el indiciado, desde inicios del año 2019, era el encargado de coordinar, comercializar y vender estupefacientes, en municipios como el Roldanillo, Bolívar, la Unión, el Dovio y aledaños, adscrito a una “*organización*” integrante del Grupo Delictivo Organizado denominado “*los del cañón*”, en el que ya se habían capturado a 3 personas separadamente, y que, en esta ocasión, se hizo lo mismo con 2 sujetos más, dentro de los cuales se encuentra R A D P, alias “el grillo”.

Luego, teniendo en cuenta que, para la Fiscalía, se trata de un presunto integrante de un Grupo Delictivo Organizado; desde los criterios fijados por el parágrafo tercero de la Ley 1908 de 2018, corresponde verificar dónde se realizó la imputación y en qué lugar se presentó o presentaría el escrito acusatorio.

En ese orden, se tiene que lo primero se suscitó en la ciudad de Cali, y según lo expresado por la Fiscal, cuando afirmó que **el escrito de acusación será presentado en la ciudad de Buga** y que por facilidades de distancia allí resultaría más cómodo a las partes; se dispone **asignar la competencia para adelantar la audiencia de libertad por vencimiento de términos al juez de control de garantías de Guadalajara de Buga**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### **25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS**

**Competencia territorial, excepción cuando se trata de priorizar los derechos de un niño víctima de delito sexual**

La Sala mantuvo la asignación de competencia en un Juzgado Penal Municipal con función de Control de Garantías, tras advertir que en este evento operaba una circunstancia excepcional, que habilitaba adelantar la audiencia preliminar y reservada de *expedición de orden de captura*, en una comprensión territorial distinta del lugar en el que se presentaron los hechos, habida cuenta de la necesidad de priorizar y garantizar

los derechos de una niña víctima de delito sexual.

**AP796-2020 (57175) del 04/03/2020**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** ejercicio por cualquier juez penal municipal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia territorial, excepción por razones de

urgencia que sustentan la escogencia del municipio donde se solicita la intervención del juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia territorial, excepción cuando se trata de priorizar los derechos de un niño víctima de delito sexual || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Orden de captura:** audiencia reservada de expedición, finalidad || **PRINCIPIO PRO INFANS** - Corresponde a la autoridad judicial dar prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones, artículo 193, Ley 1098 de 2006 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** respecto de audiencia preliminar, se circunscribe a evaluar la razonabilidad de la escogencia del juez de control de garantías, en situaciones excepcionales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia, para adelantar audiencia reservada de expedición de orden de captura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** juez de control de garantías

«Aclarado lo anterior, procede la Sala a establecer cuál juzgado debe conocer de la audiencia de **«expedición de orden de orden de captura»**, presentada en el proceso radicado bajo el No. [...].

Al respecto, se tiene que el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, establece que **cualquier juez penal municipal** puede ejercitar la función de control de garantías.

A pesar de la amplitud del tenor de la citada disposición, esta Corporación ha expuesto que la fijación de la competencia, en materia de control de garantías, no puede obedecer:

**... al capricho o arbitrio del solicitante, sin parar mientes en el elemento territorial, que sigue siendo factor fundamental para el efecto, como fácil se extracta de la sola lectura contextualizada de la totalidad del artículo modificado, en cuanto, remite siempre al lugar de ocurrencia del hecho.**

**Solo en casos excepcionales, por motivos fundados, es factible que la audiencia preliminar sea solicitada y realizada por un juez distinto al que tiene competencia en el lugar del hecho** (CSJ AP6115 - 2016 reiterada en CSJ AP8550 - 2017).

Esa posición se ha justificado con base en lo siguiente:

En su redacción original, el artículo 39 del estatuto adjetivo establecía que el control de

garantías sería ejercido por *«un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito»*, pero a partir de la modificación introducida por el canon 48 de la Ley 1453 de 2011, esta función corresponde a *«cualquier juez penal municipal»*.

Según lo ha explicado la Sala, este cambio normativo no puede entenderse como una autorización a las partes para escoger, sin limitación alguna, el juzgado de garantías al que quieren acudir. Por ello, **en materia de audiencias preliminares, de manera preferente deben respetarse las reglas atributivas de competencia en razón del territorio, pero éstas pueden exceptuarse si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan.** La resolución de este tipo de controversias debe tomar como puntos de partida el **principio de razonabilidad y la mayor protección posible de las garantías procesales** de quienes puedan verse afectados con las decisiones a adoptar. (Cfr., entre otros, CSJ AP, 26 Oct 2011, Rad. 37674).

Al fijar dichas pautas, la jurisprudencia en cita ha ofrecido algunos ejemplos en los que se considera necesario desconocer la regla general y aplicar la excepción. Entre otras hipótesis, así debe procederse cuando el procesado *«se encuentre privado de la libertad en establecimiento carcelario de lugar diferente al de la comisión del acontecer fáctico»* (CSJ AP2676 - 2016).

Ahora, de acuerdo con lo informado por la representante de la Fiscalía, los hechos que dieron origen a la presente actuación, tuvieron ocurrencia en [...] (Antioquia), por lo que en principio, sería un juez de dicho municipio el competente para adelantar la respectiva diligencia.

Sin embargo, según indicó la fiscal del caso, presentó la solicitud de audiencia de expedición de orden de captura en Medellín, buscando la celeridad que amerita la actuación, pues se trata de un delito sexual, cuya víctima es una menor de 4 años de edad y el posible agresor es su progenitor.

Al respecto, debe indicar la Sala que **la audiencia de expedición de orden de captura, ha sido concebida con carácter de reservada**, dado que su finalidad es *«que se efectúe la privación de la libertad de una persona en forma temporal con el fin de proteger a la sociedad y asegurar su*

comparecencia al proceso». (Negrilla fuera de texto).

Además, para el presente caso, se debe acudir al artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, según el cual, **con el fin de hacer efectivos los principios del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos y protección integral en los procesos en que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas, le corresponde a la autoridad judicial, entre otros, dar «prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar».**

Los motivos expuestos por la delegada fiscal, encaminados a priorizar los derechos de un niño que está siendo víctima de un delito sexual, resultan suficientes para que la audiencia de expedición de orden de captura se realice ante el juez penal municipal con función de control de garantías de Medellín y no ante el juzgado que por razón del lugar de ocurrencia de los hechos debía conocer de las diligencias, **en tanto se configura una de las excepciones al factor territorial como regla general**, derivada de «razones de urgencia en los que se sustenta la escogencia del municipio donde se solicitó la intervención del juez de control de garantías».

En efecto, si bien los hechos tuvieron ocurrencia en [...] (Antioquia), los motivos urgentes por los cuales acudió la Fiscalía ante los jueces de control de garantías de Medellín se encuentran debidamente sustentados, pues, **i)** se trata de la orden de captura, como acto urgente para asegurar la comparecencia del indiciado al trámite; **ii)** la víctima es una niña de 4 años de edad; **iii)** su progenitor es el posible agresor y **iv)** se trata de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual.

Así las cosas, ninguna razón le asiste a la juez [...] penal municipal con función de control de garantías de Medellín al rechazar la competencia para adelantar la diligencia solicitada, en consideración a las circunstancias excepcionales que permiten la realización de una audiencia preliminar en un lugar diferente al de ocurrencia de los hechos, como ocurre en el presente evento.

En esas condiciones y de forma consonante con los precedentes jurisprudenciales atrás citados, **se dispondrá mantener la competencia** para adelantar la aludida audiencia preliminar en el Juzgado [...] Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, por lo que se devolverán de manera inmediata las diligencias, para los fines pertinentes.».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### 26. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - JUICIO ORAL:

**Utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para su evacuación, no afecta las garantías de intermediación, publicidad, contradicción y concentración, siempre que se garantice el adecuado funcionamiento**

Al desatar el recurso de queja, declarando bien denegada la apelación, la Sala estimó fundamental recordar que, en el sistema penal acusatorio, este medio de inconformidad no es procedente respecto de las órdenes que adopta el juzgador para definir asuntos de simple trámite vinculados con el curso de la actuación, entre ellas, las que disponen o niegan la suspensión de las audiencias. Finalmente,

indicó que la utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para evacuar la audiencia de *juicio oral*, no afecta las garantías de intermediación, publicidad, contradicción y concentración, siempre que se garantice el adecuado funcionamiento.

**AP1097-2020 (57346) del 10/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Fabio Ospitia Garzón**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Providencias judiciales:** clases, sentencias, autos y órdenes ||

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - recurso de apelación:** procedencia, está condicionada por la naturaleza de la decisión judicial que se haya adoptado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** improcedencia, cuando se trata de una orden, que define asuntos de simple trámite vinculados con el curso de la actuación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencias:** juez, director del proceso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** improcedencia, cuando se trata de una decisión que ordena o niega la suspensión de la audiencia de juicio oral, o de cualquier otra || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencias:** utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para impedir la paralización de la actividad judicial, a través de sesiones virtuales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juicio oral:** utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para su evacuación, no afecta las garantías de inmediación, publicidad, contradicción y concentración, siempre que se garantice el adecuado funcionamiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** la Sala declara bien denegada la apelación

«El origen del problema jurídico planteado en este caso se remonta a la solicitud presentada por el procesado ECR y su defensor, orientada a obtener la **suspensión de la audiencia del juicio oral**, hasta tanto se pueda garantizar la presencia de los Magistrados, las partes y los intervinientes a la misma, y el cabal ejercicio del debido proceso probatorio en cuanto a los principios de inmediación, contradicción, publicidad y contradicción de la prueba.

Esta solicitud fue rechazada por la Sala Especial de Primera Instancia, por estimar que las **sesiones virtuales del juicio** que se venían realizando garantizaban el debido proceso probatorio y la eficacia de la administración de justicia, y no sacrificaban, ni limitaban, como se sostenía, los derechos del procesado.

La defensa recurrió esta determinación en apelación, pero la Sala Especial de Primera Instancia lo negó por improcedente, con el argumento de que se trataba de un acto de dirección del proceso, contra el cual no procedía el recurso de apelación. Ante ello, la defensa recurrió en queja, para que la Sala de Casación Penal, en condición de juez de segunda instancia, acceda a la concesión del recurso.

El quid del asunto radica en determinar **si las decisiones que ordenan o niegan la suspensión de la audiencia del juicio oral, o de cualquier otra audiencia, admiten el recurso de apelación**, al margen de los motivos que puedan haberse invocado para solicitarlo o disponerlo, los cuales, contrario a lo creído por la defensa, no cuentan para estos efectos.

Pues bien. **La Sala no alberga dudas** en cuanto a que esta decisión no resuelve el objeto del proceso, ni un asunto sustancial del mismo, y **que solo se trata de un acto que resuelve una cuestión vinculada con el curso de la actuación procesal, tomada en el marco de las funciones de dirección que la ley le otorga al juez.**

Esto determina que la decisión **se enmarque dentro de la categoría de las providencias judiciales denominadas órdenes**, en virtud de su naturaleza, y que se asimile a las decisiones que el juez toma, por ejemplo, para activar el trámite procesal, o controlar su normal desarrollo, o imponer orden, o disponer recesos, entre otras.

**Los autos**, por su parte, son decisiones que resuelven un aspecto sustancial del proceso, distinto de su propio objeto, que implican generalmente la afectación o limitación de un derecho, o de una garantía, como sucede con los que menciona el artículo 20, o los que enumeran el artículo 177, de cuya naturaleza no participa el que aquí se impugna.

Siendo así, se impone concluir que **la decisión impugnada no admite el recurso de apelación, y que la Sala Especial de Primera Instancia hizo bien al negarlo**, por improcedente, con independencia, como ya se dijo, de los fundamentos que se hayan expuesto para sustentar la petición, por cuanto éstos no tienen la virtualidad de variar su naturaleza.

Sin embargo, es importante reiterar que **la utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para su evacuación de las audiencias de juicio oral, que actualmente se han implementado para impedir la paralización de actividad judicial, no afectan las garantías de inmediación, publicidad, contradicción y concentración**, puesto que todas logran realización a través de este medio, **siempre que se garantice**, desde luego, **el adecuado funcionamiento del sistema.**



[...] En síntesis, **la decisión** de la Sala Especial de Primera Instancia **de no acceder a la solicitud de suspensión de la audiencia del juicio oral, se inscribe, por su naturaleza,** dentro de la categoría de las providencias que se definen legalmente **como órdenes, contra las**

**cuales no procede el recurso de apelación. Por tanto, se declarará correctamente denegado el recurso».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### **27. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES**

***Los Fiscales no están habilitados para conceder a los procesados beneficios sin límite, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica***

En la decisión, a través de la cual no se casó la providencia impugnada, la Sala efectuó un minucioso estudio sobre el tema relativo a los límites a los beneficios que pueden otorgarse, en virtud de los *preacuerdos y negociaciones*. En tal sentido, consideró que los Fiscales no están habilitados para concederlos de manera ilimitada, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, pues tal situación puede resultar lesiva del principio de legalidad y conducir a rebajas de pena desbordadas. Adicionalmente recordó que, en eventos de terminación anticipada de la actuación, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación o la acusación, no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena.

**SP2073-2020 (52227) del 24/06/2020**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, límites al monto de beneficios que la fiscalía puede otorgar || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la

pena, límites al monto de beneficios que la fiscalía puede otorgar, conforme a la jurisprudencia constitucional y penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** discrecionalidad reglada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** discrecionalidad reglada, aplicación en el juicio de imputación y juicio de acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** discrecionalidad reglada, se acentúa en los ámbitos de disposición de la acción penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** existe entre la acusación y la sentencia, solicitud de absolución no vincula al juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de oportunidad:** control por el Juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Archivo de las diligencias:** está sometido a reglas puntuales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** disminución punitiva según el momento procesal || **BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EFICAZ** - Diferente a la aceptación o allanamiento a cargos, o preacuerdos || **BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EFICAZ** - Están reglados || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** los Fiscales no están habilitados para conceder a los procesados beneficios sin límite, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** límites a la concesión de beneficios, parámetros para determinarlos

**«Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica**

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la

rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, también debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que **(i)** el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizada para conceder beneficios desproporcionados; **(ii)** los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y **(iii)** en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que **la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada**, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.

El concepto de discrecionalidad reglada también ha sido desarrollado por esta Sala, principalmente en lo que atañe al **“juicio de imputación”** y **“el juicio de acusación”**. En efecto, se ha aclarado que aunque **los jueces no pueden ejercer control material** sobre las actuaciones reguladas en los artículos 286 y siguientes (imputación) y 336 y siguientes (acusación), los fiscales tienen la obligación de acatar los presupuestos materiales de esas decisiones y deben cumplir los requisitos formales establecidos por el legislador, en buena medida orientados a garantizar los derechos del procesado y la debida configuración del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre otras).

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que **esta forma de**

**acuerdos (cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios**, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.

Por el contrario, se advierte que **en los ámbitos de “disposición” de la acción penal se acentúa el concepto de discrecionalidad reglada**.

[...] Lo anterior confirma, además, que aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 may 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal.

Lo mismo sucede en materia de **principio de oportunidad**. Aunque en las discusiones previas a la expedición de la Ley 906 de 2004 se consideró la posibilidad de que el control a esta actividad fuera rogado, finalmente se optó porque operara automáticamente frente a la modalidad de renuncia al ejercicio de la acción penal. Luego, la Corte Constitucional concluyó que el control automático también procede frente a las modalidades de suspensión e interrupción (C-979 de 2005). Igualmente, existe consenso en que el control que realizan los jueces es formal y material, así como frente a la obligación de considerar los intereses de las víctimas y los demás aspectos constitucionalmente relevantes (C-209 de 2007, C-591 de 2005, entre otras).

Frente a este tema, quedaría por resaltar que incluso **en materia de archivos** la actividad de la Fiscalía está sometida a reglas puntuales, no solo porque debe comunicar este tipo de decisiones a las víctimas y al Ministerio Público, sino además porque existe la oportunidad de solicitar al juez de control de garantías su

revisión (art. 79 de la Ley 906 de 2004, desarrollado en la sentencia C-1154 de 2005).

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordar lo concerniente a los **límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdos que celebren con el procesado**, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los **beneficios** que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Sin embargo, **todos ellos están sometidos a límites**, incluso cuando el procesado no solo contribuye a la pronta solución de su caso, sino además cuando colabora *“eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”* (causal 5ª de principio de oportunidad), como también cuando *“sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes...”* (causal 6ª).

[...] En esa misma línea, la Sala advierte que el allanamiento unilateral a cargos, así como otras modalidades de acuerdo que no impliquen el cambio de calificación jurídica, tienen límites puntuales en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si el procesado toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el **monto de la rebaja punitiva**, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la terminación anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado.

Bajo la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

La Sala no analizará pormenorizadamente estas normas, para mantener la atención en los aspectos relevantes para la solución del caso. La alusión a las mismas tiene como única finalidad resaltar que a lo largo del ordenamiento jurídico se establecieron límites para la concesión de beneficios, incluso en los casos de colaboración “esencial” o “eficaz” para combatir la delincuencia organizada o esclarecer delitos graves.

En todo caso, no puede perderse de vista que los beneficios más amplios, en el ámbito de la colaboración con la administración de justicia, están reservados para quienes prestan este tipo de colaboraciones. Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permita comprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos.

Lo anterior guarda armonía con las directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación sobre los criterios para la celebración de acuerdos, referidas ampliamente en la SU479 de 2019 para resaltar que para esos efectos debe considerarse.

[...] En este orden de ideas, **a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es negativa.**

Lo contrario implicaría aceptar que todas las formas de concesión de beneficios, menos esa, están sometidas a controles compatibles con el concepto de discrecionalidad reglada. Igualmente, aceptar una discrecionalidad ilimitada en ese ámbito implicaría entender, por ejemplo, que los beneficios para quien colabora eficazmente para desarticular una banda de delincuencia organizada están sujetos a la estricta reglamentación atrás enunciada, mientras que los otorgados a una persona para la “solución” de su caso operan sin ningún límite ni control, lo que trasgrede la más elemental idea de proporcionalidad, sin perjuicio de la afectación de la igualdad, la seguridad jurídica y, en general, la sujeción a la Constitución Política y la ley.

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de **beneficios** en el contexto de los acuerdos, también lo es que **el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos**, orientados a que estas formas de terminación de la acción

penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: **(i)** el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; **(ii)** el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, **(iii)** el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; **(iv)** su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y **(iv)** el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** control por el juez, las constataciones que debe hacer son diferentes frente a las del trámite ordinario

«El rol del juez frente a los acuerdos : **(i)** es diferente al que desempeña frente a la imputación y la acusación en el trámite ordinario, donde está proscrito el control material; **(ii)** lo anterior, sin perjuicio de que en dicho trámite -ordinario-, al emitir la sentencia el juez puede referirse ampliamente a los cargos de la acusación, bien en lo que atañe a su demostración y a la respectiva calificación jurídica; **(iii)** en el ámbito de los acuerdos, las partes le solicitan al juez una condena anticipada, sometida a reglas distintas, tal y como se ha explicado a lo largo de este proveído; **(iv)** pero, en todo caso, se trata de una sentencia, que constituye la principal expresión del ejercicio jurisdiccional; y **(v)** así, el juez debe verificar los presupuestos legales para la emisión de la condena, que abarcan desde el estándar previsto en el inciso último del artículo 327, hasta los límites consagrados en el ordenamiento jurídico para esta forma de solución del conflicto derivado del delito».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, trasgrede el principio de legalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena,

puede conducir a rebajas desbordadas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, efectos negativos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** obligaciones frente a delitos graves cometidos en contra de personas vulnerables

«En síntesis, se tiene lo siguiente: **(i)** en su primera intervención la Fiscalía expresó su decisión de cambiar la calificación, en el sentido de mutar el homicidio en favorecimiento, lo que constituiría el único beneficio concedido en virtud del preacuerdo; **(ii)** para esos efectos, reiteró aspectos esenciales de la premisa fáctica de la acusación; **(iii)** en ese contexto, mantuvo el cargo por privación ilegal de la libertad, que solo es compatible con la hipótesis expuesta en la acusación, según la cual VC acompañó a V hasta el despoblado donde se le segó la vida a GP; **(iv)** solo cuando la delegada del Ministerio Público hizo notar los problemas del acuerdo, el delegado de la Fiscalía cambió su línea argumentativa, en el sentido de decir que la hipótesis más plausible es que VC se limitó a “*encubrir*” a su compañero; **(v)** para ello, se basó exclusivamente en las evidencias de descargo, sin tener en cuenta que esa nueva postura era incompatible con lo expuesto por el principal testigo -VR-, quien hizo énfasis en que su compañero no sabía nada de lo sucedido, no ayudó a lavar el carro y no cometió ningún delito; **(vi)** sin embargo, en la parte final de la audiencia, cuando la Juez le pidió que concretara los hechos, no incluyó en su relato los presupuestos fácticos de la responsabilidad de VC; **(vii)** aunque él mismo realizó el juicio de acusación y elaboró el respectivo escrito -donde aparecen relacionadas la información que finalmente condujo a la condena-, no tuvo en cuenta nada de esto, a pesar del fuerte respaldo que le imprimía al llamamiento a juicio, sin perjuicio de que hacía evidentes las contradicciones y omisiones del relato de VR; y **(viii)** según el defensor, VR estaba dispuesto a aceptar el delito de privación ilegal de la libertad, a pesar de que, según la defensa, no tenía base fáctica ni fundamento “*probatorio*”.

En este orden de ideas, aunque luego de presentar los términos del acuerdo y tras ser



confrontado por la delegada del Ministerio Público el fiscal trató de dar otras explicaciones para sustentar su legalidad, lo cierto es que los términos del mismo no fueron modificados y, por lo tanto, es claro que no se trató de un acuerdo orientado a optar por una premisa factual alternativa. Ello no solo se desprende del contenido del convenio -transcrito en precedencia-; también se infiere de lo siguiente: **(i)** los hechos narrados en el acuerdo coinciden, en esencia, con lo expuesto en la acusación; **(ii)** predicar que VC se limitó a brindar una ayuda posterior al homicidio, necesariamente implica descartar su participación en la retención ilegal; **(iii)** de aceptarse, en contra de la evidencia, que para ese entonces la hipótesis más plausible era la de un aporte posterior a la muerte, implicaría aceptar la ilegalidad del acuerdo, por la inclusión de un cargo -privación ilegal de la libertad- sin base fáctica y sin un mínimo soporte en las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida, lo que sería contrario a lo previsto en el inciso final del artículo 327; y **(iv)** la plausibilidad de esa supuesta hipótesis tendría que haberse explicado a la luz de la evidencia en su conjunto, y no a partir del abordaje fragmentario y acrítico de las aportadas por la defensa.

Por lo expuesto, **la Sala concluye que el acuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa corresponde a lo expresado por el delegado del ente acusador al inicio de la audiencia celebrada el 15 de abril de 2010, esto es, que se trataba de un cambio de calificación jurídica, sin base fáctica, orientado a concederle beneficios punitivos al procesado.**

A la luz de la evidencia y demás información que sirvió de sustento a la acusación, el Tribunal, con razón, concluyó que la hipótesis factual por la que se hizo el llamamiento a juicio encontraba un fuerte respaldo en esas evidencias físicas, dictámenes periciales, entrevistas, etcétera. Ello, le restaba plausibilidad a la hipótesis alternativa, que tenía como soporte principal la versión del otro policial, quien, a pesar de haber sido ya condenado por estos hechos -por lo que no asumía riesgos adicionales con su declaración-, se mostró notoriamente elusivo, al punto que no se pronunció frente a varios aspectos centrales de este caso, entre ellos, las circunstancias que rodearon el homicidio, la identidad del uniformado que lo acompañó al lugar donde se produjo la muerte, etcétera.

Ello, sin perjuicio de las contradicciones en que incurrió el fiscal, y de las manifestaciones que hizo el defensor en el sentido de que VC se *“estaba dando la pela”* al aceptar un delito sin ninguna base fáctica, pues esto último era suficiente para concluir que el acuerdo era inviable, por las razones expuestas en el numeral 6.2.2.3.

Finalmente, **no puede pasar desapercibida la actitud que asumió el delegado de la Fiscalía ante un delito de grave violación de derechos humanos, cometido en contra de una persona en condiciones de vulnerabilidad.** En efecto, cuando la representante del Ministerio Público hizo notar los problemas del acuerdo, el fiscal procuró a toda costa justificar la negociación, al punto que se apartó totalmente de la copiosa información que sirvió de soporte a la acusación y se ocupó únicamente de las entrevistas que le suministró la defensa, entre las que sobresale la versión incompleta e interesada de HVR.

Finalmente, si se tiene en cuenta la pena prevista para el homicidio agravado (400 a 600 meses) y que la pena establecida en virtud del referido acuerdo fue de 64 meses, es claro que lo pactado por la Fiscalía y la defensa frente a este delito **implicaba una rebaja muy sustancial de la sanción (84%)**, incluso si se parte del extremo mínimo de la pena prevista en el artículo 104 del Código Penal».

**NULIDAD - Debido proceso:** no se configura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, trasgrede el principio de legalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, puede conducir a rebajas desbordadas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, improcedencia || **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Se configura || HOMICIDIO AGRAVADO - Se configura:** evento en que el

sujeto pasivo fue un habitante de la calle, en situación de especial vulnerabilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** deber de protección y garantía de los derechos de las víctimas, personas vulnerables || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** obligaciones frente a delitos graves cometidos en contra de personas vulnerables || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** los Fiscales no están habilitados para conceder a los procesados beneficios sin límite, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica

#### «El sentido de la decisión

**No hay lugar a la nulidad que solicita el impugnante**, porque el Tribunal, en calidad de juez de segunda instancia, se limitó a **verificar los presupuestos legales para la emisión de una condena anticipada**, lo que hace parte de sus funciones jurisdiccionales.

En desarrollo de esa función, encontró que la hipótesis de la acusación tenía un respaldo suficientemente amplio en las evidencias presentadas por la Fiscalía, por lo que consideró improcedente el cambio de calificación jurídica realizado en virtud del acuerdo. Su argumentación incluyó, en esencia, los mismos aspectos analizados en el numeral 6.1., los que armonizó con el contenido de la sentencia C-1260 de 2005.

No se trató, como lo propone la defensa, de un cambio de la premisa fáctica, sino de la **inclusión de una calificación jurídica alejada totalmente de los hechos, orientada exclusivamente a la concesión de un beneficio punitivo en virtud del cual la pena procedente se reduciría en más del 84%**. Ello entre otras cosas porque: **(i)** en ningún momento se aclaró que la premisa fáctica sería modificada; **(ii)** el análisis conjunto de las evidencias físicas y la información legalmente obtenida permitía concluir que la hipótesis factual incluida en la acusación tenía (y sigue teniendo) un respaldo abrumador, lo que permite descartar la plausibilidad de la hipótesis defensiva; y **(iii)** al punto que la Fiscalía mantuvo el delito de privación ilegal de la libertad, que, en

este caso, tiene una relación inescindible con el homicidio.

Ante un caso de extrema gravedad, cometido en contra de una **persona especialmente vulnerable**, y bajo las condiciones atrás indicadas, la Fiscalía optó por un acuerdo que implicaba:

Primero, **una calificación jurídica totalmente alejada de los hechos jurídicamente relevantes, lo que entraña una flagrante violación del principio de legalidad.**

Segundo, **un descuento punitivo muy superior a los máximos previstos en el ordenamiento jurídico**, incluso si se le compara con el beneficio previsto para la aceptación de los cargos en la primera fase de la actuación penal. Ello, bajo el entendido de que el único “*beneficio*” que recibiría la administración de justicia sería la pronta terminación de ese proceso, sin que pueda perderse de vista que: **(i)** el acuerdo se presentó cuando estaba ad portas de comenzar el juicio oral, **(ii)** no se consideró la reparación de las víctimas, y **(iii)** el procesado no colaboró de ninguna manera para esclarecer los hechos o lograr la judicialización de otras personas.

Y, tercero, la calificación jurídica por la que se optó es compatible con la idea de que en la muerte de la víctima solo participó un policial, lo que es contrario a la realidad que enfrentó el ciudadano RDJGP, quien se encontraba indefenso, a merced de los dos integrantes de la patrulla, lo cual afecta gravemente el derecho a la verdad que asiste a las víctimas del delito.

Bajo esas condiciones, resulta infundado afirmar que el Tribunal se extralimitó en sus funciones al **revocar la decisión aprobatoria del acuerdo, emitida por el juzgado de primera instancia.** Ello, sin perjuicio de los otros aspectos problemáticos del acuerdo y de los argumentos que la Fiscalía y la defensa presentaron frente al mismo, analizados en el anterior numeral.

Por lo expuesto, **se desestimaré la pretensión del impugnante.**

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

## Inicio

### **28. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRUEBA DE REFERENCIA:**

***No constituye evento similar que posibilite su admisión excepcional, la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación***

Al confirmar la decisión del Tribunal, en el sentido de no acceder a la incorporación de tres medios de conocimiento solicitados como prueba de referencia, la Sala tuvo ocasión de precisar que no constituye un evento de aquéllos que posibilitan la admisión excepcional de esta modalidad probatoria, la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación. Se explicó que, en tales casos, no es posible que, de manera indirecta, se le fuerce a deponer, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas.

**AP1393-2020 (53838) del 24/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DEFENSA MATERIAL - Ejercicio:** a través del derecho de no autoincriminación || **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Garantía de índole sustancial:** no procesal, aplicable aún frente a procesos independientes || **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Alcance** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** no constituye evento similar que posibilite su admisión excepcional, la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** la decisión del testigo de acogerse al derecho a la no autoincriminación, impide que se le fuerce a deponer, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas || **RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal:** confirma providencia

«[...] como lógica consecuencia del artículo 33 de la Carta Política, cuando determina que: «nadie

*puede ser obligado a declarar contra sí mismo [...]*», la Sala ha señalado que es «elemento esencial del derecho de defensa, en cuanto se protege a la persona de [...] de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo», razón por la cual la garantía se integra al debido proceso» (CSJ SP10741-2017, rad. 41749), además de ser de «índole sustancial, no procesal, y es por tanto aplicable aún frente a procesos independientes» (CSJ AP, 2 oct.2019, rad. 53.832).

A su vez, la Corte Constitucional destaca que **la garantía de la no autoincriminación** «es un componente esencial del derecho de defensa, en tanto blindada a la persona cuya responsabilidad jurídica se intenta determinar, de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo. Por tal motivo, tanto en el derecho nacional como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho comparado, la referida garantía se encuentra inescindiblemente vinculada al derecho al debido proceso, en el entendido de que la obligación de declarar contra sí mismo haría nugatoria la estructuración y la ejecución de la estrategia de defensa» (CC C-848-2014).

En consecuencia, **la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación -artículo 33 de la Constitución Política-**, como acontece en el caso concreto, **no constituye un «evento similar» que posibilite la admisibilidad de la prueba de referencia**, acorde con el literal b) del artículo 438 del C. de P. Penal, por cuanto **no se trata de un testigo no disponible** -tesis de la impugnante-, **sino de uno que pese a comparecer al juicio se ampara en un privilegio constitucional** que, como se dijo, tiene raigambre sustancial por resguardar los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, no solamente en la actuación en la cual se enarbola sino frente a otras.

Eso es lo que constitucional y legalmente se impone respecto de la eficacia de la administración de justicia aducida por la recurrente, toda vez que la guardiana de la Carta Magna señaló que: «en virtud de la referida garantía, las personas tienen el derecho a no ser forzadas a dar declaraciones inculpativas, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan

*consecuencias adversas para quien no lo hace. Es decir, la consecuencia jurídica de la garantía no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzadas, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones.» (CC C-848-2014, subrayas fuera de texto).*

Es por ello que **la decisión manifestada por la testigo RCC en el juicio oral, de acogerse al derecho fundamental reconocido por el**

**artículo 33 de la Constitución Política**, a efectos de no autoincriminarse, **impide que de manera indirecta se le fuerce a deponer**, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas [...]

[...] De donde procede la **confirmación del auto impugnado**, como así se declarará».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### **29. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - TESTIGO:**

***Impugnación de credibilidad, si no se ejerció durante el juicio, no se puede invocar en la apelación o en la casación, cuando requiere base o acreditación probatoria***

En la providencia, a través de la cual la Sala no casó el fallo impugnado, condenatorio por el delito de *Acceso Carnal Violento*, la Corporación realizó una trascendente reflexión sobre la función que cumple en el sistema penal acusatorio, el instituto de la *impugnación de credibilidad del testigo*. Entre otros aspectos, determinó que si esta facultad no fue ejercida por las partes durante el juicio, no es viable su invocación en la apelación o en casación, cuando la argumentación en que se fundamenta requiera base o acreditación probatoria, pues después de tal fase procesal no es dable la aducción de medios suasorios, resultando vedado para el fallador apoyarse en elementos no sometidos a los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

**47909 del 13/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, función de este instituto en el esquema procesal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de

credibilidad, reglas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, aspectos que se pueden cuestionar || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, su uso es discrecional para cada parte || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, si la parte decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantearla en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, si no se ejerció durante el juicio, no se puede invocar en la apelación o en la casación, cuando requiere base o acreditación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, si no se ejerció durante el juicio, se puede invocar en la apelación o en la casación, cuando no requiere base o acreditación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral, alcance del uso de las declaraciones rendidas antes del juicio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como medio de impugnación de credibilidad, requisitos, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos

### **«Errores de raciocinio**

El casacionista sostiene, **(i)** que la decisión de condena se sustenta exclusivamente en el testimonio de la víctima ILDM, y **(ii)** que el tribunal, al valorar el mérito de esta única prueba, incurrió en errores de raciocinio que erosionan el fundamento de la sentencia, porque le otorgó credibilidad a su dicho, a pesar de las



múltiples contradicciones e inexactitudes que contiene.

Las inconsistencias que le atribuye, las deriva, en su mayoría, de disconformidades que dice encontrar entre el testimonio rendido por IL en el juicio oral y las declaraciones entregadas por ella en oportunidades anteriores, específicamente en la denuncia y en las entrevistas. Y también del carácter inverosímil que, en su criterio, revisten algunas de sus afirmaciones que sirven de sustento al fallo de condena.

Confrontados los audios del juicio oral, se establece, sin embargo, que **los motivos que el casacionista aduce para cuestionar la veracidad del testimonio** de ILDM (contradicciones con declaraciones anteriores e inverosimilitud de su relato), **no fueron utilizados por la defensa para impugnar su credibilidad en el juicio, de manera directa ni indirecta**, y que los cuestionamientos que contienen quedaron al margen de toda controversia.

Esta particular situación, obliga a la Sala a reflexionar sobre **la función que cumple en el nuevo sistema procesal el instituto de la impugnación de la credibilidad del testigo**, regulado en el artículo 403 del estatuto, y la posibilidad de formular ataques en casación al amparo del error de raciocinio, cuando la parte recurrente no ha hecho uso de esta prerrogativa en el juicio oral.

Dicho instituto, **permite a las partes cuestionar la credibilidad del testigo**, por cualquiera de los siguientes aspectos, **(i)** naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, **(ii)** capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar, **(iii)** existencia de motivos de parcialidad del testigo, **(iv)** discrepancia con declaraciones anteriores, **(v)** tendencia a la mendacidad, y **(vi)** contradicciones internas del testimonio.

El ejercicio de esta garantía procesal impone a la parte interesada presentar en audiencia, ante el juez, **(i)** los argumentos que sustentan la impugnación, y **(ii)** las evidencias que acreditan el supuesto fáctico del motivo alegado, en los eventos en que su demostración exija acreditación probatoria, como sería el caso, por ejemplo, de los motivos previstos en los ordinales **(ii)**, **(iii)**, **(iv)** o **(v)** del precepto.

**Su invocación es discrecional**, en cuanto la parte puede hacer o no uso de ella en el juicio oral, pero **si decide renunciar a su ejercicio, ya**

**no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria.**

**Solo podrá hacerlo si la alegación que plantea no exige acreditaciones de esta índole**, verbi gracia, cuando se alega inverosimilitud o ausencia de credibilidad porque el relato suministrado por el testigo contradice los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados científicos, que como se sabe, no requieren acreditación, o cuando se invocan contradicciones internas en la declaración rendida en el juicio oral.

La razón es elemental. En el modelo de enjuiciamiento acusatorio, **toda prueba debe practicarse y controvertirse en el juicio oral**, en presencia del juez de conocimiento. Este es el escenario natural del debate probatorio. Después de este momento procesal no hay espacio para la práctica de pruebas en ninguna de las instancias, ni en casación.

Esto impone afirmar **que los motivos de impugnación que requieren base probatoria, deben plantearse y debatirse necesariamente en el juicio oral**, porque después ya no habrá lugar a la incorporación de pruebas, y **al juzgador no le es permitido apoyarse, para fundamentar sus decisiones, en material probatorio que no han sido sometido a los requerimientos de los principios de publicidad, inmediación y contradicción.**

Por eso, la respuesta que se sigue al interrogante planteado, es que **las partes no pueden sorprender con esta clase de ataques en estadios posteriores al juicio oral** cuando, requiriéndose acreditación probatoria de la causal que se invoca, no se ha hecho uso de la garantía de impugnación en esta oportunidad procesal, en los términos previstos en el estatuto procesal penal.

En efecto, para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, esta Corporación ha precisado que **para el ejercicio de la prerrogativa** regulada en el artículo 403 atrás citado, **a la parte interesada le corresponde:**

**(i)** a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); **(ii)**

darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas. (CSJ SP, 31 ago. 2016, rad. 43916; CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950, entre otras.)

En la misma línea, ha precisado que **estas herramientas deben utilizarse razonablemente**, en orden a materializar la referida garantía con el menor uso posible de declaraciones anteriores u otro tipo de

información que no haya sido decretada como prueba, precisamente para evitar la desestructuración del modelo procesal. Por tanto, se ha dicho que **antes de introducir el contenido de declaraciones anteriores al juicio oral, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos**, pues, si las reconoce, ya no tendría sentido hacer dicha incorporación ni, por ende, asumir las dilaciones y los riesgos que la misma implica -entre ellos, que el juez acceda a información por fuera de las reglas del debido proceso- (CSJ AP, 5 jun. 2019, rad. 55337).

Sin embargo, en el caso que se estudia, **los motivos que el casacionista aduce para cuestionar la credibilidad del testimonio de ILDM, no fueron invocados en el juicio oral para impugnar su credibilidad, situación que determina que sus alegaciones, en relación con los que requerían para su acreditación base probatoria, resulten de entrada ineficaces.**»

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### 30. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – ANTI JURIDICIDAD

***Lesividad, no se excluye por la solución de los problemas de pareja o el desistimiento de la víctima de la acción administrativa***

La Sala casó el fallo impugnado, para en su lugar, restablecer la condena impuesta en primera instancia por el delito de *Violencia Intrafamiliar*, para cuyo efecto realizó fundamentales precisiones en torno al juicio de *antijuridicidad* del comportamiento, explicando que la afectación al bien jurídico no se excluye por el hecho de que la acción típica se realice en una sola oportunidad ni por la ausencia de lesiones psíquicas en la víctima, ni tampoco por situaciones externas y posteriores a la conducta, tales como la solución de problemas de pareja o el desistimiento de la acción administrativa.

**SP922-2020 (50282) del 6/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Jaime Humberto Moreno Acero**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL**  
- **Interpretación errónea:** se configura || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Delito de consumación instantánea** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** puede cometerse mediante un único acto o la suma de varios || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** la acción típica consistente en maltratar, física o psicológicamente, puede realizarse en un solo instante o única oportunidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, no se excluye por hechos posteriores, ajenos al delito || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, no se excluye por la solución de los problemas de pareja o el desistimiento de la víctima de la acción administrativa || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No es querellable** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Diferente a**

**lesiones personales || VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, daño psicológico en integrante del núcleo familiar distinto al agredido, puede ser indicador de mayor grado de afectación del bien jurídico || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, la ausencia de lesiones psíquicas en la persona agredida, en nada desvirtúa la idoneidad de la conducta para vulnerar el bien jurídico || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** armonía y unidad familiar

«La decisión de segunda instancia absolvió a NAQG, al considerar que su conducta *“no resulta antijurídica para el punible de violencia intrafamiliar”*».

En su lugar, **para la Corte, la pregonada ausencia de antijuridicidad deviene en conclusión errónea**, al surgir de argumentos derivados de una interpretación equivocada de este tipo penal, como pasa a demostrarse.

En primer lugar, sostuvo el Tribunal que el acusado agredió a su pareja en una sola ocasión, esto es:

*“...no se acreditó que QG hubiere realizado otro tipo de agresiones en contra de su compañera permanente diferentes al que generó su captura...”*.

Ese fundamento se vislumbra como el central, pues, fue el primero que desarrolló la tesis de la ausencia de lesividad y, además, se reiteró en la parte final de las consideraciones, en los siguientes términos: *“...las pruebas recogidas en la investigación apenas dieron cuenta de la agresión del acusado contra su compañera en esa única oportunidad, sin que se haya establecido que se trataba de una conducta agresiva reiterada...”*.

En otras palabras, en virtud de la prueba practicada en juicio, para el juez corporativo, la ausencia de pluralidad de agresiones físicas impide la configuración de la ilicitud de violencia intrafamiliar, razón para que, en su criterio, se verificara la absolución del acusado.

La premisa implícita de ese raciocinio es que la tipicidad de la conducta punible se satisface con dos o más comportamientos violentos contra otro miembro del núcleo familiar; planteamiento equivocado porque, como ya lo indicó la Corte, **la acción típica consistente en maltratar, física o psicológicamente, puede realizarse en un solo**

**instante o única oportunidad**, como ocurrió en el caso bajo examen.

Ahora, cierto es que, en algún momento, la confutada sentencia advirtió: *“...no es que sea ingrediente del tipo la conducta reiterada...”*, con lo cual, parecía reconducir el discurso por la senda correcta; sin embargo, enseguida complementó: *“... pero tal como se presentaron los hechos se trató de un hecho aislado originado en el conflicto que esa mañana se presentó entre el procesado y su compañera”*.

Vale decir, el Tribunal reconoce la debilidad de su postura dogmática, más, insiste en ella para descartar la ocurrencia del delito por tratarse de un hecho único o *“aislado”*.

En segundo lugar, adujo el ad quem que la víctima desistió del trámite que adelantaba la Comisaría de Familia, porque *“los conflictos entre la pareja fueron solucionados y los niños no se encuentran afectados por esa violencia”*.

Esos asertos evidencian que **el juicio de antijuridicidad** de la conducta objeto de acusación, se hizo girar en torno: **(i) a hechos posteriores e independientes al delito**, verbigracia, **la solución de los problemas de pareja o el desistimiento de la víctima de la acción administrativa**, y **(ii) a la producción de un resultado material** -daño psicológico de los miembros del grupo familiar- que no es exigido por el artículo 229 del Código Penal. Cosa distinta es que, usualmente, el trato violento pueda ocasionar dicha consecuencia.

Así, **la lesividad de la conducta** de maltrato físico ejecutada por el acusado, **no se determinó a partir de la capacidad de ésta para afectar el bien jurídico, sino de hechos que le son externos**.

Fue tal la importancia que el Tribunal le otorgó a la mencionada **renuncia a la actuación administrativa**, que llegó a concluir: *“... el uso de la violencia por parte del procesado resulta altamente reprochable; pero para el caso pareció ser suficiente con la intervención de la Comisaría de Familia, pues luego de la amonestación del agresor, se llegó a un desistimiento por parte de la víctima de cualquiera otra actuación...”*.

Es decir, **la sentencia de segunda instancia excluyó la aplicación de la consecuencia prevista en el precepto 229, por la conducta postdelictual que asumió la víctima en un diligenciamiento independiente al proceso**

**penal**; la que, además, aun cuando hubiese sido adoptada al interior de éste, ningún efecto tenía porque **el delito en cuestión no es querellable** y, por ende, **la acción penal es indisponible**.

Por último, es obvio que la concreción de un **daño psicológico** en un integrante del núcleo familiar distinto al que sufra directamente la agresión y como resultado de ésta, **puede ser un indicador del mayor grado de afectación del bien jurídico con el episodio violento**. Sin embargo, recuérdese que **el delito de violencia intrafamiliar no busca proteger, primariamente, la integridad personal de los**

**miembros de la familia**, que es resguardada con la tipología especial de «*lesiones personales*», **sino el respeto a la dignidad, a la autodeterminación, a la igualdad de aquéllos; en fin, a la protección de la convivencia armónica**. Por ello, **la ausencia de lesiones psíquicas, aun en la persona agredida, en nada desvirtúa la idoneidad de la conducta para vulnerar el bien jurídico**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

## Inicio

### **31. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - NO SE CONFIGURA:**

***Por error de tipo invencible, evento en que el padre obró con la creencia de que, ante el irrespeto y agresión de su hija, estaba justificado reaccionar de la misma manera***

En la providencia, a través de la cual la Sala casó el fallo impugnado para, en su lugar, restablecer el absolutorio proferido en primera instancia, respecto del delito de *Violencia Intrafamiliar*, se realizaron trascendentes precisiones sobre este comportamiento, referidas al *carácter valorativo* que ostenta, e igualmente frente a los elementos de *tipicidad* y *antijuridicidad*. Adicionalmente, se identificó en el asunto específico, la confluencia de *un error invencible* en el sujeto activo, quien, en su condición de padre de familia, obró con la creencia equivocada de que el *derecho de corrección*, así como las situaciones de irrespeto y agresión provenientes de su hija, lo *justificaban* para reaccionar propinándole una palmada. Tal yerro, consistente en asumir que se presentaban los *presupuestos objetivos* de una *causal que excluye la responsabilidad*, fue resuelto bajo los parámetros y efectos del *error de tipo*, conforme a la teoría dominante.

**50899 del 29/04/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** como prueba directa || **CONDUCTA PUNIBLE - Injusto:** para que exista no es suficiente con demostrar la adecuación al tipo penal || **CONDUCTA PUNIBLE - Antijuridicidad:** no toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica || **CONDUCTA PUNIBLE - Antijuridicidad:** requiere un principio de riesgo o interferencia con el bien jurídico || **TIPICIDAD - Principio de lesividad** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Principio de lesividad:** si no puede acreditarse un efectivo menoscabo del bien jurídico, la acción será atípica por insignificancia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** requiere la manifestación de uno o varios actos trascendentes || **CONDUCTA PUNIBLE - Tipicidad:** no se emplea solamente para verificar la subsunción objetiva en un tipo penal, sino para excluir aquellos casos en que no media conflicto o son intrascendentes || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Tipicidad:** está matizada por un fuerte acento valorativo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Principio de lesividad:** si no puede acreditarse un efectivo menoscabo del bien jurídico, la acción será atípica por insignificancia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Factores objetivos** de ponderación para el análisis lógico de la situación en cada caso || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** no es una prueba, sino un método de investigación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Sanciona la conducta** que lesiona o pone en peligro la relación familiar mediante la violencia y no la integridad personal



|| **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** armonía y unidad familiar ||  
**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, no se estructura a partir del sólo dato fáctico ||  
**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, su aplicación está supeditada a la demostración de que la conducta es producto de la discriminación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** la norma está orientada a la protección de personas que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad e indefensión

«Está probado que la hija menor del acusado había perdido dos veces el noveno año y que le informó a su padre de una tercera vez. Este hecho fue el origen de los altercados. Así lo explicó su hija TC, y AV, su ex esposa.

Acerca de lo que sucedió el 24 de noviembre de 2014, la única prueba directa es el testimonio de TC, la hija mayor del acusado. Ninguna otra permite comprender cómo surgió y se desarrolló el conflicto. Los agentes de policía apenas conocieron de segunda mano la situación por el comentario que les hizo la mencionada. Según ella, su padre, quien había bebido la noche anterior, se sintió mortificado con el alto volumen de la música y ello desencadenó el problema.

[...] El artículo 229 del Código Penal describe la conducta de **violencia intrafamiliar** en los siguientes términos:

*Artículo 229-. Violencia intrafamiliar (modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007). El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.*

*La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.*

*Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.*

**A partir de la elaboración del concepto de conducta (artículo 9 del Código Penal) y de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico (artículo 11 de la Ley 599 de 2000), se puede sostener que para que exista injusto no es suficiente con demostrar la adecuación de la conducta a un tipo penal.** Ese punto de partida y las nociones de insignificancia y ausencia de lesividad, le sirven al censor para cuestionar la aplicación indebida del artículo 229 del Código Penal y la interpretación errónea del artículo 11 del mismo estatuto, cuestión en la que sustancialmente la Fiscalía y la Procuraduría están de acuerdo.

Curiosamente no lo está el defensor de víctimas, pese a que éstas tampoco están interesadas en que se juzgue a su padre por el comportamiento por el cual se le acusó.

Tercero. **No toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica.** Así, para poner un ejemplo, portar droga para autoconsumo no lo es. No lo es, aun cuando el artículo 376 del Código Penal sanciona el hecho de portar sustancias psicotrópicas. La razón de que no lo sea obedece a que **el comportamiento que interesa al derecho penal es el que interfiere bienes jurídicos de otros y no los que no afectan derechos de los demás.** Tampoco lo es la conducta que no ofende o pone en peligro significativamente el bien jurídico.

Alrededor de este tema, en la SP del 13 de mayo de 2009, Radicado 31362, la Sala, retomando el principio del daño del derecho anglosajón, resaltó la idea de **alteridad de la conducta y de interferencia contra bienes jurídicos como centro del injusto.** [...].

[...] De otra parte, existe un relativo consenso en sostener que **no es antijurídica la conducta que no lesiona o pone en peligro efectivo, o no ofende significativamente un bien jurídico,** entendido como síntesis de una relación social prejurídica y dialéctica que por su importancia para satisfacer derechos fundamentales, el legislador selecciona y protege.

[...] El quid de la cuestión radica, entonces, en cómo determinar el contenido o alcance de la insignificancia de la lesión o del peligro efectivo. En cómo hacer realidad en la praxis una elaboración teórica que sirva para **modular la respuesta punitiva frente a comportamientos formalmente típicos, pero no materialmente antijurídicos.**

En ese propósito, al referirse al injusto de **violencia familiar**, a su contenido y desvalor, en la SP del 20 de marzo de 2019, Radicado 46935, la Sala reiteró lo expresado en la SP del 5 octubre de 2016, Radicado 45647, en el sentido de que la conducta **puede ser la manifestación de uno o varios actos “trascendentes,”** vocablo que da a entender que no se trata de sancionar cualquier acto disfuncional al interior del núcleo familiar.

Expresamente señaló lo siguiente:

*“Conforme a la definición típica del delito de violencia intrafamiliar, no se precisa de un comportamiento reiterado y prolongado en el tiempo del agresor sobre su víctima, pues bien puede ocurrir que se trate de un suceso único, siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto”.* (Se subraya)

En el fondo de esta tesis subyace la idea de que la tipicidad no se emplea solamente para verificar si una conducta se subsume objetivamente en un tipo penal; también sirve para excluir aquellos casos en que no media conflicto o los que son intrascendentes.

[...] Lo anterior permite mostrar que **el injusto de violencia intrafamiliar esta matizado por un fuerte acento valorativo**. Los rastros de la agresión, física o síquica, son un elemento que sirve para cotejar desde el plano objetivo la gravedad de la conducta, pero en principio no son el delito en sí mismo, pues **el núcleo de la conducta consiste en sancionar agresiones que lesionan o ponen en peligro la relación familiar mediante la violencia**, como dice la norma, **y no la integridad personal**, un bien jurídico distinto.

En este entendido, menciones a actos que podrían ser insignificantes, como **la palmada del padre al hijo**, situación a la cual se refiere la providencia indicada en el párrafo (iii), **puede no ser significativa como lesión pero es igualmente disvaliosa, si se manifiesta en un contexto de humillación**, lo cual muestra la imposibilidad de encontrar formulas uniformes frente a actos en principio similares desde su aislada objetividad.

Precisamente, para no magnificar el resultado pero tampoco para desestimarlos ciñéndose solo a datos objetivos que provienen del examen de las

lesiones, como el núcleo del injusto de *“violencia intrafamiliar”* protege la relación social edificada en la familia como *“proyecto de vida colectivo y solidario, y en el respeto sentido y recíproco por la autonomía ética de quienes la conforman,”* la Corte ha hecho hincapié también en la necesidad de averiguar el **contexto en el que la violencia surge**, con el fin de identificar y deslindar las conductas delictuales de las que no lo son.

Con la aclaración de que **el contexto en sí mismo no es una prueba** -entendido como método de análisis de realidades complejas—, **ni tampoco un elemento estructural de la conducta que se estudia**, la historicidad de la conducta para mostrar el entorno en que se producen las ofensas a través de medios de prueba válidamente incorporadas al juicio, **es un método de investigación** que no se puede desestimar para encontrar la verdadera trascendencia del acto.

Así debe entenderse el sentido de la expresión contexto empleado en la SP del 1 de octubre de 2019, rad. 52394 [...].

[...] **El alto componente valorativo del injusto de violencia intrafamiliar**, además, se pone de presente con el hecho de que, según se dijo en la decisión que se acaba de mencionar, la agravante **cuando la violencia se ejerce contra la “mujer”** (inciso segundo del artículo 229 del Código Penal), **no se estructura a partir del solo dato fáctico**. La agravante, según la Sala:

*“... está supeditada a la demostración de que la conducta constituya violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada.”*

Y si es niño, o una persona de la tercera de edad, la comprobación del estado de desigualdad o de indefensión de la víctima.

Eso demuestra, entonces, que la facticidad -el mero resultado o la expresión objetiva de la conducta— es un elemento para apreciar la magnitud del injusto, y que el delito de violencia intrafamiliar se estructura a partir no solo de ese dato fenomenológico, sino de cómo se entienda la lesión o peligro efectivo contra el bien jurídico como relación social protegida por la norma penal, que es en últimas lo que permite dimensionar la antijuridicidad del comportamiento o su insignificancia, y de ahí

que, como se acaba de indicar, **no todo acto de violencia contra la mujer conlleva la aplicación de la agravante**».

**INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY - No se configura** || **TIPICIDAD - Principio de insignificancia:** dificultad para encontrar la solución única o establecer reglas inflexibles en conductas con alta carga valorativa || **TIPO PENAL - Teoría de los elementos negativos** || **ERROR DE TIPO - Invencible:** se configura || **ERROR DE TIPO - Invencible:** sus efectos se aplican, cuando el sujeto activo obra con la creencia de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad || **ERROR DE TIPO - Invencible:** sus efectos se aplican, cuando el sujeto activo cree obrar justificadamente || **ERROR DE TIPO - Vencible:** cuando la conducta no se halla prevista en la modalidad culposa, conduce a la atipicidad del comportamiento || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** por error de tipo invencible, evento en que el padre obró con la creencia de que ante el irrespeto y agresión de su hija, estaba justificado reaccionar de la misma manera || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, en eventos de agresiones mutuas || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** por error de tipo invencible, evento en que el padre actuó con la creencia errada de que el derecho de corrección lo autorizaba a reaccionar, propinando una palmada || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** por atipicidad subjetiva de la conducta, derivada de error de tipo invencible || **CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la de carácter condenatorio proferida por el Tribunal y restablece la absolutoria de primera instancia

«Lo anterior enseña la **dificultad de encontrar una solución única o de establecer reglas inflexibles a la hora de determinar la insignificancia de conductas con una alta carga valorativa**. De allí que no se pueda afirmar, como lo sugiere el demandante, que **el Tribunal haya infringido la ley por haber interpretado erróneamente** el artículo 11 del Código Penal. Pero eso no significa que no se pueda explorar otras opciones dogmáticas, entre las que se incluye la valoración del comportamiento desde la perspectiva de las **causas de ausencia de responsabilidad**, un buen escenario para examinar la relevancia jurídico penal de la conducta.

Desde esta perspectiva, véase que **el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, señala que se excluye la responsabilidad cuando:**

*“se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.”*

**La teoría dominante, tratándose del error mencionado, prevé, a la manera de la teoría de los elementos negativos del tipo, que si alguien obra con la creencia de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad, sus efectos se equiparan al error de tipo, es decir, como si obrara bajo la convicción errada de que no concurre en su hacer un hecho constitutivo de la descripción típica, evento en el cual si es invencible es impune, como también si la ley no lo ha previsto como culposo en caso de ser vencible.**

Tal conclusión se deriva del hecho de que **el autor cree obrar justificadamente:** en el sentido del derecho positivo existente, dice Jescheck, quien como ejemplo señala **el caso del padre que interpreta equivocadamente una falta del hijo objeto de corrección.**

Pues bien:

**Fácticamente, la conducta, por haberse suscitado en el entorno familiar, se sitúa en el artículo 229 del Código Penal, bajo la consideración de que este tipo penal describe como delito el maltrato físico o psicológico a cualquier miembro del núcleo familiar.**

**Esa conclusión, por supuesto, corresponde a la lectura gramatical de la conducta y del tipo.** Desde este punto de vista, **eso llevaría a sostener que si la conducta del padre es típica, también lo sería la de su hija T**, quien admitió que fue participe de ese tipo de ofensas y maltratos, fáctica y objetivamente equivalentes. No otra sería la consecuencia de una visión del conflicto desde la lógica formal, y el efecto necesario de ese enfoque llevaría a que se procese a la hija mayor de edad por la misma conducta por la cual fue juzgado su padre.

En la demanda se alegó que el acusado obró en el margen del **derecho de corrección**, y la Procuradora y la Fiscal delegadas ante la Corte,



si bien no participan de ese criterio, están de acuerdo en que la sentencia se debe casar, bien sea por ausencia de tipicidad subjetiva o ya por la insignificancia de la agresión.

Hay que considerar, en casos como el que se juzga, de mutuas ofensas, ambas objetivamente tenues y quizá mucho más ofensiva en el lenguaje y en palabras la de la hija que la del padre, que la legitimidad de las decisiones judiciales requiere un manejo dúctil de las categorías dogmáticas, con el fin de ofrecer respuestas que sean a la vez formalmente correctas y materialmente justas. Desde esa consideración, la relación entre la agresión y la réplica se deben analizar en el contexto en que se producen -como lo ha indicado la Sala en las decisiones transcritas—, con la necesaria ponderación de los derechos en conflicto y la intensidad de las agresiones y las respuestas.

En ese orden, si la conducta no tuviese como marco conceptual la unidad familiar, las agresiones que ahora se aprecian no tendrían una importancia mayor e incluso podrían emplearse las más variadas soluciones para evitar la intervención penal frente a un comportamiento de esa dimensión. Pero **como está de por medio la unidad familiar como realidad social protegida normativamente, la conducta en este caso se explica como el comportamiento de quien obra con la creencia de que ante el irrespeto y agresión, puede reaccionar de la misma manera como es ofendido.**

En el proceso está acreditado el comportamiento altamente ofensivo y las desmedidas agresiones de las hijas: *“Estaba furioso porque como no había dormido toda la noche se molestó con la música, apagó el equipo... yo le dije que respetara que era un hijueputa,”* expuso TC en su testimonio. Ese fue un momento crucial del conflicto. Lo demás vino por añadidura. **La palmada del padre en la espalda de L es un acto simétrico a la ofensa, realizado bajo la creencia errada e invencible,**

**en la situación particular y concreta, de que le estaba autorizado obrar de acuerdo con esa situación: porque cree que está justificado. Esa es la manifestación del error.**

Si se recuerda, la agresión no la inició OJCR. Aparte de que L había perdido por tercera vez el año - un antecedente importante para subrayar que no fue el acusado quien dio pie al conflicto - , se debe destacar que fue T, ante la solicitud airada de que le bajara el volumen a la música, quien recriminó a su padre diciéndole que era un *“hijueputa”*, una ofensa que OJCR enfrentó lanzándole un pequeño artefacto sin causarle daño y esta a su vez otro objeto similar.

Fue en este momento cuando intervino L, **agrediendo al padre en apoyo de su hermana, recibiendo como réplica una palmada en la espalda.**

Como se puede observar se trata de un acto episódico en el que el acusado, de quien su propia hija y su ex esposa describieron como un buen padre, no fue el inicial ofensor ni quien inició los actos disvaliosos, sino el que recibió y soportó las agresiones.

De manera que **es perfectamente explicable que haya actuado en esas circunstancias con la creencia errada de que el derecho de corrección lo autorizaba a reaccionar de esa manera e incluso de que la agresión de la que fue objeto lo facultaba a actuar para repeler la agresión de sus hijas.**

Eso explica que **desde la perspectiva del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, la conducta se considere valorativamente atípica.**

Por lo tanto, **la Corte casará la sentencia y en su lugar dejará en firme la sentencia absolutoria de primera instancia».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

**Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez**  
Relator

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá