



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2020

Octubre a Diciembre 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. ACCIÓN DE REVISIÓN - Demanda: inadmisión, recurso de reposición	3
2. CASACIÓN - Improcedencia	4
3. CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia	7
4. CONCUSIÓN - Se configura	10
5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial	15
6. CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Bien jurídico tutelado	18
7. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Competencia	22
8. FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Concepto	23
9. IMPEDIMENTO - Haber dado opinión del caso	25
10. IMPEDIMENTO - Haber participado en el proceso	26
11. INASISTENCIA ALIMENTARIA - Capacidad económica	27
12. LEGÍTIMA DEFENSA - No se configura	30
13. PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Tipicidad subjetiva	32
14. POSICIÓN DE GARANTE - Miembros de la fuerza pública	37
15. PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta	39
16. PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA	42
17. RECURSO DE QUEJA - Procedencia	43
18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: delimitación temporal en el delito de inasistencia alimentaria	47
19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes	49
20. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia	52
21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de imparcialidad	54
22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento especial abreviado (ley 1826 de 2017)	55

23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: video _____	58
24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental _____	62
25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima _____	64
26. USURPACIÓN DE INMUEBLES - Diferencia con el delito de daño en bien ajeno____	67
27. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado _____	71





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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2020

Octubre a Diciembre 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. ACCIÓN DE REVISIÓN - DEMANDA: INADMISIÓN, RECURSO DE REPOSICIÓN

El recurrente debe precisar los motivos concretos que obligarían a reponer los criterios plasmados en la providencia

Al decidir *no reponer* la providencia a través de la cual se inadmitió la *demanda de revisión*, la Sala tuvo oportunidad de reiterar, frente al *recurso de reposición*, la necesidad de que el recurrente precise los motivos específicos que llevarían a reconsiderar los planteamientos expuestos en la providencia impugnada, los cuales no se suplen con la expresión de opiniones o la insistencia sobre aspectos examinados. Tal exigencia fundamental no se observó en el asunto particular, en el que la demandante pretermitió acreditar que las razones que conllevaron a la inadmisión fueran incorrectas.

AP2337-2020 (50736) del 16/09/2020

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE REPOSICIÓN - Finalidad || **RECURSO DE REPOSICIÓN - Sustentación:** se debe demostrar fundadamente el yerro, confusión o desacierto de la decisión

«El **recurso de reposición**, como reiteradamente lo ha dicho la Sala en su jurisprudencia, tiene por **finalidad** la revocatoria, modificación, aclaración o adición de una decisión, lo cual **implica la**

demostración por parte del recurrente de los errores de orden fáctico, jurídico o de valoración probatoria **en que se hubiese podido incurrir en la providencia atacada**, habilitando por esa vía al funcionario judicial que la dictó **para corregirla**.

En ese orden, **la inconformidad** para con lo resuelto **se debe orientar no a presentar particulares opiniones de oposición** al criterio expuesto en el decisorio controvertido ni a insistir en aspectos que allí fueron analizados **sino a demostrar** de manera fundada **que las razones en que se basa la inadmisión de la demanda son “erradas, confusas o desacertadas”**, como lo tiene dicho la Corte».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Demanda: inadmisión, recurso de reposición, el recurrente debe precisar los motivos concretos que obligarían a reponer los criterios plasmados en la providencia || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben tener el carácter de novedosos || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** el actor tiene el deber de demostrar que tales medios de convicción varían las conclusiones del fallo || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** idoneidad para establecer la exoneración de responsabilidad o la inimputabilidad del condenado || **ACCIÓN DE REVISIÓN - hecho y prueba nuevos:** no procede para revivir debates probatorios que se surtieron en las instancias || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** no se configura || **RECURSO DE REPOSICIÓN - Sala de Casación Penal:** no repone la decisión impugnada

«[...]», lo que finalmente condujo a la inadmisión de la demanda es que la Corte evidenció que las pruebas allegadas como soporte de la pretensión revisora no reúnen las condiciones necesarias

para demostrar los elementos básicos de la causal tercera, esto es, **que se trate de elementos probatorios novedosos**, que las variantes fácticas de las que informen no hubiesen sido conocidas ni debatidas en las instancias o que tengan la **aptitud demostrativa** suficiente para desvirtuar o tengan la idoneidad para dejar en entredicho el juicio conclusivo de responsabilidad.

Así, se indicó en relación con la supuesta inimputabilidad del procesado por trastorno mental transitorio por la ingesta de alcohol que esa fue una circunstancia considerada y controvertida en las instancias con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso y evaluada por los falladores en sus decisiones, respecto de lo cual la actora no realiza ninguna labor de confrontación tendiente a mostrar la comisión de un error o equívoco de la Sala en tales apreciaciones.

Estas mismas falencias son predicables en lo concerniente al dictamen de balística, frente a lo dicho en la providencia impugnada en la que se no se discute su carácter novedoso pero que se desestimó, valga insistir, porque el concepto rendido carecía de la potencialidad de enervar el juicio positivo de responsabilidad realizado por los juzgadores de instancia considerando la diferentes evidencias, las pruebas testimoniales y hasta la misma indagatoria del procesado en las que se sustentó la condena.

La recurrente en nada cuestiona las conclusiones de la Sala sobre la improcedencia de la acción por los motivos aducidos, se limita a insistir en lo novedoso y

validez de las pruebas aportadas como sustento de su pretensión.

Los desatinos en los planteamientos de la impugnación son evidentes pues **antes que poner de manifiesto los motivos concretos que obligarían a reponer los criterios plasmados en la providencia, se concentra en los supuestos errores valorativos de los medios de convicción** que, en opinión de la libelista, contienen **las sentencias atacadas** con la acción extraordinaria, **aspectos sobre los cuales la Corporación se refirió en la providencia atacada.**

En ese sentido se ratifica la conclusión que la Sala expuso en el proveído opugnado acerca de la insistencia de la defensora en reanudar el debate probatorio propio de la causa ordinaria habida cuenta que se pretende dar respaldo a la tesis de la supuesta inimputabilidad del procesado; pero como ya se advirtió, la actora no aportó prueba nueva, que decaiga el mérito asignado a las narraciones de las personas que fueron testigos presenciales de lo acontecido como tampoco rebate las inferencias razonadas por la judicatura sobre el compromiso de responsabilidad de aquél en la ejecución del reato.

En consecuencia, **el recurso de reposición no está llamado a prosperar pues de manera alguna se demuestra que las razones por las cuales se inadmitió la demanda, son equivocadas o desacertadas»**

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

2. CASACIÓN – IMPROCEDENCIA **Contra las decisiones de la Sala de Casación Penal que resuelvan la doble conformidad judicial**

La Sala declaró improcedente el *recurso de casación* interpuesto contra la sentencia emitida por la propia Corporación, a través de la cual se decidió la *impugnación especial*. En este sentido, recordó que tanto la *casación* como la *impugnación especial*, por su naturaleza y fines, protegen los derechos del acusado, al margen de la instancia en la que es condenado. Igualmente precisó que cuando la *doble conformidad* ha sido amparada mediante la ratificación de la primera sentencia de condena por otra instancia judicial diferente de la que emitió el inicial fallo adverso, no es dable pretender la extensión de la garantía

a la obligatoriedad de que exista una segunda ratificación de la condena por medio del *recurso de casación*, como si se tratase de una tercera instancia no prevista dentro de la estructura fundamental de la fase de juzgamiento. Finalmente, refirió que si bien se ha flexibilizado el medio de inconformidad extraordinario, ello no implica que puedan desconocerse los parámetros que orientan su finalidad y procedencia, los cuales no abarcan el fungir como medio de control frente a las decisiones adoptadas por la misma Corte, en su condición de órgano de cierre y máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

AP2293-2020 (56434) del 16/09/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: concepto, derecho a impugnar la primera condena || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** normativa constitucional || **DOBLE CONFORMIDAD - Aplicación:** normativa internacional || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** permite al procesado discutir y controvertir con amplitud los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la condena, sin exigencia ni obligación distintas a las del deber de sustentar el recurso

«El **"derecho a impugnar"** es la garantía del acusado de recurrir la primera condena, para que una autoridad judicial distinta revise su legalidad y satisfaga el principio de doble conformidad judicial, con su ratificación o confirmación.

El conocimiento de dicha garantía judicial, consagrada en los artículos 29 de la Carta Política, 8 literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está atribuido a la Corte Suprema de Justicia en el artículo 3 del Acto Legislativo número 1 de 2018, modificadorio del 235 de la Constitución Política, cuando la primera condena se profiere en segunda instancia o en sede de casación.

Ese derecho **permite al procesado discutir y controvertir con amplitud los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la condena, sin exigencia ni obligación distintas a las del deber de sustentar el recurso».**

CASACIÓN - Medio de control de legalidad y de constitucionalidad || CASACIÓN - Se ocupa de la sentencia de segunda instancia || CASACIÓN - Juicio a la legalidad del fallo || CASACIÓN - Finalidades: unificación de la jurisprudencia, necesaria para la seguridad jurídica y orientación de los jueces || **CASACIÓN - Finalidades:** propender por respetar las garantías y reparar los agravios causados a los intervinientes || **CASACIÓN - Finalidades:** buscar la efectividad del derecho material || **CASACIÓN - Medio eficaz e idóneo para la realización de los fines del proceso penal || PROCESO PENAL - Objeto:** verdad histórica || **CASACIÓN OFICIOSA - Finalidad:** realizar la

justicia material como valor y principio fundante del Estado Social de Derecho || **CASACIÓN - Medio de control de legalidad y de constitucionalidad:** autoriza a la Sala a abordar aspectos por fuera de las limitaciones propias del recurso || **CASACIÓN - Medio de control de legalidad y constitucionalidad:** la convierte en una impugnación válida y útil para satisfacer las pretensiones de justicia || **DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de casación:** garantizó el derecho en los procesos en los cuales se estaba surtiendo || **DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de casación:** la Sala hace caso omiso a la técnica y resuelve de fondo || **DOBLE CONFORMIDAD - Naturaleza y fines:** tanto la impugnación especial como la casación son recursos que satisfacen las necesidades de justicia y protegen los derechos y garantías del acusado, con independencia de la instancia en la que es condenado

«La casación, por su parte, como control constitucional y legal, conforme a las claras prescripciones del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 es un recurso que procede contra las sentencia proferidas en sede de segunda instancia, al que puede acudir el acusado, para que sea la Corte la encargada de **examinar la legalidad** de la sentencia y del proceso, a partir de las causales propuestas en la demanda con fundamento en la clase de infracción de la ley alegada.

Esta impugnación extraordinaria, además de propender por respetar las garantías y reparar los agravios causados a los intervinientes, y buscar la efectividad del derecho material, persigue la **unificación de la jurisprudencia, necesaria para la seguridad jurídica y orientación de los jueces en el territorio nacional.**

En este sentido, la **casación** es un medio eficaz e idóneo para la realización de los fines del proceso penal, siendo uno de ellos, la mayor aproximación a la verdad histórica, en la medida que, el juicio de legalidad sujeto a las causales y errores propuestos, no impedirá a la Corte resolver oficiosamente sobre temas no sometidos a su consideración, en el cometido de realizar la **justicia material** como valor y principio fundante del Estado Social de Derecho.

El artículo 184 inciso 3° de la Ley 906 de 2004, incluso, faculta a la Corte para superar los defectos de la demanda y decidir de fondo no solo en consideración de los fines de la casación, sino también en atención a la fundamentación de

estos, la posición del impugnante en el proceso y la índole de la controversia planteada.

Este fundamento normativo igualmente es soporte de la Sala para que oficiosamente disponga en el auto inadmisorio de la demanda conocer de la actuación, una vez resuelto el mecanismo de insistencia, por motivos distintos a los invocados en ella.

[...] Bajo estas premisas, es incuestionable concluir que al examinar la legalidad de la sentencia y del proceso por vía de la casación, esta en su condición de control constitucional, autoriza a la Sala a abordar aspectos aún por fuera de las limitaciones propias del recurso frente a cualquiera de las eventualidades atrás reseñadas, lo que lo convierte en una impugnación válida y útil para satisfacer las pretensiones de justicia de quien lo interpone.

La Sala de Casación Penal de **la Corte Suprema de Justicia**, eso es bueno decirlo y dejarlo claro, en todos aquellos casos donde se ha interpuesto recurso de casación frente a la primera condena, flexibilizando el carácter técnico de la impugnación extraordinaria, **ha materializado el derecho del procesado a la doble conformidad judicial**, resolviendo de fondo los reparos del recurrente sobre los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos que sustentan el fallo condenatorio.

De manera que, desde la **naturaleza y fines** para los cuales están previstas el “*derecho a impugnar*” o impugnación especial y la casación, **ambas son recursos que satisfacen las necesidades de justicia y protegen los derechos y garantías del acusado, con independencia de la instancia en la que es condenado**».

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: funciones como órgano de cierre, constituye el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** funciones como órgano de cierre, actúa como tribunal de casación || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** funciones como órgano de cierre, conoce del derecho de impugnación frente al primer fallo de condena dictado por ella misma o por los Tribunales Superiores || **DOBLE CONFORMIDAD - Debido proceso:** excluye la línea de pensamiento que pretenda crear la procedencia del recurso extraordinario contra las decisiones de la Sala de Casación Penal que la

resuelvan || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** contra la decisión que la resuelve no procede la casación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la garantía no se extiende a la obligatoriedad de que exista una segunda ratificación de la condena por medio del recurso de casación || **CASACIÓN - Improcedencia:** contra las decisiones de la Sala de Casación Penal que resuelvan la doble conformidad judicial || **CASACIÓN - No es tercera instancia:** no constituye estructura fundamental de la fase de juzgamiento || **CASACIÓN - Naturaleza:** tiene elementos estructurales y de contenido propios que no permiten confundirla con otras instituciones || **CASACIÓN - Naturaleza:** legalmente no está concebida como medio de control frente a las decisiones adoptadas por la propia Corte || **CASACIÓN - Naturaleza:** flexibilización del recurso no implica que haya mutado para desconocer los mandatos legales que fijan su finalidad y procedencia

«De otro lado, **la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre es:** i) el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, calidad que reitera la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; y ii) tribunal de casación, que para asuntos penales lo es la Sala de esta especialidad.

Entonces, a la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional le corresponde **actuar como tribunal de casación y conocer del “derecho de impugnación” en materia penal**, frente al primer fallo de condena dictado por ella misma o por los Tribunales Superiores. Estas funciones le están discernidas a la Sala de Casación Penal, no en calidad de tribunal de instancia sino de órgano de cierre.

Por lo tanto, **cuando la Corte resuelve la impugnación especial incoada frente a la primera condena, con relación a dicha determinación no es procedente el recurso de casación**, ya que como se precisó en líneas precedentes, por disposición del claro e inequívoco mandato del artículo 181 del C.P.P. éste procede contra sentencias proferidas en segunda instancia, las que de acuerdo con el diseño procesal de la Ley 906 de 2004, son las emitidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, naturaleza que no ostenta la providencia con la cual la Corte materializa el derecho a la doble conformidad judicial.

Repugna al debido proceso legal y constitucional, la entronización de una línea

de pensamiento que pretenda crear la procedencia del recurso extraordinario contra las decisiones de la Sala de Casación Penal que decidan o resuelvan la doble conformidad judicial, por cuanto este derecho fundamental queda satisfecho cuando la primera sentencia de condena es ratificada por otra instancia judicial distinta a la que emitió el primer fallo adverso, **sin que la garantía se extienda a la obligatoriedad de que exista una segunda ratificación de la condena por medio del recurso de casación**, pues este mecanismo no está previsto como una tercera instancia que debe necesaria y obligatoriamente surtir para la validez formal y material del proceso penal, ya que no constituye estructura fundamental de la fase de juzgamiento.

No hay que pasar por alto que **la casación penal**, entendida como medio de impugnación extraordinario, tiene elementos estructurales y de contenido propios que no permiten confundirla con otras instituciones; por tanto, **legalmente no está concebida como medio de control frente a las decisiones adoptadas por la propia Corte**, pues, incluso, cuando la primera condena se emite en sede de casación o en segunda instancia por esta Corporación, contra tal determinación lo que procede es la impugnación especial, bajo las reglas previstas por el artículo 235-7 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo número 1 de 2018.

Esta Corporación ha reiterado en un sinnúmero de providencias que, si bien a partir de la Constitución de 1991, la rigurosidad y el

tecnicismo del recurso de casación debe **flexibilizarse** para garantizar la efectividad del derecho material y las garantías fundamentales de los intervinientes del proceso penal, **ello no implica que la naturaleza misma del recurso haya mutado a tal punto de desconocer los mandatos legales que fijan su finalidad y procedencia** [...].

[...] En consecuencia, **la garantía de impugnar la primera condena, para garantizar el principio de doble conformidad judicial, no significa que contra la decisión que le da cumplimiento proceda la impugnación extraordinaria**, porque en ese caso la Sala actúa como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en materia penal, no como tribunal de segundo grado, cuyas sentencias son susceptibles de ser atacadas vía recurso de casación.

En conclusión, **resuelta la impugnación especial** bajo las directrices de la Sala, fijadas a partir de su autonomía para regular su trámite y garantizar la doble conformidad judicial en ausencia de mandato normativo, y en su rol de órgano de cierre, **contra la decisión que satisfizo esa garantía no procede ninguna impugnación**.

En consecuencia, **la Sala declarará la improcedencia del recurso de casación contra la sentencia que en este asunto resolvió la impugnación especial**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

3. CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - VEHÍCULOS DE EMERGENCIA: Aspectos a examinar cuando el conductor incurre en maniobra riesgosa

La Sala casó la sentencia condenatoria impugnada, para en su lugar, absolver al acusado por el delito de *lesiones personales culposas*, determinación a la que arribó después de precisar los aspectos relevantes deben examinarse cuando el conductor de un *vehículo*

de emergencia incurre en *maniobra riesgosa*. En tal condición, encontró que en el caso particular el Tribunal incurrió en diversos yerros de *identidad y raciocinio*, producto de los cuales no advirtió que el procesado cumplió con el deber de cuidado exigido en el desplazamiento orientado a atender el llamado de urgencia, en tanto que activó las alarmas visuales y auditivas e igualmente obró con prudencia en orden a que el paso le fuera cedido por otros rodantes.

SP4035-2020 (54804) del 21/10/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia: pueden superar los límites de velocidad establecidos por la norma || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** los demás conductores tienen que cumplir el deber de cesión de paso en la vía || **DELITO IMPRUDENTE - Imputación objetiva:** requiere verificar la creación de un riesgo no permitido || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** prelación de las ambulancias || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Contravía** || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** la consagración general de una infracción de tránsito no comporta, per se, su obligatoria aplicación a estos vehículos || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** aspectos a examinar cuando el conductor incurre en maniobra riesgosa || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** aspectos a examinar cuando el conductor incurre en maniobra riesgosa, propósito de atender una urgencia para garantizar la salud y la vida de las personas || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** aspectos a examinar cuando el conductor incurre en maniobra riesgosa, si activó las alarmas visuales y auditivas correspondientes || **CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO - Vehículos de emergencia:** aspectos a examinar cuando el conductor incurre en maniobra riesgosa, si actuó con prudencia y se cercioró de que el paso le fuere cedido por los otros rodantes || **LEY - Interpretación: criterios, sistemático** || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Configuración** || **FALSO RACIOCINIO - Se configura** || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Se configura**

«Cabe señalar que, como bien lo reconoció el juez colegiado, las normas del CNTT rigen para todos los conductores, sin distingo alguno. Por ende, todo aquel que las ignore estará incurso en las infracciones allí previstas.

No obstante, **tratándose de los vehículos de emergencia** cuando se dirijan a cumplir las funciones para las cuales fueron dispuestos, **el legislador decidió conferirles prelación en la circulación.**

[...] Con fundamento en las predichas disposiciones, el Tribunal consideró que la prelación que se reconoce a las ambulancias comprende la posibilidad de movilizarse a una velocidad mayor a la establecida, tener prioridad en la vía, de modo que los vehículos que por la misma se desplacen les faciliten el paso, y hasta cruzar el semáforo en rojo, siempre y cuando *«lo haga[n] con extrema precaución y cuidado»*, empero, no así la de movilizarse en sentido contrario a la vía, pues ello comporta un actuar altamente imprudente, que está catalogado como infracción en los literales D3 y D7 del artículo 131 del Código en comento.

Lo primero que ha de decirse es que circular en **contravía** es, per se, una maniobra riesgosa y está enlistada como contravención en el CNTT. Sin embargo, **cundo se trata de un vehículo de emergencia, es preciso examinar** si: (i) su despliegue tuvo como propósito atender una urgencia a efectos de garantizar la salud y la vida de las personas; (ii) el conductor activó las alarmas visuales y auditivas correspondientes y (iii) actuó con prudencia y se cercioró de que el paso le fuere cedido por los otros rodantes.

Es que, **la consagración general de una infracción de tránsito no comporta, per se, su obligatoria aplicación a los vehículos de emergencia.** Una interpretación sistemática con el precepto 64 ejusdem, conduce a sostener que solamente habrá lugar a ella cuando, además de que la misma sea confirmada, se acredite que el conductor actuó de manera precipitada y no constató que le permitieran el paso.

[...] No se puede dejar de lado que los **vehículos de emergencia, tipo ambulancia**, tienen que cumplir con la normatividad, tal cual lo hacen los demás, y, por ende, respetar las disposiciones de tránsito, pero, cuando trasladan un paciente o se dirigen a atender la llamada de urgencia, es posible que, dada la finalidad de salvar una vida, inobserven algunas de esas pautas, siempre que, obviamente, no pongan en grave peligro a los demás.

[...] Por consiguiente, **para atribuir el hecho lesivo en este caso no basta solo con comprobar que el acusado, para el momento conductor de la ambulancia de la Defensa Civil, se movilizó en sentido contrario** por la calle 55, dato éste que no ha sido negado por él ni por la defensa, sino que **es absolutamente imperioso determinar si, pese a ir a atender un**

llamado de emergencia reportado por la Red de Apoyo y llevar la sirena encendida y la luz reglamentaria, circunstancias éstas que se dieron por probadas, **actuó con las precauciones debidas y si adoptó las provisiones necesarias para constatar que le habían cedido el paso.**

[...] Lo que de entrada se ha de destacar, es que el accidente tuvo lugar aproximadamente a las 6 a.m. en la intersección de la diagonal 15 con calle 55, sector que, si bien puede ser catalogado como de alto flujo vehicular, lo cierto es que la experiencia indica que esa condición varía dependiendo la hora del día. Así, usualmente, en la madrugada, temprano en la mañana o ya caída la noche el tráfico no es agudo o de gran volumen, mientras que tal prédica no aplica en otras franjas horarias.

Precisamente, QD, ante la pregunta de la Fiscalía en torno a si para el momento de la colisión había más automotores o motocicletas desplazándose por el sector, manifestó que no vio más y, más adelante, se le increpó en punto de si era un horario de alto tráfico vehicular, a lo que respondió; *«el tránsito a esa hora era leve»*.

De lo expuesto emerge que el reproche del **Tribunal**, según el cual, el acusado trasgredió las normas de tránsito manejando la ambulancia en sentido contrario por una intersección *«de alto flujo vehicular»*, está soportado en **yerros de raciocinio e identidad**, en la medida que desatiende lo que indica la experiencia frente a la variabilidad del tráfico en razón de la hora del día en que se realice el desplazamiento, y el fragmento del testimonio del lesionado, que cercenó, cuando dio cuenta del menor flujo vehicular para el instante del incidente.

Ahora, la Sala no puede, como lo sugirió el delegado del ministerio público, reprobar la acción bajo el argumento de que existían vías alternas que no le implicaban tomar una contravía, pues es un aspecto no fue explorado por la Fiscalía y sobre el cual no se hizo auscultación alguna en el juicio».

CASACIÓN - Sentencia: la Corte casa la condenatoria impugnada, y dispone la absolución del procesado || **LESIONES PERSONALES CULPOSAS - No se configura:**

evento en que el conductor de vehículo de emergencia, tomó medidas de precaución para realizar la maniobra riesgosa || **CASACIÓN - Sentencia:** absolutoria, la Sala dispone que el Juez de primera instancia cancele las anotaciones y órdenes que pudiesen existir en contra del procesado

«De no haber recaído el Tribunal en los falsos juicios de identidad advertidos por el recurrente y constatados por la Sala, aunados a los yerros de raciocinio y de aplicación normativa, avizorados oficiosamente por esta Corporación, habría concluido que el acusado debe ser absuelto, pues, acorde con lo expuesto en precedencia, su desplazamiento, el día de los hechos, obedeció al llamado que le hiciera la Red de Apoyo de la Policía en el que se reportó una emergencia; si bien tomó una vía en sentido contrario, lo cierto es que ello tuvo lugar a las 6 de la mañana, cuando el tráfico en esa zona de Bucaramanga era leve; activó las señales ópticas y audibles para ser reconocido, como la sirena y la luz; se detuvo en el separador para asegurarse sobre la cesión del paso por parte de los demás rodantes, y fue el motociclista, EAQD, quien indebidamente incursionó por el carril exclusivo de Metrolínea y arribó a la intersección a exceso de velocidad, desatendiendo la norma de tránsito.

Así las cosas, como el cargo postulado prospera, la Corte casará la sentencia de segunda instancia para, en su lugar, absolver a SAAR del cargo atribuido.

El Juez de primera instancia adoptará las medidas necesarias para canelar las anotaciones y las órdenes que pudiesen existir en contra del procesado, por razón de esta actuación penal».

(Texto resaltado por la Relatoría)

4. CONCUSIÓN - SE CONFIGURA

Evento en que el sujeto activo abusó de su condición de Fiscal, para inducir al sujeto pasivo a realizar un trabajo de construcción a cambio de la aplicación del principio de oportunidad

En la sentencia, que es susceptible de *impugnación especial*, la Sala decidió revocar el fallo absolutorio apelado, para en su lugar condenar por primera vez al procesado, tras encontrar demostrada la *tipicidad objetiva y subjetiva*, así como la *antijuridicidad y culpabilidad* respecto del delito de Concusión. En tal sentido, determinó que la conducta se materializó en el evento específico, mediante el abuso de la función como Fiscal Delegado, a través de la cual se indujo al sujeto pasivo a prestar un servicio de construcción a cambio de la aplicación del *principio de oportunidad*.

SP3353-2020 (56600) del 15/07/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Demostración || CONCUSIÓN - Sujeto activo: deber ser servidor público || **CONCUSIÓN - Sujeto activo calificado:** servidor público, demostración || **CONCUSIÓN - Tipicidad objetiva || CONCUSIÓN - Elementos:** verbos rectores, inducir || **CONCUSIÓN - Abuso de cargo o de la función || CONCUSIÓN - Inducción:** no se requiere que la solicitud ilegal sea directa o expresa || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria || TESTIMONIO - Criterios para su apreciación || TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** omisiones o imprecisiones || **TESTIMONIO - Credibilidad || PRUEBA DOCUMENTAL - Contrato de obra:** apreciación probatoria, evento en que se utilizó para dar apariencia de legalidad a la conducta delictiva || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** tiempo del delito, demostración de la fecha de ocurrencia || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, el juzgador tiene la carga de ponderar la trascendencia de los cambios en el relato frente a los elementos centrales del hecho percibido || **CONCUSIÓN - Se configura:** evento en que el sujeto activo abusó de su condición de Fiscal, para inducir al sujeto

pasivo a realizar un trabajo de construcción a cambio del archivo del proceso || **CONCUSIÓN - Se configura:** evento en que el sujeto activo abusó de su condición de Fiscal, para inducir al sujeto pasivo a realizar un trabajo de construcción a cambio de la aplicación del principio de oportunidad

«Conforme a la situación fáctica y al material probatorio allegado al juicio, los apelantes consideran que el comportamiento desplegado por JDRC configura la conducta punible de concusión. Dentro del marco de censura propuesta, corresponde a la Sala, determinar si se acredita o no su ocurrencia, de cara a las pruebas y a las exigencias típicas de la conducta que se endilga.

Respecto a la calidad de **sujeto activo cualificado de servidor público**. Sea lo primero indicar que, en este asunto no se controvierte que para la época de los hechos JDRC fungía como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección de Fiscalías [...]. Así consta en el acta de posesión del cargo de 22 de julio de 2010, en virtud de la Resolución [...] del 14 de julio de 2010 del Fiscal General de la Nación [...].

Tampoco está en discusión que a JDRC, dentro de su ámbito funcional, le correspondió adelantar la investigación N°. [...], seguida en contra de AMV, por el punible de violencia intrafamiliar, siendo víctima YCAQ .

En relación con el **aspecto objetivo del tipo penal**, contrastados los referentes normativos con las pruebas incorporadas a la actuación, **la Sala encuentra que**, contrario a lo expuesto por la defensa, y de acuerdo con los apelantes, **el comportamiento** de JDRC **constituye el delito de concusión**.

Efectivamente, existe certeza que, en junio de 2014, RC, **en calidad de Fiscal [...]** indujo a AMV -víctima-, [en condición de acusado dentro de un radicado seguido en el despacho a su cargo], **para que le suministrara una utilidad indebida** [gratuitamente, enchaparle 100 metros de baldosa en el segundo piso de su casa en construcción [...]].

Es decir, en ejercicio del cargo, RC, una vez tuvo conocimiento de la destreza de AMV como maestro de construcción [albañil] desplegó un poder intimidatorio sobre él, para que desarrollara la actividad solicitada, recibiendo como contraprestación el archivo del proceso.

Conforme al caudal probatorio, **el acusado realizó el verbo rector inducir, prevalido y abusando de las funciones, generó temor** en MV, **e impuso su autoridad que derivaba del**

cargo de Fiscal con facultades de tramitar el principio de oportunidad, porque si no se cumplía esa voluntad corría el riesgo de que no se le diera trámite.

Lo que significaba, en el ideario de MV, que de no acceder a lo inducido por el acusado, la actuación seguiría su curso, lo que representaba la posibilidad de una condena e ir a la cárcel, siendo relevante el estado procesal en el que se encontraba la actuación para junio de 2014.

Es indiscutible que en la acción desplegada por el procesado hubo un exceso de autoridad oculto con la intención de mostrar como genuino [legítimo] un acto que no lo era, bajo el pretexto de evitarle a la víctima un perjuicio.

Si bien es cierto, al plenario se aportó un **contrato de obra**, suscrito entre MV y la cónyuge del procesado, junto a dos recibos de pago sobre la actividad realizada, también lo es, que estos documentos se suscribieron para dar visos de legalidad a la situación ilícita. Efectivamente, la referida documentación se elaboró después de que el procesado y la víctima entraran en conflicto por el incumplimiento de este último, ante su inconformidad por la situación a la que estaba siendo sometido. Así mismo, porque el Fiscal se enteró de que terceros tenían conocimiento de la ilicitud que estaba ocurriendo, lo que generó su reacción de expulsar a MV de la construcción y alejarlo de su entorno al temer ser descubierto, cuidándose de «legalizar» la situación.

Lo anterior se extrae del testimonio de AMV, siendo coherente y verosímil su incriminación, la que es corroborada con otros medios de conocimiento [...]

[...] Sobre el momento en que AMV distinguió a JDRC, en el contrainterrogatorio adujo que fue a los 8 o 15 días, luego de haberlo «*cogido la policía*», cuando lo llevaron a la audiencia. Es decir, después de que lo aprehendieron por violencia intrafamiliar, admitiendo que quedó libre, pues solo estuvo preso una noche.

Si bien esta referencia en el tiempo fue objeto de refutación por parte de la defensa en cuanto, según la prueba estipulada, no fue RC el que concurrió ante un juez de control de garantías a la audiencia de legalización de captura e imputación de MV [7 de septiembre de 2013] sino fue otra Fiscal [MMDS], ello es una imprecisión de alguien que no es avezado en temas jurídicos.

Lo relevante es que haya recordado que fue luego de su captura.

Es decir, no se le puede exigir a un lego en derecho procesal que determine con certeza el estadio de un trámite, por lo que esta imprecisión es intrascendente. Lo fundamental es que, una vez RC avocó conocimiento del radicado, se generó el vínculo de relación procesal con MV, a partir del cual **surgió la inducción para que este realizara una labor gratuita que le generaría al Fiscal una utilidad indebida**.

Recuérdese que, el 9 de septiembre de 2013, se remite la carpeta, el 10 siguiente fue recibida y la primera actuación del despacho de RC fue el 11 de octubre del mismo año. En esa fecha, el asistente dejó constancia de la comunicación telefónica con MV, con el fin de informarle la realización de una diligencia judicial -no dice cuál- cinco días después, con la dirección de quien regentaba el despacho, esto es, con el aquí procesado.

[...] La defensa considera que las versiones son contradictorias frente a lo que aseguró en el juicio, al advertir MV que la propuesta se realizó «en esos días de la audiencia donde se dio la libertad», es decir, una diligencia realizada 10 o 15 días después de su aprehensión, incluso, mencionó que tal vez un mes después. Lo relevante es que, la ocasión en que RC le preguntó a qué se dedicaba fue «cuando no estaba preso». Algo que, en criterio del procesado, era inane pues en el expediente obraba esa información.

Esta Sala estima que ello de ninguna manera significa que el testigo mintió. Nótese, que de lo anterior no se deriva una contradicción sustancial porque el punto de referencia del quejoso fue la situación de que no estaba preso, lo que coincide con la llegada del expediente al despacho del Fiscal, tal como se dijo con anterioridad.

Los aspectos antes referidos para nada desvirtúan la incriminación de la víctima dado el paso del tiempo, pues la experiencia enseña que es normal que las personas varíen las particularidades insustanciales de su narración, pero coincidan en lo esencial, cuando su relato es fidedigno (CSJ SP-8565- 2017, rad. 40378).

- Momento a partir del cual el trámite siguió su curso hasta extenderse a junio de 2014, contexto específico en que ocurrió el hecho delictuoso. Cabe anotar que por error de digitación en la

premisa 13 del escrito de acusación se señala como **momento de ocurrencia de los hechos «junio de 2015»**, cuando en verdad correspondía al año 2014, tal como se aclaró y corrigió por el delegado fiscal en desarrollo de la audiencia de acusación. Lo que le hace perder cualquier trascendencia al alegato conclusivo de la defensa, en el sentido de estar ante una incongruencia en la teoría del caso de la Fiscalía.

- Tiene razón la Fiscalía cuando advirtió que, el a quo no analizó en su integridad el testimonio de MV, puesto que ninguna mención hizo del momento en el que RC le realizó el ofrecimiento indebido. Para el ente acusador es creíble la afirmación que, ello aconteció en el despacho del Fiscal, lugar en el que le informó que el delito de violencia intrafamiliar tenía pena de 8 años de prisión, a lo que la víctima le tenía miedo, circunstancia aprovechada por el acusado. En esas reuniones no estuvo el asistente judicial del Fiscal, LGV, tal como lo declaró, pues su jefe era quien manejaba las carpetas en etapa de juicio y los usuarios comparecían directamente donde él.

[...] [...]no tienen relevancia imprecisiones en que la defensa intentó hacer incurrir a MV. Por ejemplo, que no haya precisado en su testimonio el color del carro de RC; aunque, en la declaración del 25 de abril de 2016 -casi dos años luego de los hechos- haya señalado que era un camperito negro [carro cabinado]. O en cuanto, al tono y cantidad del enchape instalado que aduce el acusado -incluido el guardaescoba-. A pesar de lo anterior, lo trascendental es que **la víctima mantuvo su incriminación en los aspectos fundamentales**.

Debe dejarse sentado que AMV -al igual que YCAQ- es un testigo de pocas palabras, con respuestas simples y escuetas, que no estaba exento de ser víctima del delito de concusión a pesar de tener más de 20 años en labores de albañilería, contrario a lo indicado por RC. Precisamente, su experticia en «enchape de pisos» fue la cualidad explotada por el acusado para obtener un provecho indebido. Igualmente, el acusado olvida que MV estaba sub judice [ad portas de iniciar la audiencia de juicio oral, en caso de no prosperar el principio de oportunidad], razón para no denunciar en ese momento los hechos de los que estaba siendo víctima; por lo tanto, no se le puede reprochar su omisión de denunciar».

CONCUSIÓN - Tipicidad subjetiva: dolo || **CONCUSIÓN - Delito de mera conducta** || **CONCUSIÓN - Consumación** || **CONCUSIÓN - Configuración:** es suficiente demostrar que el sujeto calificado hizo la solicitud ilegal, aunque esta no se concrete || **CONCUSIÓN - Tipicidad subjetiva:** demostración || **CONCUSIÓN - Tipicidad subjetiva:** dolo, se configura || **CONCUSIÓN - Se configura:** evento en que el sujeto activo abusó de su condición de Fiscal, para inducir al sujeto pasivo a realizar un trabajo de construcción a cambio del archivo del proceso || **CONCUSIÓN - Se configura:** evento en que el sujeto activo abusó de su condición de Fiscal, para inducir al sujeto pasivo a realizar un trabajo de construcción a cambio de la aplicación del principio de oportunidad

«el constreñimiento, según el caso, debe ser producto de la voluntad conscientemente dirigida a la víctima con la finalidad de obtener una utilidad indebida.

Además, hay que tener presente que la jurisprudencia de esta Sala ha dicho que es un punible de **mera conducta** «[...] porque se configura cuando el agente, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a un tercero a entregarle o prometerle una utilidad, o los solicita, así la víctima no acceda a la pretensión concusionaria» (CSJ SP, AP 3340-2016, rad. 40461). Entonces, se entiende consumado el delito con la sola manifestación o expresión que hace el servidor público a través de una de las tres modalidades comisivas, es decir, constreñimiento, inducción o solicitud de una prestación indebida. En consecuencia, la conducta punible únicamente exige que el servidor público realice un requerimiento indebido en forma de amenaza [expresa o implícita -sea que se materialice o no-], de un posible perjuicio para el destinatario, en el evento en que este opte por no acceder al pedimento, mediando la coerción que implica esa investidura adquirida por el cargo que ostenta.

En este caso, el **aspecto subjetivo del tipo penal** se puede extraer de las circunstancias que rodearon los hechos, según el estudio probatorio anteriormente realizado. JDRC para la época de ocurrencia de los hechos contaba con formación académica de abogado, con cursos de especialización y maestría. Así mismo, con experiencia en el desempeño de cargos públicos en entidades estatales. Con vinculación laboral en la Fiscalía General de la Nación por décadas,

desempeñando diversos cargos que tuvieron funciones relacionadas con investigación criminal o conocimientos jurídicos. Había comenzado a desempeñarse en el cargo de fiscal delegado desde el año 2004 hasta la época de ocurrencia de los hechos. Lo anterior permite establecer que, el procesado sabía que un servidor público no podía hacer uso del cargo que ejerciera para obtener abusivamente un beneficio personal, porque en caso de actuar así incurriría en la conducta punible de concusión. Pero, a pesar de tener ese conocimiento, **voluntariamente decidió ejecutar el comportamiento, es decir, deliberadamente quiso cometer ese delito.**

RC sabía que, el ejercicio del cargo de fiscal representa autoridad en una comunidad. Potestad que se convierte en realidad, particularmente, frente a las personas que le son asignadas para investigarlas y llevarlas a juicio, porque surge una relación desigual y desequilibrada. El funcionario instructor encarna el poder del aparato del Estado frente al ciudadano inerte. Dicha situación se materializó entre RC, en su condición de fiscal investigador, y MV como investigado. El procesado, por su formación académica, amplia experiencia laboral y profesional, tenía pleno conocimiento de las características de la relación existente, esto es, un vínculo condicionado por el respeto y acatamiento a lo decidido por quien ejerce la autoridad.

Al mismo tiempo, el procesado estaba al corriente que esa relación fiscal-investigado generaba la imposibilidad de establecer con uno de sus investigados relaciones contractuales, laborales, comerciales, a título oneroso o gratuito, ya fuera directamente o por interpuesta persona, porque de hacerlo actuaría por fuera de los límites de la legalidad a la que están sometidos los servidores públicos. Así lo reconoció en su testimonio, al afirmar que estaba imposibilitado de contratar con MV por constituir una falta disciplinaria, y por ello puso a su compañera a firmar el documento que aportó en el juicio como contrato. Último hecho que, como ya se dijo, tenía dos propósitos: dar visos de legalidad y mostrarse ajeno de una situación que sabía era indebida.

Por lo tanto, también sabía que la voluntad del usuario de la justicia, por su situación de debilidad, era de fácil doblegamiento. Es decir, que ante “una sugerencia” proveniente de la persona que tenía la autoridad y la facultad de

disponer el rumbo del proceso que existía en su contra, no había margen para decidir algo diferente. Más cuando se hablaba de mutuos beneficios y el de MV era que se terminara el proceso, que le generaba el temor de llevarlo a la cárcel. Pero el procesado, conocedor de esas circunstancias, sabía que estaba demandando y obteniendo un beneficio gracias a su cargo, cuando en verdad la supuesta contraprestación prometida correspondía al cumplimiento de sus deberes y funciones. En otras palabras, el procesado estaba al corriente que subrepticamente estaba utilizando el cargo para obtener un beneficio contrario a la legalidad.

Como se indicó en aparte anterior, es palmario que JDRC, en calidad de Fiscal, instructor del radicado seguido en contra de AMV, estaba al tanto que se configuraba la conducta punible de concusión, al inducir a este a realizar la labor de enchape de pisos de su casa en construcción, sin alguna remuneración económica. No obstante, le indicó a MV como beneficio, tramitarle un principio de oportunidad y archivarle el proceso; con la advertencia de que, si no realizaba esa actividad, entonces el proceso seguiría adelante y él «se iría a la cárcel».

Conforme a la prueba allegada al juicio y la valoración hecha por la Sala, no existe algún fundamento para considerar que el procesado podía desconocer la ocurrencia de los hechos y la configuración en el punible enrostrado. Como quedó claro en el trámite procesal, no fue objeto de discusión la relación judicial entre el procesado y la víctima, la bancada de la defensa tampoco desconoció que, el propietario del inmueble era el encausado, que la actividad de MV se propuso ejecutarla allí y que en ese lugar se desarrolló. Ahora, respecto a los temas de divergencia, esto es, el contexto en que se originó la labor y las condiciones para llevarla a cabo, a esta altura se encuentran plenamente superados, según el balance probatorio del factor objetivo. De los anteriores presupuestos se extrae que, **el procesado tuvo pleno conocimiento de la ocurrencia de los hechos, sus efectos jurídicos penales y su voluntad fue determinante para que sucediera su comportamiento.**

En síntesis, **está configurada la tipicidad subjetiva en el comportamiento** de JDRC».

CONCUSIÓN - Bien jurídico tutelado:
administración pública || **CORUPCIÓN -**

Concepto || DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Lesividad: afectación de la función pública, su materialización genera desprestigio y disminuye la legitimidad de su accionar || **CONCUSIÓN - Antijuridicidad:** se configura, evento en que el sujeto activo desplegó un acto de corrupción que afectó la administración de justicia y desprestigió la administración pública

«Respecto a la **antijuridicidad** de la conducta punible en que incurrió JDRC está demostrada la **lesión al bien jurídico tutelado de la administración pública**, formalmente, porque como se ha expuesto ampliamente, el procesado realizó el delito de concusión, comportamiento prohibido en el ordenamiento jurídico penal, y materialmente, porque, como se detallará, con este punible **la función pública**, como objeto tutelado, **resultó realmente afectada**.

El evento presente es el típico caso de **corrupción**, cuyo significado literal, según el Diccionario de la Lengua Española, hace alusión a cierta práctica en las «*organizaciones, especialmente en las públicas, [...] consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*», razón por la cual tiene consecuencias nocivas en la sociedad, pues socava la democracia y el Estado Social de Derecho -artículo 1° de la Constitución Política-.

Cuando se configura el tipo penal de concusión, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, se afecta la administración pública, siendo este un concepto que engloba la función que realizan diferentes órganos del Estado, entre estos, la **administración de justicia**, de la que hace parte la Fiscalía General de la Nación, cuya finalidad es satisfacer el interés general, la que se debe desarrollar con arreglo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CC C-631-1996). La administración de justicia, como piedra angular y bastión del Estado Social de Derecho, debe ser ejemplo ético para la ciudadanía por su rectitud y transparencia. Entonces, cuando un funcionario judicial incurre en la conducta punible de concusión, las instituciones del Estado se afectan gravemente en su confianza, credibilidad, autoridad y legitimidad.

El acto corrupto desplegado por el fiscal RC, en particular, **afectó el adecuado funcionamiento de la administración de**

justicia y, en general, **desprestigió y mancilló la administración pública**, porque este delito esencialmente deteriora su imagen. El procesado le faltó al respeto, se sustrajo del imperio de la ley sin alguna justificación, al sobreponer su interés económico personal sobre el bien común y público, desconociendo que la función pública debe ejercerse con ética, honestidad, lealtad, probidad y transparencia».

CONCUSIÓN - Culpabilidad || CONCUSIÓN - Culpabilidad: se configura, evento en que el sujeto activo tenía la capacidad de comprensión y autodeterminación

«[...] se pasa a analizar la **culpabilidad** de JDRC **habiéndose acreditado con suficiencia la tipicidad -tanto objetiva como subjetiva- de la conducta, así como la antijuridicidad -formal y material- de ésta**, sin que se adviertan circunstancias de justificación. **El procesado realizó el delito de concusión teniendo la capacidad de comprender** que, cuando le propuso, en ejercicio del cargo público de fiscal investigador, a AMV «*la negociación*» irregular para obtener un beneficio indebido, estaba abusando de ese cargo, e incurría en un comportamiento ilícito.

Es decir, el encartado **tenía comprensión de la trascendencia jurídico penal** de lo que estaba realizando, pues sabía que como servidor público no podía ni debía hacer alguna manifestación, propuesta o sugerencia subrepticia al investigado que le generara la impresión que le estaba requiriendo alguna contraprestación. Además, generarle el temor que si no accedía a la demanda podría sufrir consecuencias adversas en el devenir procesal. Sabía que no podía requerir ni recibir de sus investigados algún beneficio económico en razón a los deberes y funciones asignadas por la ley o los reglamentos.

RC en ese momento **tuvo la capacidad de autodeterminarse. Como fiscal tenía el deber jurídico de haber actuado de manera diferente**, pues pudo abstenerse de solicitar la utilidad ilícita en lugar de defraudar la confianza depositada en él como servidor público. Los asociados y la víctima en este caso esperaban de la persona que investiga y acusa a los ciudadanos por delitos, el cumplimiento cabal de sus funciones con imparcialidad, honestidad, pulcritud y lealtad. Lo último, particularmente con la institución a la que le prestaba sus servicios que tiene como misión esencial la lucha

contra el delito. Por eso es reprochable la proyección y alcance de su conducta, porque no respetó el derecho y estaba en condiciones de obedecer los mandatos legales que conocía, según su formación académica, experiencia laboral y profesional.

Entonces, como no hay circunstancia que haga decaer la **culpabilidad** del acusado JDRC **es incuestionable su responsabilidad penal como autor del delito de concusión**, razón por la cual **la sentencia absolutoria emitida en primera instancia ha de revocarse para, en su lugar, condenársele**».

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: procedimiento y medidas provisionales para garantizar el derecho cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en segunda instancia, por la Sala de Casación Penal || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se constituye Sala de tres magistrados para resolverla, cuando la primera condena es emitida por la Sala de Casación Penal respecto de

aforados o como resultado del trámite del recurso extraordinario

«**De la doble conformidad.**

[...] JDRC **tiene derecho a impugnar** la presente sentencia, por ser **la primera de carácter condenatorio**.

Para tales efectos, deberá aplicarse el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el art. 3° del A.L. 01 de 2018, para que se garantice que, a través de **Sala integrada por tres magistrados que no hayan participado en la presente decisión**, sea definida la doble conformidad judicial de la primera condena, proferida por los restantes magistrados. Así las cosas, la presente decisión únicamente se adoptará por seis de los nueve magistrados titulares. Para ello, por la Secretaría de la Sala, agótese el trámite pertinente».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL - ASISTENCIA JUDICIAL

Traslado de funcionarios a territorio extranjero para la práctica de pruebas, legalidad, validez (Ley 600 de 2000)

En la providencia, a través de la cual se resolvió la *impugnación especial* como garantía de la *doble conformidad judicial*, bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, la Sala tuvo la oportunidad de referirse a la legalidad y validez de las pruebas practicadas en territorio extranjero, para lo cual efectuó importantes precisiones sobre aspectos relevantes del marco de *cooperación internacional* y de *asistencia judicial*. De este modo, se advirtió que la incorporación de los testimonios practicados en estas condiciones se ajustó a los lineamientos convencionales, legales y reglamentarios, por lo que resultó válida su apreciación por parte de la judicatura.

SP2190-2020 (55788) del 08/07/2020

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial: entre Colombia y el gobierno de los Estados Unidos, para la detección y erradicación del tráfico de estupefacientes y el lavado de activos || **COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial:** se formaliza con la sola solicitud de asistencia por parte del Estado requirente y con la aquiescencia del Estado requerido || **COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial:** requisitos, debe ser oportuna, eficaz y enmarcada dentro de la normatividad interna y convencional || **COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial:** normativa internacional, Convención de Viena y Convención de Palermo || **COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial:** normativa internacional, posibilidad de presentar solicitudes verbales || **COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia Judicial:** traslado de funcionarios a territorio extranjero para la práctica de pruebas, legalidad, validez (Ley 600 de 2000)

«Frente al recaudo de estos testimonios, ha de decirse que **las actuaciones judiciales que llevaron a su aducción se surtieron en el marco de la cooperación internacional y como una medida de asistencia judicial**, entre Colombia y el gobierno de los Estados Unidos, **dentro del contexto de detección y erradicación de delitos de impacto global, como lo son el tráfico de estupefacientes y el lavado de activos**.

Se trató de un trámite de colaboración mutua para la obtención de medios de prueba en el que no se presentó ninguna irregularidad relevante. Destáquese que **ese tipo de actuaciones se formalizan con la sola solicitud de asistencia por parte del Estado requirente y con la aquiescencia del Estado requerido**, ello en razón a que se necesita que esta sea oportuna, eficaz y, lógicamente, enmarcada dentro de la normatividad interna y convencional.

Dentro de ese entorno cobran relevancia instrumentos jurídicos que regulan figuras de cooperación internacional y de asistencia judicial. **La Convención de Viena de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, implementan instrumentos, aplicables al ordenamiento jurídico colombiano, que permiten adoptar medidas para la pronta y eficaz recolección de información para la investigación del lavado de activos.

Precisamente, en el **numeral 1° del artículo 18 de la Convención de Palermo** se señala que *“Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado”* (Resaltado de la Sala).

Incluso, **existe la posibilidad de presentar solicitudes verbales de asistencia judicial**, además los Estados pueden *“convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial*

del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido”. Se trata de situaciones eminentemente facultativas en las que prima la intención de los Estados para desplegar los mecanismos de cooperación internacional y asistencia judicial, de modo tal que, la recolección de información y pruebas, se lleve a cabo con el conocimiento de los Gobiernos y autoridades judiciales y con pleno respeto de las garantías constitucionales y procesales».

COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial: manual de la Fiscalía General de la Nación, marco de respeto a la soberanía de cada Estado (Resolución 24 de 15 de enero de 2002) || **COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial:** manual de la Fiscalía General de la Nación, traslado de funcionarios a territorio extranjero para la práctica de pruebas (Resolución 24 de 15 de enero de 2002) || **COOPERACIÓN INTERNACIONAL - Asistencia judicial:** traslado de funcionarios a territorio extranjero para la práctica de pruebas, testimonio, legalidad, validez (Ley 600 de 2000) || **PRUEBA - Principio de permanencia:** aplica en los procesos adelantados por el trámite de la Ley 600 de 2000 || **DERECHO DE CONTRADICCIÓN - No se vulnera** || **PRUEBA TRASLADADA - Procedencia** || **DEBIDO PROCESO PROBATORIO - No se vulnera:** evento en que los medios de prueba fueron objeto de verificación de autenticidad en el procedimiento de recolección y se garantizó su publicidad y contradicción (Ley 600 de 2000)

«Ahora, la posibilidad de traslado de funcionarios a territorio extranjero está regulada en el artículo 505 de la ley 600 de 2000. La Fiscalía General de la Nación, mediante la resolución 24 de 15 de enero de 2002, expidió el Manual de asistencia judicial mutua nacional e internacional y, para desarrollar la citada disposición normativa, estableció:

[...] Esta reglamentación se dirige a materializar los mecanismos de cooperación internacional y de asistencia judicial en un marco de respeto pleno de la soberanía de cada Estado. Ahora, lo atinente a las garantías de derechos fundamentales y procesales, se debe estudiar frente al desarrollo de la actuación judicial y conforme a la normatividad interna.

Esta Corporación, en providencia SP-747 de 14 de marzo de 2018, se pronunció con respecto a la

naturaleza jurídica y los alcances de la aludida resolución y expuso: « [...]... según es evidente, tales resoluciones comportan un carácter estrictamente complementario que procura a través de los instrumentos de comunicación entre los Estados materializar la asistencia judicial recíproca como actos de cooperación internacional. Por ello, al fijar el sentido de su normativa, el Manual contenido en la Resolución 0024 expresamente señaló:

[...] Se trata, por ende, de un cuerpo reglamentario auxiliar de instrucciones o reglas técnicas orientadas a enunciar y señalar las maneras de la solicitud de asistencia que informan las relaciones entre los Estados y los instrumentos de cooperación previstos para el efecto *“por ejemplo las cartas rogatorias, los exhortos o las notas suplicatorias, así como la mecánica de dicha cooperación que emerge aplicable en la generalidad de los casos, salvo aquéllos eventos en los cuales, según la propia resolución señala, existan Convenios celebrados, conforme sucede en relación con Panamá, España, Gran Bretaña, Perú, Uruguay, México, Brasil, Cuba, República Dominicana y Argentina, entre otros países, por entonces atenerse a los términos y condiciones en cada caso señalados”*.

En estas condiciones, los trámites surtidos se encaminaban a recopilar información relevante con personas privadas de la libertad y en programas de protección a testigos en los Estados Unidos de América. No se estaba solicitando colaboración para que una autoridad extranjera practicara las pruebas. **Lo que se requirió, fue una autorización con el fin de que, funcionarios judiciales colombianos, pudieran concurrir a ese país para practicar los testimonios** de GPG y DSG.

Para el efecto, se evidencia que de la Unidad Nacional de Extinción de Dominio y contra el Lavado de Activos, el 9 de abril de 2007, activó el mecanismo de asistencia judicial con el fin que, por intermedio de la Embajada de los Estados Unidos de América, se realizaran las gestiones para concretar los testimonios de esos ciudadanos y de LECM.

En virtud de las gestiones realizadas, el 21 de junio de 2007, la Dirección Regional del Departamento de Justicia de los Estados Unidos informó de la autorización para la práctica de pruebas y comunicó tal determinación al Fiscal General de la Nación.

Conforme a los criterios convencionales, legales y jurisprudenciales, se debe resaltar que DSG se encontraba detenido en el Miami Detention Center Federal y de allí fue trasladado a la Fiscalía del Distrito Sur de La Florida, situaciones que dejan en claro que la actuación de la Fiscal 23 de la Unidad Nacional de Extinción de Dominio y contra el Lavado de Activos, se desarrolló en el marco de un instrumento de asistencia judicial y con plena aprobación del gobierno de los Estados Unidos de América.

Lo mismo sucedió respecto del testimonio de GPG, persona que se encontraba en el programa de protección de testigos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. A él se accedió con autorización de las autoridades estadounidenses y la diligencia fue debidamente acompañada por el Fiscal Federal del Distrito Sur de La Florida, lo que permite concluir que se desarrolló respetando la soberanía de cada Estado y dentro de los lineamientos y finalidades de la Convención de Viena de 1988 y la de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Por lo tanto, **no hay lugar a predicar ilegalidad alguna en la incorporación de estas pruebas, pues, como se ha dejado visto, el trámite cumplido por los Fiscales del caso y las autoridades de los Estados Unidos de América se encuentra debidamente documentado, se ajusta a las exigencias convencionales y a lo dispuesto en el artículo 505 de la Ley 600 de 2000, con respecto a la cooperación internacional y asistencia judicial.**

También resulta infundado alegar que no se permitió el ejercicio del **derecho a la contradicción** respecto de estas probanzas, porque en virtud del principio de permanencia de la prueba que rige el trámite, su controversia puede darse durante todo el proceso, como en efecto ha ocurrido en este caso, donde las referidas declaraciones han sido materia de amplia controversia durante las etapas de investigación y juzgamiento. Muestra de ello, son las censuras que ahora se elevan en contra de su mérito persuasivo.

Complementariamente, el testimonio de DSG fue decretado por el juez de primera instancia en el juicio, quien concurrió virtualmente a la audiencia pública de juzgamiento y en ella los defensores contaron con amplias facultades de contradicción y confrontación, circunstancia que

concorre adicionalmente a descartar la afectación del derecho de defensa que se denuncia.

Ahora bien, con respecto a GPG, su declaración también se ordenó en la audiencia preparatoria. Para el efecto, se libraron comunicaciones y se realizaron las gestiones por parte del Juzgado de primera instancia, actuación que permite apreciar los esfuerzos de la administración de justicia para lograr su comparecencia, sin que existiera intención de restringir la contradicción.

Y en cuanto al cumplimiento de los condicionamientos del artículo 239 de la Ley 600 de 2000, en lo que tiene que ver con **prueba trasladada**, se debe destacar que el Tribunal explicó detalladamente las actuaciones surtidas y las órdenes emitidas por los Fiscales encargados del caso y, en especial, la verificación

de autenticidad que se surtió en las diligencias de inspección judicial.

Lo que se advierte es que la información fue debidamente recopilada en diligencias de inspección judicial ordenadas por el Fiscal del caso y, además, en virtud de las decisiones de conexidad en aras de garantizar la unidad procesal.

Así las cosas, lo determinante es que **los medios de prueba fueron objeto de verificación de autenticidad en el procedimiento de recolección y que, en el transcurso de la actuación, se garantizó su publicidad y contradicción, por lo cual resultaba válida su apreciación por parte de la judicatura**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

6. CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - BIEN JURÍDICO TUTELADO: LIBRE EJERCICIO DE LA VOLUNTAD DEL ELECTOR

No se vulnera por las promesas que tienden a buscar soluciones a escenarios, derivados de problemas sociales

Al desatar el recurso de apelación, la Sala decidió revocar la sentencia condenatoria emitida por la Sala Especial de Primera Instancia, y en su lugar absolver al *aforado* acusado del delito de *Corrupción de Sufragante*. En la providencia se efectuaron fundamentales precisiones sobre el tipo penal en mención, y particularmente respecto del bien jurídico tutelado, referido al *libre ejercicio de la voluntad del elector*, que no puede predicarse como vulnerado cuando el candidato efectúa promesas orientadas a buscar soluciones a *problemas sociales* o de *bienestar común*, que no tienen la condición de *indebidas* o *ilegales*.

SP3672-2020 (57967) del 30/09/2020

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - No se configura: por la simple invitación, persuasión, convocatoria, incitación, exposición de propuestas o promesas de bienestar común || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Bien Jurídico tutelado:** libre ejercicio de la voluntad del elector, eventos en que no resulta vulnerado || **DERECHO AL SUFRAGIO - Faceta activa:** se refiere al votante || **DERECHO AL SUFRAGIO - Faceta pasiva:** derecho de los ciudadanos a presentarse como candidatos y formas de ejercerlo || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - No se estructura:** por promesas políticas || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Configuración:** es necesario diferenciar las promesas de dinero o dádivas indebidas, de la estrategia electoral del candidato || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Bien Jurídico tutelado:** libre ejercicio de la voluntad del elector, no se vulnera por las promesas que tienden a buscar soluciones a escenarios, derivados de problemas sociales

«[...] la simple invitación, la persuasión, la convocatoria, la incitación, la exposición de propuestas e incluso las promesas de bienestar común, con miras a seducir o inclinar hacia un lado u otro al sufragante o a crearle expectativas favorables, **no pueden ser tenidas**

como afectación a la libre voluntad del elector, penalmente reprochables.

En este sentido, no hay que perder de vista, que el derecho al sufragio no sólo se compone de su **faceta activa**, referente al votante, sino que también comprende el derecho al sufragio pasivo o lo que es lo mismo, el derecho de los ciudadanos a presentarse como candidatos en los procesos electorales y las formas de ejercerlo.

Es así, que el derecho al **sufragio pasivo**, no se restringe a los requisitos o condiciones establecidas para ser titular de este derecho (entre otros, nacionalidad, edad y no concurrencia de causas de incapacitación), sino que se extiende a las condiciones que se deben garantizar al candidato para darse a conocer, para tener la oportunidad de presentarse a la ciudadanía, poner en conocimiento sus propuestas, planes y por qué no, la posibilidad de conocer las expectativas de la comunidad, sus requerimientos y necesidades. Propuestas que naturalmente, lo que buscan es captar el voto del ciudadano, convencerlo para sufragar a favor del candidato que las hace, convirtiéndose la contienda electoral, vista desde esta perspectiva, en un juego, en todo caso democrático, de *“toma y dame”*.

Por ello resulta importante delimitar esa línea que separa las promesas de dinero o dádivas indebidas reprochables a través del derecho penal, de la estrategia electoral del candidato, de los propósitos que puede tener y exponer el aspirante a la ciudadanía, en aras de seducirla con su propuesta y encaminar su voluntad hacia el voto a su favor. Promesas que entre otras, lógicamente, pueden relacionarse con políticas sociales, que incluso en un país tan convulsionado como es el nuestro, pueden y deben ser objeto de las campañas políticas, con miras a buscar las mejores alternativas a la solución de los conflictos sociales que aquejan a la comunidad.

Fíjese que incluso, las promesas que hace el aspirante, son las que de una u otra forma, inclinan al sufragante, en ejercicio de su autonomía, a decidir por una u otra propuesta. Ello es connatural a la contienda electoral. Los ciudadanos eligen un candidato, atendiendo los ideales y planteamientos que les son afines al destino político que desean para su comunidad, en pro de un **bienestar común**, que por lo mismo, puede tener también repercusiones individuales. Y no por ello, tales propuestas

pueden ser tenidas como penalmente sancionables.

En este sentido, no toda promesa o compromiso que un candidato hace con la comunidad a cambio de su voto, puede ser tenida, a literalidad, como aquella que pretende reprimir la norma. Ella debe ser leída, desde el punto de vista de afectación grave al bien jurídico, en el caso de los delitos electorales y en concreto al delito de corrupción al sufragante, al bien jurídico de la libre determinación del votante.

[...] Se concluye entonces, que **no toda promesa atenta contra el bien jurídico protegido**, ni es reprochable a través del derecho penal. **Menos aquellas que tienden a buscar soluciones a los complejos escenarios, derivados de problemas sociales**, como lo ha sido históricamente la violencia que ha aquejado amplios territorios de la geografía colombiana».

PRUEBA DOCUMENTAL - Pacto político con representantes de comunidad: apreciación probatoria || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Tipicidad objetiva:** no se configura || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Atipicidad objetiva || CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Bien Jurídico tutelado:** libre ejercicio de la voluntad del elector, no se vulnera por las promesas que tienden a buscar soluciones a escenarios, derivados de problemas sociales || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Elementos:** verbos rectores, prometer, debe tener la capacidad de convertir el acto del sufragio en un intercambio de intereses particulares ajenos al interés general || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - No se configura:** por la simple invitación, persuasión, convocatoria, incitación, exposición de propuestas o promesas de bienestar común || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - Elementos:** objeto material, dádiva, debe tener la capacidad de manipular la libre autodeterminación del elector || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - No se configura:** evento en que la promesa de candidato a la Gobernación, no tuvo la condición de indebida o ilegal || **DERECHO A LA PROPIEDAD - No se vulnera || SENTENCIA - De tutela:** presunción de legitimidad || **CORRUPCIÓN DE SUFRAGANTE - No se configura:** evento en que el sujeto activo se comprometió a acatar las sentencias judiciales que ampararon los derechos a una vivienda digna de los ocupantes de un sector || **DERECHO**

PENAL - Principio de intervención mínima: aplicación || **DERECHO PENAL - Electoral:** alcance, no puede ser usado para decidir conflictos de carácter político entre contendientes || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** la Sala de Casación Penal revoca el fallo condenatorio proferido por la Sala Especial de Primera Instancia y absuelve

«Subsunción de los hechos demostrados en la norma

Analizados los hechos demostrados en el presente asunto, así como también los elementos constitutivos del tipo penal de corrupción al sufragante, descrito en el artículo 390 del Código Penal, **la Corte concluye que la conducta desplegada por el procesado es objetivamente atípica**, al no adecuarse el demostrado comportamiento de L.A.M.G., a los elementos constitutivos del tipo penal juzgado, además de no constituir tal actuación, por lo mismo, vulneración al bien jurídico tutelado de la libre participación democrática.

Las razones que respaldan la tesis de la Sala son las siguientes:

Ciertamente, como se concluye del acápite que antecede, L.A.M.G. podría, ab initio, pensarse que habría actualizado uno de los **verbos rectores -prometer-** del tipo penal de corrupción al sufragante, al realizar con representantes de la comunidad asentada en los predios propiedad de O.A.G.B., un **compromiso materializado en el documento** de 16 de octubre de 2016.

Allí prometió L.A.M.G. a éstos, de ser elegido gobernador, mantenerlos en los territorios ocupados, incluirlos en el proyecto de construcción de vivienda digna de la Gobernación y **acatar las sentencias judiciales que ampararon los derechos a una vivienda digna** de los ocupantes del sector.

De igual manera, en el mismo **documento**, los representantes de la comunidad allí firmantes, se comprometieron con su voto a favor de L.A.M.G., en nombre del conglomerado representado.

Sin embargo, para la Sala, **el objeto de tal promesa**, que en últimas constituye la misma dádiva, **no puede tenerse como indebido o “ilegal”**.

En efecto, si bien la ocupación de hecho de un inmueble por parte de quienes no son sus propietarios, está en contravía no sólo del derecho a la propiedad, sino también de otras

disposiciones legales, no por ello es posible concluir que el procesado desconoce el derecho a la propiedad y que, por lo mismo, el compromiso suscrito por el acusado L.A.M.G. es indebido o “ilegal”. Son varias las razones para sustentar tal afirmación:

En primer lugar, la promesa realizada por el procesado, tal como lo resaltó el abogado defensor, no estaba compuesta por ese sólo compromiso de mantenerlos “*quietos y pasivamente*” en el predio tantas veces mencionado. Estaba acompañada de otras cláusulas, relativas a la inclusión en planes de vivienda y respeto a las decisiones de los jueces de tutela.

Interpretar aisladamente el primer elemento o cláusula del compromiso resulta erróneo, porque los demás puntos del acuerdo, daban a entender, que en últimas la comunidad de Tierra Prometida lo que pretendía era obtener por parte de los entes estatales, una solución de vivienda digna, sin importar el lugar, atendiendo su condición de extrema vulnerabilidad y la especial protección constitucional de que eran objeto.

En segundo lugar, tachar de “ilegal” el compromiso suscrito por candidato y comunidad, constituiría adicionalmente, un desconocimiento de la presunción de legalidad y legitimidad, de los fallos emitidos por los jueces de tutela, que a pesar de involucrar una comunidad distinta a la asentada en “*Tierra Prometida*”, albergaban el tratamiento constitucional de una misma problemática social en una misma zona y para la misma época: la situación de desplazamiento forzado, provocado por la violencia, de cientos de personas en el departamento del Cesar, que venía aconteciendo, desde el año 2008.

Esos fallos de tutela proferidos con anterioridad a la suscripción del acuerdo (14 de abril y 01 de junio de 2011), contenían órdenes de amparo, casi idénticas a lo que fue objeto de promesa por parte del candidato L.A.M.G.: mantener suspendido el desalojo, hasta tanto las autoridades gubernamentales no dieran solución real a la problemática de vivienda de este conglomerado social.

[...] [...] precisamente se destaca la equivocación del A-quo y de la Fiscalía General de la Nación en tanto, el uno como juzgador y el otro como acusador y no recurrente, señalan el contenido del documento como ilegal por atentatorio del derecho a la propiedad privada, pues esa

conclusión es, por lo menos exagerada, porque si bien es cierto la Constitución Política (Art.58) garantiza la propiedad privada, no estructura ese derecho como absoluto y, en contrario, la define como “(...) *una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica*”.

En este orden de ideas, “*el compromiso*” de mantener a los “*invasores*” en un predio que es de propiedad privada de un particular no puede identificarse, per se, como un atentado contra ese derecho, que finalmente ya estaba afectado por cuenta de la invasión misma y amparado por las órdenes judiciales de Jueces Constitucionales, sino como una estrategia de solución de un **problema social** que objetivamente estaba configurado y que podía solucionarse incluso con la compra forzada de esos predios, merced a los instrumentos legales que la Constitución y las leyes colombianas le ofrecen a los gobernantes para disponer de la propiedad mediante expropiación con indemnización previa “*por motivos de utilidad pública o de interés social*”.

En síntesis, **la promesa efectuada por el procesado**, vista en conjunto con la totalidad de elementos que la componían, atendiendo los fallos de tutela hasta entonces proferidos a favor de la comunidad desplazada de Valledupar, **carece de un contenido de ilegalidad**, en los términos expuestos en la sentencia de primera instancia.

[...] Ahora bien, acoger como suyas las propuestas de una comunidad afectada, por parte del candidato acusado, e introducir esas propuestas a su programa de gobierno electoral, y por lo mismo, ganar la aceptación de quienes conforman esa comunidad y de esa forma deciden comprometer su voto a favor de quien los escucha, no tiene la trascendencia necesaria para elevar tal conducta al reproche penal tipificado en el artículo 390 del Código Penal. Mucho menos representa una vulneración al bien jurídico de la libre determinación del votante.

Incluso, no observa la Sala, en este sentido, que la promesa realizada, se moviera a satisfacer intereses groseros de carácter individual o particular. Por el contrario, **la propuesta electoral signada por el político** en forma de compromiso, **iba encaminada a dar respuesta a una problemática social evidente en la región** y la cual necesitaba de la urgente actuación de las autoridades locales, departamentales y nacionales.

De seguirse la tesis sostenida por la Fiscalía y los Jueces de Primera Instancia, incluso se podría llegar al absurdo, de considerar ilícitas las promesas que los Representantes a la Cámara hacen a sus electores, amparados en la Ley 5ª de 1992, que los autoriza a gestionar beneficios a favor de las comunidades o circunscripciones electorales que representan, cuando éstas entrañan conflictos sociales de las más diversas categorías.

En este sentido, **la promesa ofrecida a los electores en este asunto, es tan ajena a la dádiva indebida reprimida por la ley penal** y tan alejada de una grave vulneración al bien jurídico tutelado, que hace **atípica la conducta** por la cual fuera procesado L.A.M.G.

Propendiendo entonces por el cumplimiento del **principio de intervención mínima** como limitador del ius puniendi del Estado, no puede involucrarse al derecho penal en fenómenos como el aquí presentado, en el que en desarrollo de la contienda electoral, candidatos que representarán a sus electores, prometen gestionar beneficios a favor de sus representados. Mucho menos puede el derecho penal llegar a reprimir, a aquellos ciudadanos que buscan a los candidatos para transmitir sus necesidades y requerimientos, en pro de que los mismos sean a futuro, efectivamente gestionados por los gobernantes democráticamente elegidos.

El derecho penal no puede ser usado para decidir conflictos de carácter político entre contendientes que buscan definir en los estrados judiciales lo que no obtuvieron en los procesos electorales o lo que dejaron de ganar en el libre juego democrático. Es cierto que en un estado ideal de cosas, las ofertas electorales de quienes se presentan como candidatos no debería pasar por la promesa de resolver problemas sociales estructurales que el Estado debe solucionar por obligación propia, pero ese juicio de moral democrática debe resolverse en otros escenarios, no en el ámbito del derecho penal, ni el de los estrados judiciales. La protección penal que la democracia tiene, apunta estrictamente a la del amparo e intangibilidad de los bienes jurídicos que puedan deformarla, afectarla, limitarla o dificultarla. Y nada de ello lo constituye la promesa electoral de un candidato de comprometerse a cumplir los fallos de unos Jueces de la República y a solucionar un problema social de su competencia, a cambio de que los beneficiados con esa política general

respalden electoralmente su candidatura. Justo de eso trata el juego electoral.

Conclusión

A la luz de las anteriores consideraciones, al no adecuarse el demostrado comportamiento a los elementos constitutivos del tipo penal imputado, además de no constituir tal actuación, por lo mismo, vulneración al bien jurídico tutelado de la

libre participación democrática, **se impone la revocatoria de la sentencia impugnada y la absolución** de L.A.M.G., del cargo de corrupción de sufragante, objeto de la acusación».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

7. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - COMPETENCIA

De ninguna manera el trámite del proceso puede retrotraerse para que el fallador de primer grado la defina, cuando el asunto se encuentra en el Tribunal o en la Corte

Al resolver la *impugnación especial*, la Sala advirtió la existencia de una irregularidad sustantiva consistente en que, habiéndose acreditado la ocurrencia de la muerte de uno de los procesados, la decisión relativa a la extinción de la acción penal fue indebidamente adoptada por el Juez de Primer grado pese a que el asunto se encontraba en el Tribunal. Sobre este particular, la Corporación recordó que la *competencia* para pronunciarse sobre este aspecto recae en el funcionario que esté conociendo del asunto, resultando inviable en estos eventos, el retrotraer el trámite para que el sentenciador de primera instancia lo defina.

SP2169-2020 (56166) del 1/07/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Muerte del procesado: competencia para decidir sobre ésta, corresponde al funcionario que esté conociendo del asunto || **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Competencia:** corresponde al funcionario que esté conociendo del asunto || **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Muerte del procesado:** procedencia, no implica la extinción de la condena cuando el fallo no se

encuentra ejecutoriado || **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Muerte del procesado:** demostración, mediante verificación en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil || **NULIDAD - Falta de competencia:** se configura, evento en que la decisión de extinción de la acción penal por muerte del acusado la adoptó el Juez de Primer grado, a pesar que la actuación se encontraba en el Tribunal || **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Competencia:** de ninguna manera el trámite del proceso puede retrotraerse para que el fallador de primer grado la defina, cuando el asunto se encuentra en el Tribunal o en la Corte

«Observa la Corte cómo **el Tribunal, y por orden de este el juzgado de primera instancia, incurrieron en profunda irregularidad a partir de la demostración de que uno de los acusados ha fallecido.**

En efecto, por constancia secretarial signada, al parecer, el 16 de agosto de 2018, se hace conocer al Magistrado ponente, que se verificó en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y pudo comprobarse, que el cupo a nombre de VAHA, fue cancelado por muerte.

A renglón seguido, el Magistrado advierte que el fallecimiento del procesado fue conocido “*después de la radicación y aprobación del proyecto de segunda instancia*”, por lo que “*compete al Juez de Conocimiento resolver lo pertinente*”. En consecuencia, dispuso remitir el certificado de defunción al Juez [...] Penal Municipal [...].

Y, en efecto, con fecha del 9 de septiembre del presente año, el despacho en mención emitió un auto interlocutorio en el cual dispuso la “*extinción de la condena*”, respecto de VAHA, por muerte del mismo.

De entrada se advierte la completa impropiedad de lo actuado por el Tribunal y el despacho A quo,

pues, **de ninguna manera el trámite del proceso puede retrotraerse para que el fallador de primer grado, cuando el asunto se encuentra en el Tribunal, o en la Corte, defina precisamente respecto de la acción penal y su extinción en torno de uno de los acusados, facultad para la cual carece por completo de competencia.**

Emerge evidente el exabrupto de que respecto del procesado se sigan, a la par, dos procedimientos distintos en el mismo asunto, al extremo que perfectamente el A quo ya determinó la culminación definitiva del trámite, por muerte, y en el entretanto, aquí la Corte se está refiriendo a su condición penal, sin remisión ninguna a lo resuelto por el sentenciador de primer grado.

Huelga anotar que ninguna normativa procesal avala el irregular trámite ordenado por el Magistrado ponente del Tribunal, entre otras razones, porque **la disposición de la acción penal solo puede ser dispuesta por el funcionario que con plena competencia esté conociendo del asunto.**

De manera adjetiva, además, surge también equivocado que el A quo, por virtud de la muerte comprobada del acusado, en lugar de decretar, si tuviera competencia para ello, la extinción de la acción penal, disponga extinguir “la condena”, pasando por alto que aún no existe decisión ejecutoriada al respecto.

La ostensible irregularidad inserta en el trámite al que se hace alusión, **obliga de la Corte su completa invalidación**, dejando sin efectos la decisión tomada por el A quo.

A la par, como el asunto se encuentra en sede de la Corte para efectos de definir lo concerniente a la doble conformidad, una vez demostrado -se allegó la correspondiente **certificación de defunción** y el Ad quem pudo determinar que, en efecto, la cédula fue cancelada por **muerte**- que VAHA, ha fallecido, **la Sala debe disponer aquí la extinción de la acción penal respecto del mismo**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

8. FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - CONCEPTO

Se trata de un error objetivo anterior a la valoración probatoria

Al inadmitir la demanda de casación frente a unos de los cargos y admitirla respecto de otros, la Sala encontró fundamental recordar que las *reglas de la experiencia*, cuya estructuración requiere *generalidad* y *universalidad*, son susceptibles de desvirtuarse si el fenómeno al que se refieren no encuentra respaldo probatorio en el caso concreto. Así mismo precisó, frente al *falso juicio de identidad*, que constituye un error objetivo anterior a la valoración probatoria, cuya demostración exige la comparación entre el contenido del medio de prueba y el que se le asignó en la sentencia, a efecto de identificar el aparte o fragmento tergiversado, cercenado o adicionado.

AP2298-2020 (57898) 16/09/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Concepto || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Proposición:** debe ser estructurada con generalidad y universalidad || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Configuración:** deben ser aplicables al caso concreto || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Son susceptibles de desvirtuarse:** si el fenómeno de que dan cuenta no tiene respaldo en el material probatorio || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Configuración:** el deponente, debe converger en los aspectos esenciales relacionados con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, exigiéndose de él, la identidad en lo esencial || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - No se configura:** evento en que la afirmación se desvirtúa probatoriamente

«Y aunque el demandante identificó tres reglas de la experiencia supuestamente infringidas por el Tribunal al ponderar el testimonio de LDCRR, no evidenció que los falladores hubiesen incurrido en el aludido vicio.

En efecto, las reglas de la experiencia son construcciones teóricas con pretensiones de generalidad o universalidad que se ajustan a la fórmula lógica «*casi siempre que ocurre A, entonces sucede B*». Tienen como función servir de «*soporte argumentativo o explicativo para apreciar el alcance de las aserciones de hecho comunicadas por un testigo*» y, por ello, deben proponerse a partir de hechos o circunstancias demostrados. Con todo, **son susceptibles de desvirtuarse si el fenómeno de que dan cuenta no tiene respaldo en el material probatorio.**

La afirmación según la cual «*el deponente debe converger en los aspectos esenciales, relacionados con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, exigiéndose de él, la identidad en lo esencial*» es cierta. Sin embargo, como se acaba de mencionar, **es susceptible de desvirtuarse probatoriamente.** En este caso se evidenció que la inmadurez de la víctima, el temor para afrontar la situación ante su familia y las autoridades, así como el sentimiento de culpa que suelen padecer los menores de edad afectados con ese tipo de delitos, la llevaron a las inconsistencias en que incurrió, que en todo caso no fueron sobre aspectos centrales de la sindicación».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD – Concepto: se trata de un error objetivo anterior a la valoración probatoria || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Modalidades:** técnica en casación || **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 - 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:** exige confrontar el contenido del medio de convicción con el que se le asignó en la sentencia || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Diferente al falso raciocinio || DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de corrección material:** obligación de que corresponda a la realidad procesal || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** no se configura || **DEMANDA DE CASACIÓN - Sala de Casación Penal:** inadmite cargo

«En el tercer cargo el defensor denuncia un falso juicio de identidad porque se habría cercenado el testimonio de LDCRR y de la médica legista DAR ante quien la menor dijo que GC usó condón al accederla sexualmente. A su parecer, esa afirmación no es cierta porque no tendría sentido que el procesado le hubiese suministrado con posterioridad a la cópula un medicamento abortivo. De ello deduce la existencia de una contradicción que pone en duda la responsabilidad del procesado.

El **falso juicio de identidad** se materializa cuando el juzgador distorsiona el contenido objetivo de la prueba para hacerla decir aquello que no expresa materialmente, lo cual implica aceptar que el medio de convicción sí fue valorado, sólo que se tergiversó, se adicionó o se cercenó su contenido, poniéndolo a decir lo que no dice, muestra o enuncia y que esa situación lleva a la declaratoria de una verdad diversa a la que realmente emana de los elementos de convicción analizados.

Se trata, por tanto, de un error objetivo anterior a la valoración probatoria que exige confrontar el contenido del medio de convicción con el que se le asignó en la sentencia y no entre aquél y lo que el demandante piensa que debió colegirse.

Siendo ello así, el defensor desatendió la naturaleza del reparo propuesto y, en lugar de evidenciar, como debía hacerlo, cuáles fueron las manifestaciones cercenadas, se dedicó a cuestionar el valor probatorio que les otorgaron los falladores. Trasladó la crítica, entonces, al proceso de ponderación probatoria, obviando que ese tipo de censuras deben proponerse por la vía del falso raciocinio y no a través del falso juicio de identidad seleccionado.

El cuestionamiento no se dirige, por tanto, a señalar la alteración del contenido de la citada declaración sino a censurar la apreciación de la prueba y la decisión de las instancias de condenar a GC, sin demostrar el yerro aducido

En contravía del principio de corrección material que impone que el cargo respete los hechos y las pruebas del proceso, el defensor afirma que se cercenó el testimonio de la víctima. Sin embargo,

el Tribunal sí consideró la versión sin tergiversarla, por manera que carece de sustento el reseñado reproche.

En efecto, los juzgadores reseñaron que la víctima relató que *«después que GC desistiera de accederla por el sangrado, ella apreció que se quitaba “un condón”, explicando que “ya lo traía puesto, porque en ningún momento se lo puso”, y luego la dejó a “una cuadra más acá del colegio”»*.

De esta manera, **el Tribunal consignó la afirmación de la menor tal como esta la expresó**, sólo que no le concedió el alcance pretendido por el censor. **Siendo ello así, el yerro planteado no se configura.**

El cargo se inadmite».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

9. IMPEDIMENTO - HABER DADO OPINIÓN DEL CASO

Evento en que la opinión, se encuentra amparada por el secreto profesional y su inescindible inviolabilidad

La Sala declaró fundado el impedimento propuesto, alusivo a la circunstancia de *haber dado opinión* sobre el caso, en condición de profesional que prestó asesoría relacionada con otro proceso por supuestos fácticos similares. Se examinó especialmente el evento en que el concepto emitido se encuentra amparado por el *secreto profesional* y su inescindible *inviolabilidad*, la cual se predica no sólo del abogado frente a la persona que contrata sus servicios, sino respecto de quien obtiene una asesoría.

AP1204-2020 (56781) del 22/07/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPEDIMENTO - Haber dado opinión sobre el caso: como asesor profesional litigante, para la presentación y sustentación del recurso de casación en otro proceso por supuestos fácticos similares || **IMPEDIMENTO - Haber dado opinión sobre el caso:** en contextos diferentes al ejercicio de las funciones judiciales, procedencia

general || **IMPEDIMENTO - Haber dado opinión del caso:** debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso || **IMPEDIMENTO - Haber dado opinión del caso:** evento en que la opinión, se encuentra amparada por el secreto profesional y su inescindible inviolabilidad || **SECRETO PROFESIONAL - Inviolabilidad** || **SECRETO PROFESIONAL - Su vulneración constituye falta disciplinaria** || **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD - Se garantiza a través de los impedimentos y recusaciones** || **SECRETO PROFESIONAL - No sólo se predica del abogado con la persona que contrata sus servicios:** sino también con quien tan sólo obtiene de su parte una asesoría || **IMPEDIMENTO - Se configura** || **IMPEDIMENTO - Evento en que se declara fundado**

«En el presente asunto, el Magistrado [...] cuando se desempeñó como litigante, **manifestó su opinión sobre las probables causales de casación que razonablemente podrían sustentarse** dentro de la actuación seguida contra ÁDP. En estas condiciones, se cumple el presupuesto de procedencia general.

Ahora bien, superado ese condicionamiento, **debe verificarse si la opinión expuesta es lo suficientemente relevante como para perturbar la imparcialidad del servidor público y si versa sobre alguno de los temas que se deben abordar en este proceso** (CSJ AP6696-2017).

Si bien [...] no da cuenta de la entidad del concepto ni la manera como puede afectar su criterio, no puede desconocerse que **lo emitió en desarrollo de una gestión profesional** en el

proceso penal contra ÁDP, sentenciado **por supuestos fácticos que guardan similitud en naturaleza y contenido con los que se deben examinar en esta oportunidad. Esta opinión, se encuentra amparada por el denominado secreto profesional y su inescindible inviolabilidad**, por expresa disposición del artículo 74 de la Constitución Política. Incluso, su vulneración constituye falta disciplinaria, acorde con el literal f del artículo 34 de la Ley 1123 de 2007.

Así las cosas, exigir que se exterioricen o hagan públicos los juicios que se expusieron en las conversaciones sostenidas con sus clientes y eventuales procurados, comportaría socavar la inviolabilidad del aludido sigilo (CSJ AP, 8 may. 2013, Rad. 36629)

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el objeto de los impedimentos y recusaciones es **garantizar la imparcialidad del funcionario judicial** y librarlo de apremios que puedan

afectar su juicio en detrimento de la ecuanimidad y objetividad con los cuales debe ser estudiado y resuelto el asunto, **basta la exteriorización efectuada por el Magistrado para estructurar la causal de impedimento invocada.**

Y no cambia esa conclusión el hecho de que el mandato no se hubiera concretado, porque **el secreto profesional no sólo se predica del abogado con la persona que contrata sus servicios, sino también con quien tan sólo obtiene de su parte una asesoría**, pues, necesariamente, debe darle a conocer datos y elementos que, de otra manera, no le serían confiados.

Así las cosas, **se procederá a declarar fundado el impedimento [...]**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

10. IMPEDIMENTO – HABER PARTICIPADO EN EL PROCESO

No se configura, a partir de la simple manifestación de haber hecho parte de la Sala de Decisión que emitió la sentencia que fue cobijada por la nulidad

La Sala declaró *infundado* el *impedimento* planteado por un conjuer del Tribunal Superior de Distrito Judicial, tras advertir que la causal invocada, referida a *haber participado dentro del proceso*, no se configura por la simple

manifestación de haber conformado la Sala de Decisión que emitió la sentencia que posteriormente fue cobijada con una decisión de nulidad. Se remembró que el motivo impediante en estos eventos no se refiere a la *intervención jurisdiccional* que se realiza en virtud de las funciones, sino a una ajena a tales parámetros, la cual no se acreditó en el asunto examinado.

AP1860-2020 (57843) del 12/08/2020

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPEDIMENTO - Funcionario judicial: conjuer de Tribunal Superior de Distrito || **IMPEDIMENTO - Sustentación:** deber de precisar con claridad las razones que ameritan la necesidad de apartarse del conocimiento del asunto || **IMPEDIMENTO - Haber participado en el proceso:** no se dirige a aquella que fue ejercida jurisdiccionalmente, sino a la que fue realizada de manera ajena a esas funciones || **IMPEDIMENTO - Haber participado en el proceso:** con ocasión de sus competencias funcionales, integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior || **IMPEDIMENTO – Haber participado en el proceso:** no se configura, a partir de la simple manifestación de haber hecho parte de la Sala de Decisión que emitió la sentencia que fue cobijada por la nulidad || **IMPEDIMENTO - Principio de taxatividad:** no obedece a la simple voluntad o capricho del funcionario || **IMPEDIMENTO - Infundado**

«El conjuer [...] **en su declaración de impedimento**, no realizó mayores precisiones respecto de las razones subjetivas que lo animaban a hacerlo. Lo único que **atinó a precisar** es **que hizo parte de la Sala de Decisión del Tribunal que emitió la sentencia**

de 30 de enero de 2018, **que después fue anulada por esta Corporación**, y que por eso se estructuraba la causal **6 del art. 56 de la Ley 906 de 2004**.

Sobre este concreto motivo, la Corte ha precisado “... **que la «participación dentro del proceso» a la que alude la causal invocada, no se dirige a aquella que fue ejercida jurisdiccionalmente, sino a la que fue realizada de manera ajena a esas funciones**, ya que de no ser así se desbordarían las competencias asignadas por el legislador, truncando el correcto transcurrir de la administración de justicia.” (CSJ, AP 7301 de 26 de diciembre de 2014).

Ahora bien, **la participación del conjuéz [...] se dio con ocasión de sus competencias funcionales**, como integrante de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior [...], sin que existan motivos que generen prevenciones en relación con su objetividad e imparcialidad para continuar conociendo del asunto.

La decisión adoptada por esta Corporación, de retrotraer la actuación para que los funcionarios

de primera instancia la restablecieran con sujeción al debido proceso, **no configura la causal de impedimento alegada**, ni respecto del conjuéz [...], ni de quienes venían conociendo del asunto y dictaron el fallo anulado, **porque en esas actuaciones intervinieron en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales**.

Avalar la postura del conjuéz, **a partir de la simple manifestación de haber hecho parte de la Sala de Decisión que emitió la sentencia que fue cobijada por la nulidad, sin que haya exteriorizado razones serias y verificables para la determinación del factor de riesgo frente a su ecuanimidad** “representa ni más ni menos la instauración de una nueva causal, no consagrada en la ley ni querida por el legislador, a partir de la cual el concepto de taxatividad imperante sobre el tópico deriva insustancial.

En conclusión, **la causal de impedimento resulta infundada»**.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

11. INASISTENCIA ALIMENTARIA - CAPACIDAD ECONÓMICA: Demostración, a través de prueba testimonial

La Sala confirmó la sentencia en la que se impuso condena al procesado por primera vez en segunda instancia por el delito de *inasistencia alimentaria agravada*, luego de advertir configurada la sustracción deliberada de la obligación para con su descendiente menor de edad. En tal sentido, remembró que conforme al *principio de libertad probatoria* que rige el *sistema penal acusatorio*, es válida la demostración a través de testimonios -o cualquier otro de los medios legalmente establecidos- de los hechos y circunstancias relevantes de la conducta, entre ellos, la *capacidad económica* del procesado, parámetro en cuya virtud encontró desestimada la justa causa aducida.

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Capacidad económica: demostración, a través de prueba testimonial || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Conciliación:** determina por voluntario acuerdo la forma, plazo y monto || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Elementos:** inexistencia de justa causa que sustente el incumplimiento || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Configuración:** no se justifica por la existencia de otro hijo || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - No se vulnera** || **INDICIO - Apreciación probatoria** || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Configuración:** capacidad económica || **PRUEBA - Libertad probatoria:** debe ejercerse en el marco de los requisitos constitucionales y legales || **TESTIMONIO - Criterios para su apreciación** || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda

SP4093-2020 (58081) 21/10/2020

duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Se configura DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** confirma condena

«En el caso en concreto, para los falladores de instancia ninguna duda surgió en punto de la obligación alimentaria a cargo del acusado y tampoco de su incumplimiento, en tanto la divergencia residió en que mientras para el juez de conocimiento su actuar está cobijado por una justa causa, como es la falta de recursos económicos, para el Tribunal dicha sustracción de su deber carece de justificación.

Del acta de conciliación [...] el juez plural coligió que EHS se comprometió a pagar, a su hija menor de edad S.D.H.D., una cuota mensual de \$90.000, que se incrementaría de conformidad con el IPC, monto que, del año 2014 al 2017, ascendió a \$4.537.287, según constancia de la Comisaría de Familia [...], de los cuales ha pagado solo \$500.000, de acuerdo con lo referido por la testigo YDP.

Ahora, **el elemento “sin justa causa” fue extraído por el Tribunal de los testimonios de YDP y FÁD, madre y abuelo de la víctima,** según los cuales, EHS siempre ha trabajado en el campo de la construcción.

Justamente, la señora YDP, en su **testimonio**, no solo mencionó que el procesado era maestro de construcción durante el tiempo que convivieron, esto es, desde el año 2006 hasta el 2010 aproximadamente, sino que, después de su separación, continuó ejerciendo dicha labor. Sobre el particular, la Fiscal Delegada la interrogó en los siguientes términos:

[...] Contrario al argumento del recurrente, **la Sala advierte que si bien, durante el debate probatorio no se acreditó que EHS tuviera bienes a su nombre**, ni el valor de sus ingresos mensuales, ya que **los testigos de cargo solo hicieron referencia a que durante los años 2014 a 2017 se desempeñó como maestro de construcción, de este último evento**, como lo consideró el Tribunal, **se puede inferir que el implicado a partir de su actividad laboral si tuvo capacidad económica en dicho periodo.**

En decir, **de las declaraciones precitadas de DR y ÁD, emerge de forma clara que el procesado alguna labor ejercía, hecho que excluye la ausencia de una fuente de recursos y el**

intento por justificar la omisión de suministrar alimentos.

De acuerdo a la experiencia, por lo general, quien trabaja como contraprestación de sus servicios recibe un salario o pago. En ese entendido, si la fiscalía acredita que el procesado desempeñaba una actividad productiva, como lo es la construcción, **es dable colegir, que obtuvo recursos económicos** a partir de la misma.

No se trata de suponer o conjeturar, pura y simplemente, o de la nada, en contra del implicado, que él sí tenía recursos para responder por su descendiente; pues, claro está, un razonamiento así, dentro de un proceso penal, conspiraría contra el derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 29 de la Carta Política.

Por el contrario, **de acuerdo a la teoría indiciaria, resulta procedente inferir de forma lógica -a partir de la regla de la experiencia decantada en precedencia- de un hecho probado**, como lo es, **que el acusado durante el tiempo que vivió en Aipe (Huila) laboró como maestro de construcción**, según el relato claro, contundente y coherente de la denunciante y del señor FÁD, al punto que afirmaron haberlo visto en diversas oportunidades trabajando en casas y en un colegio, **que HS tenía capacidad económica.**

En el sistema procesal penal adoptado con la Ley 906 de 2004, impera el método de la sana crítica para la apreciación aislada y conjunta de las pruebas practicadas en el juicio oral; por ello, en principio, no existe una tarifa legal probatoria; sino que, por el contrario, en virtud del principio de **libertad probatoria** (artículo 373), los hechos y circunstancias para la solución correcta del caso, se podrán acreditar por cualquiera de los medios establecidos en dicho Código o por otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

A ese fin, **son válidos los testimonios, de los que se puede inferir en sana crítica**, como en el presente asunto, **que el implicado**, padre biológico del menor S.D.H.D., **decidió desentenderse de su obligación alimentaria, pese a tener recursos económicos para su cumplimiento.**

Por tanto, que no se hayan allegado al proceso documentos relacionados con contratos laborales por él celebrados o constancias de los ingresos obtenidos por su actividad laboral en la

construcción, y que los testigos no tengan conocimiento de ello, no desvirtúa el hecho probado del desempeño de HS en ese oficio.

Como no se discute que EHS efectivamente laboraba en el campo de la construcción, las pruebas analizadas conjuntamente permiten deducir que el procesado sí ha tenido trabajo y, por tanto, que ha derivado recursos económicos a partir de su actividad laboral; de modo que, si hubiese mostrado interés en ello, estaba en capacidad de cumplir, así fuera con aportes modestos, el compromiso alimentario respecto de su hija S.D.H.D.

Además, la defensa no postuló críticas contra las versiones de YDP y FÁD a través de alguno de los factores a que alude el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, al establecer las **reglas para la apreciación del testimonio**; entre ellas, percepción, memoria, objeto percibido, sanidad de los sentidos; circunstancias de tiempo, modo y lugar de la percepción; etc., quienes incluso, aludieron a la buena condición física y de salud del procesado para ejercer su labor como maestro de construcción.

De suerte que, no habiéndose cuestionado que el acusado incumplió su obligación de suministrarle alimentos a su hija menor de edad, por cuanto lo hizo de forma insuficiente e incompleta, y habiéndose establecido que aquél sí tenía capacidad económica, es inobjetable que le asiste responsabilidad penal por inasistencia alimentaria.

Así, los reproches del impugnante relacionados con que no se probó la situación laboral “actual” del implicado resultan del todo irrelevantes, pues los hechos por los que fue acusado se contraen al periodo comprendido entre junio de 2014 y agosto de 2018.

Además, el Tribunal ante la ausencia de prueba que acreditara la labor desempeñada por el procesado durante el año 2018, pues la denunciante afirmó desconocer la misma, ya que a inicios de esa anualidad HS trasladó su residencia al municipio de Cartagena del Chairá (Caquetá), resolvió confirmar la absolución emitida a su favor en primera instancia, pero únicamente respecto de ese periodo (de enero a agosto de 2018).

La Sala enfatiza en que **la acreditación de la ausencia de una justificación en la sustracción de la obligación alimentaria que le asiste al implicado, encontró sustento**

probatorio en los testimonios de YDP y FÁD. Por ende, que el juez de primer grado haya excluido el informe de arraigo que la fiscalía pretendió incorporar al proceso con el testimonio del subintendente RAR, al considerar que algunos de sus apartes vulneraban el derecho a la no autoincriminación que le asiste a HS, no tiene incidencia alguna en la declaratoria de responsabilidad penal dictada en su contra, como de forma errada pretende hacerlo ver el recurrente.

Incluso, que EHS tenga más hijos no constituye una justa causa para que incumpla sus obligaciones filiales con la menor S.D.H.D., pues no se aportó evidencias o elementos materiales en virtud de los cuales se demostrara que dicha situación le impidió pagar la cuota pactada con la denunciante. No pasó de ser un simple enunciado del censor, como si ello fuera suficiente para justificar su incumplimiento, mientras tuvo medios económicos para hacerlo.

Las críticas del recurrente, frente a las pruebas de cargo, no tienen aptitud para desvirtuar la responsabilidad del implicado, pues la fuerza de convicción de estas, no se neutraliza con planteamientos hipotéticos huérfanos de verificación, sino con otros medios de probatorios consistentes auspiciados por la defensa, hasta lograr un verdadero contrapeso.

En este orden, **se demostró que el procesado contaba con las posibilidades de cumplir con la obligación alimentaria**, respecto de la cual, ni siquiera desplegó alguna acción para intentar, por lo menos, modificar el acuerdo conciliatorio.

Entonces, acreditada la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de su conducta en el art. 233 del Código Penal, y habiéndose afirmado por las instancias la antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento, sin que la Sala halle reparo alguno al respecto, es claro que **el acusado debe ser condenado como autor de la conducta punible de inasistencia alimentaria agravada**.

Por lo expuesto, garantizada la doble conformidad, la Sala confirmará la sentencia impugnada, en la medida en que fue establecido más allá de toda duda la materialidad del delito de inasistencia alimentaria agravada y el compromiso penal de EHS en el mismo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

12. LEGÍTIMA DEFENSA - NO SE CONFIGURA

Evento en que el sujeto activo causó lesiones a la víctima cuando se encontraba dormida

Al desatar la *impugnación especial* en garantía de la *doble conformidad judicial*, la Sala decidió ratificar el fallo condenatorio emitido por primera vez en *segunda instancia*, tras encontrar acreditado que la procesada incurrió en el delito de *Homicidio Agravado Tentado*. La Corporación tuvo oportunidad de recordar los elementos y requisitos de la causal de ausencia de responsabilidad referida a la *legítima defensa*, descartando la hipótesis defensiva sobre su concurrencia al caso, en tanto que la acusada no estuvo enfrentada a una *agresión injusta, actual e inminente*, sino que de forma inicial procedió a causar lesiones al sujeto pasivo cuando se encontraba durmiendo.

SP4289-2020 (55906) del 4/11/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEGÍTIMA DEFENSA – Concepto: constituye una causal de ausencia de responsabilidad porque justifica el actuar típico || **LEGÍTIMA DEFENSA Requisitos para su reconocimiento || LEGÍTIMA DEFENSA – Elementos || LEGÍTIMA DEFENSA – Elementos:** que haya una agresión ilegítima || **LEGÍTIMA DEFENSA – Elementos:** que la agresión sea actual o inminente || **LEGÍTIMA DEFENSA – Elementos:** que la defensa resulte necesaria || **LEGÍTIMA DEFENSA – Elementos:** que la defensa sea proporcional || **LEGÍTIMA DEFENSA – Elementos:** que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada || **LEGÍTIMA DEFENSA - No se configura:** evento en que el sujeto activo causó lesiones a la víctima cuando se encontraba dormida || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Se configura || TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** para determinar la credibilidad del relato de la víctima || **HOMICIDIO AGRAVADO - Tentado:** se configura, evento en que el sujeto activo obró bajo un móvil pasional derivado de celos || **HOMICIDIO AGRAVADO - Tentado:** se

configura, evento en que el sujeto activo causó lesiones a la víctima cuando se encontraba dormida || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** confirma condena

«... el escenario de una defensa legítima planteado por el impugnante con base en el testimonio de su representada, **no cuenta con las bases probatorias indispensables.**

La legítima defensa es una causal de ausencia de responsabilidad porque justifica el actuar típico. En efecto, el numeral 6° del artículo 32 del C.P. dispone que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando «se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión». **Requiere, por tanto, para su configuración, que en el proceso se encuentre acreditada la concurrencia de los siguientes elementos:**

a). Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual [patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal].

b). Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.

c). Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice.

d) Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión.

e) Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que, de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado.

En el caso juzgado, se reitera, **la inicial causación de lesiones por la acusada cuando la víctima se encontraba dormida excluye el requisito primigenio de una legítima defensa, que es el de sufrir una «agresión ilegítima» actual o inminente.** De todas maneras, aun cuando, en gracia de discusión, se admitiera la versión de la acusada según la cual agredió a su compañero cuando este la sujetaba con fuerza por el cuello, ni siquiera en su testimonio -ni en las restantes pruebas- se reúne la totalidad de

elementos que permiten configurar una legítima defensa, por lo menos no los señalados antes en los literales c) y d).

Si, según el dicho de la procesada, la única razón del forcejeo y de la posterior agresión de su pareja fue la negativa de entregarle su teléfono móvil, tal violencia habría cesado satisfaciendo la pretensión de su agresor o, en el peor de los casos, con la primera puñalada que causó a este una gravísima herida; de ahí que, por lo menos, la lesión en la mano del joven y demás intentos de causar con el cuchillo más daños a su integridad física -por lo menos 4 reconocidos por la mujer- no iban dirigidos a evitar que la agresión se produjese, sencillamente, porque esta ya había cesado.

Y, de otra parte, **la supuesta defensa no fue proporcional** porque la acusada era agarrada por el cuello, de forma tal que sus manos estaban libres para intentar soltarse o dar golpes con los puños, inclusive tomar el cuchillo para rasgar la piel de su contendiente o herirlo en una parte del cuerpo que, en principio, no pudiera comprometer órganos vitales; por ejemplo, en sus brazos, manos o piernas. Sin embargo, la acusada reconoce que su primera acción fue dirigir una puñalada al abdomen, sin que refiriera intentos previos para conjurar la acción violenta o la razón por la que no agotó alguno de ellos sino el más gravoso.

A más de lo anterior, el abandono del lugar de los hechos, que era su propia vivienda, y la negativa a prestar auxilio a su compañero sentimental cuando ya había cesado la supuesta agresión por encontrarse este mal herido y sangrando; es una actuación posterior que se compagina más con un **propósito de causar la muerte**, que con el de defenderse de una agresión en todo caso ya inexistente. En el proceso no se incorporó evidencia de que la acusada diera aviso telefónico a las autoridades de los hechos ni tampoco que requiriera los servicios de salud, siendo que estas omisiones, fácil era prever, podían haber derivado en la muerte del herido.

[...] A más de todo lo anterior, **existía un móvil pasional en la procesada para causar un grave daño a su pareja estructurado por los celos**, la comprobación de infidelidades y el deseo de este de acabar con la relación.

[...] Así las cosas, **la motivación pasional de la acusada y los actos previos que impulsado por esta había realizado** (escena de celos desde horas de la tarde, planeación y ejecución de búsqueda de información, y la comprobación de que había un vínculo amoroso con la mujer con quien antes lo había visto), **refuerza la tesis de una agresión iniciada por aquélla para atentar contra la vida de su novio, no para defenderse de este.**

[...] Los anteriores razonamientos descartan que las lesiones ocasionadas hayan tenido lugar en el marco de una riña o confrontación previa de la pareja y, también, la hipótesis de que la acusada tuvo que acudir a las conductas violentas para defenderse de un ataque de su compañero. Además, la alegación consistente en que el testimonio incriminatorio del lesionado constituye una retaliación promovida por sus padres por el desacuerdo con la relación que con aquélla mantuvo, no se sustenta en ninguna de las pruebas practicadas ni desvirtúa los hechos probados.

[..] Ningún error cometió la sentencia de segunda instancia en la valoración probatoria que fundamentó la decisión condenatoria; por el contrario, se advierte acertada y legal porque **las pruebas allegadas demuestran más allá de toda duda la responsabilidad de AMZO en la ejecución tentada de un homicidio agravado**, sin que los argumentos de impugnación logren desvirtuar esa corrección.»

(Texto resaltado por la Relatoría)

13. PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - TIPICIDAD SUBJETIVA:

Interpretación de la frase, para uso personal

La Sala decidió no casar la sentencia condenatoria impugnada, referida al delito de *Pornografía con personas menores de 18 años*, para cuyo efecto consideró necesario efectuar un ajuste a la interpretación realizada en sentencia del 24 de octubre de 2019, radicado 47234, en el sentido de precisar que aunque esta conducta se encuentra dentro del título relativo a los comportamientos contra la *explotación sexual*, ello no implica que resulte atípica cuando no incorpora tal idea como propósito del sujeto activo, dado que también contempla la finalidad de “uso personal”. De este modo, encontró que en el caso examinado sí se configuró el proceder ilícito, en tanto que el procesado poseía las fotografías con el propósito de transmitir las, luego de obtenerlas mediante la modalidad de engaño (*grooming*), que anula el consentimiento de la víctima menor de edad.

SP4235-2020 (51626) del 4/11/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONDUCTA PUNIBLE - Tipicidad subjetiva: dolo, concepto || **CONDUCTA PUNIBLE - Tipicidad subjetiva:** móvil, concepto || **CONDUCTA PUNIBLE - Tipicidad subjetiva:** dolo, es diferente al móvil || **CONDUCTA PUNIBLE - Tipicidad subjetiva:** móvil, mientras no se incorpore al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador || **FALSO RACIOCINIO - No se configura**

«[...] el defensor sostiene que de haber apreciado los fragmentos de las declaraciones de AQP y LLP, en los que hablan de la preocupación del acusado por el proceder de la menor, el ánimo de venganza desaparece, dando a entender que por esa razón la conducta es atípica.

Es cierto que las testigos dijeron que el acusado les expresó esa inquietud. Pero esa manifestación no tiene los alcances que se insinúa. Por el contrario, desde el punto de vista probatorio ese presunto desvelo emerge como una treta para

ocultar la procedencia de las fotografías, pues no podía informar a la familia que creó el perfil para aparentar ser otro, ante quien AQM sucumbió para mostrarle su cuerpo como él quería.

Dogmáticamente esa falsa preocupación tampoco tiene los efectos que reclama.

Hay que distinguir: **el dolo implica el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y voluntad de realización** (artículo 22 del Código Penal). **El móvil es el motivo que induce a alguien a ejecutar u omitir una conducta. El dolo no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es mediato, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador**, sin perjuicio de los efectos que produzca a través de las circunstancias modificativas concretas que pudieran operar. Así ocurre, por ejemplo, con el delito de homicidio cuando se comete por motivo abyecto o fútil (artículo 104 numeral 4 del Código Penal), o incluso exculpatorio, ante la necesidad de salvar un derecho propio o ajeno ante un peligro inminente (numeral 6 del artículo 32 ibídem).

De manera que en este caso los rendimientos del supuesto móvil altruista con que habría actuado AEGR, carecen de las bondades dogmáticas que el recurrente les atribuye.

Los cargos por errores en la apreciación de la prueba, entonces, **no prosperan**.

Fijada en esos términos la solución al tema planteado por el demandante, la discusión estaría saldada, según lo sugieren el Ministerio Público y el fiscal».

PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Derecho comparado || PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Ingrediente normativo: representaciones reales de actividad sexual, alcance || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Ingrediente normativo:** representación sexual, diferente a acción sexual

«El delito de pornografía con personas menores de 18 años, por el cual fue condenado el acusado, lo describe el artículo 218 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, en los siguientes términos:

“El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que

involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.”

La Sala ha interpretado el tipo penal en mención en dos decisiones hito.

En la primera, que corresponde a la SP del 7 de abril de 2018, Radicado 45868, lo hizo con el fin de explicar el alcance del elemento normativo **“representaciones reales de actividad sexual”** empleado en la redacción del tipo penal, pues antes de la Ley 1336 de 2009, la norma señalaba que incurre en el delito de pornografía con menor de 18 años, quien “fotografie, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico”.

Sobre el particular, mayoritariamente la Sala expresó:

“La reforma del artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, amplió el número de conductas, pues a las tradicionales de fotografiar, filmar, vender, exhibir, el legislador agregó las de grabar, producir, divulgar, ofrecer, poseer, portar, almacenar, transmitir, exhibir e intercambiar.

De igual modo, el componente de material pornográfico pasó a denominarlo representaciones reales de actividad sexual, y precisó que la iconografía ilegal puede estar destinada al uso personal del agente o al intercambio que efectúe con otras personas.”

En ese marco conceptual, después de una amplia referencia a conceptos de expertos sobre la materia y al derecho convencional, la Corte concluyó que:

“... el ingrediente normativo de las representaciones reales de actividad sexual con personas menores de 18 años, alude a la iconografía en la que participan seres humanos con edad inferior a la señalada, desarrollando conductas sexuales explícitas tendientes a producir excitación sexual.”

Teniendo en cuenta lo anterior, si los elementos o ingredientes normativos son presupuestos del injusto que sólo pueden ser determinados

mediante una especial valoración de la situación de hecho, “la representación real de actividad sexual” no puede examinarse únicamente a partir del dato objetivo constituido por la fotografía y al margen de la finalidad de la conducta, pues ello puede llevar a no muy aconsejables conclusiones, que muchas veces dependen de juicios meramente subjetivos, personales, o incluso de las actitudes morales de quien las analiza, siendo que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, “la interpretación de las normas jurídicas que regulan conductas sexuales, debe poder ligarse a un criterio común y mayoritariamente aceptado, que impida a toda costa que el alcance y la consecuencia de su aplicación derive de las creencias morales personales e íntimas del intérprete de turno.

Apreciada la conducta desde esta perspectiva, es claro que el acusado requería las fotografías para impactar a la familia y dejar en evidencia a la niña. Para conseguir esos fines la imagen de su cuerpo desnudo no era suficiente. Eso explica que la menor apareciera con sus piernas abiertas y mostrando su sexo, una imagen que no se limita a exhibir su cuerpo al margen de lo que constituye o se entiende por representación sexual explícita.

Así que, este aspecto relacionado con la **objetividad de la conducta**, está en el ámbito de la concepción asumida por la Sala».

JURISPRUDENCIA - Precedente: la Sala ajusta los alcances de uno anterior, referido a los delitos sexuales que involucran la explotación || **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES - De la explotación sexual:** la afectación al bien jurídico dependerá de la constatación del contexto de explotación, ajustes de la interpretación cuando la conducta se realiza para su propio uso || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Evolución legislativa || PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Consumación:** requisitos || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Bien jurídico || PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Verbos rectores || PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Tipicidad subjetiva:** interpretación de la frase, para uso personal || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Tipicidad subjetiva:** se configura, así la

conducta no incorpore la idea de explotación sexual como propósito final || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - No se configura:** cuando se portan fotografías que son el producto voluntario de una persona mayor de 14 años pero menor de edad, así registren actividades reales de representación sexual || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Tipicidad subjetiva:** el consentimiento del sujeto pasivo vuelve atípica la conducta cuando es mayor de 14 y menor de 18 años, siempre que el sujeto activo no pretenda su explotación, o la conducta sea producto de la violencia, el abuso o el engaño || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Tipicidad subjetiva:** se configura, evento en que el sujeto activo posea las fotografías con el fin de transmitir las || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Se configura:** cuando las fotos se obtienen como producto del engaño a través de redes sociales (grooming), que anula el consentimiento aun tratándose de personas con capacidad de consentir

«En la segunda providencia, esto es, la **SP del 24 de octubre de 2019, radicado 47234**, mayoritariamente la Sala explicó el alcance y sentido del artículo 218 del Código Penal. Señaló que las conductas allí descritas son típicas a condición de que se realicen en **“un trasfondo de explotación sexual.”**»

Al respecto, expresó:

“El problema se presenta, aparte del tipo del artículo 219-A del Código Penal, con los de los artículos 217-A (demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18- años de edad) y 218 (pornografía con menores de dieciocho -18- años) de la Ley 599 de 2000. Por ejemplo, el bachiller que conserva en su móvil, para su satisfacción privada y personal, las fotos con desnudos y actos de masturbación que su novia de diecisiete (17) años le envió por Whatsapp. Sin la lectura restringida que para este Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial aquí se propone, el agente realizaría el artículo 218 de la Ley 599 de 2000. Su acción, sin embargo, es parte de la intimidad que tiene con su pareja y sería fruto en ambos de la libertad sexual constitucionalmente reconocida.

Similares argumentos a los ya analizados para el tipo del artículo 219-A del Código Penal son también aplicables a los tipos del 217-A y 218, a saber: (a) cuentan con el fin expreso por parte del

legislador de combatir la explotación y el turismo sexual, (b) están localizados en el capítulo de la “explotación sexual” (c) son producto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para luchar contra la delincuencia organizada dedicadas a la pornografía ilícita y la prostitución infantil, y (d) una interpretación no restringida puede llevar a la sanción de comportamientos que ya están previstos en el Código Penal con una pena menor o que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.”

Es necesario el siguiente ajuste a la interpretación realizada por la Corte en la sentencia indicada:

(i). La ley 599 de 2000 inicialmente describía el delito de “pornografía con menores” así:

“El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez a catorce años y multa de ciento treinta y tres a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Se subraya)

La tipicidad estaba vinculada a la finalidad comercial y en cuanto al ámbito de protección por la edad, hablaba genéricamente de menores.

(ii). La Ley 1236 de 2008 incrementó las penas, pero no modificó la estructura del tipo penal. En las discusiones legislativas se expresó lo siguiente:

“Frente al drama que vive la sociedad por la victimización de los menores, las argumentaciones de la solución penal como última ratio, deben ceder. Hay que hacer algo y si bien es cierto no somos partidarios de la pena de muerte, ni la cadena perpetua ni otras “soluciones límite”, patrocinaremos la idea de imponer penas más severas que eviten de por sí beneficios y rebajas que hoy día están dejando a los abusadores, en muy poco tiempo, reacomodados en sus residencias sin recibir un castigo ejemplar que sirva de defensa a la sociedad y de ejemplo disuasivo a potenciales criminales.”

(iii). En los antecedentes legislativos de la Ley 1336 de 2009, mediante la cual se adiciona la Ley 679 de 2001, no se encuentra una razón explícita acerca de la configuración del nuevo artículo 218 del Código Penal. Sobre su modificación, a iniciativa del Senado, se sostuvo:

“En la Cámara de representantes se sugirió tener en cuenta la redacción del delito de pornografía que se hace en el Proyecto de ley número 181 de 2007 Senado, se propone armonizar ambas redacciones para complementar los verbos rectores y cumplir con una de las obligaciones del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez, ratificado por Colombia en el año 2002.”

Por su parte, en el proyecto de ley 181 de 2007, que dio origen a la Ley 1329 de 2009, se especificó:

“Los Estados se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”, para lo cual deberán adoptarse medidas de carácter nacional, bilateral multilateral para impedir: “a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

A partir de ese derrotero, respecto del delito de pornografía infantil se explicó:

“El delito de pornografía infantil sanciona únicamente el acto de fotografiar o filmar material pornográfico que involucre niños, niñas o adolescentes. La norma penal no sanciona otras conductas de igual gravedad como lo es la posesión o tenencia.

Es imperativo establecer tal y como se propone en el presente proyecto de ley sancionar otras conductas que contribuyen a la cadena del delito de pornografía infantil, considerando que este tipo penal no se inicia ni termina con la filmación o compra venta de material pornográfico donde intervienen menores de 18 años, sino atraviesa otros procesos como son la distribución, divulgación o la posesión de este material.

Por lo anterior se incluye dentro de la propuesta la modificación a los artículos 218 y 219 A del Código Penal para tipificar nuevos verbos rectores en las conductas punibles de pornografía infantil y contrarrestar estas nuevas modalidades de explotación sexual infantil.”

En ese propósito se incluyó un mayor número de conductas. En principio no tantas como las que finalmente se incluyeron en la Ley 1336 de 2009. En el proyecto inicial se propuso la siguiente descripción:

Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.”

En cambio, el texto final del actual artículo 218 quedó así:

“El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.”

(iv). Los textos hacen parte de proyectos de ley diferentes. Pero la Ley 1336 de 2009 tomó del que se convertiría en Ley 1326 lo esencial en cuanto a la propuesta de modificación del artículo 218 del Código Penal.

Con esa aclaración se puede precisar lo siguiente:

El proyecto inicial de modificación del artículo 218 del Código Penal incluyó las conductas de “grabar, producir, poseer, portar, almacenar y transmitir representaciones reales de actividad sexual”, **pero no la expresión para “uso personal o intercambio”**, como quedó en el texto finalmente aprobado mediante la Ley 1336 de 2009.

Ese agregado es sustancial. Aunque el proyecto 181 de 2007 que dio origen a la Ley 1229 de 2009, **tuvo como finalidad principal enfrentar la explotación infantil, la frase “para uso personal”** que se incluyó finalmente en la Ley 1336 de 2009, **matiza esa finalidad**. Con esa frase, **la redacción no excluye la posibilidad de interpretar el tipo penal a partir de conceptos distintos al de explotación sexual, como la violencia o el abuso**, modalidad que también preocupa a las Naciones (artículo 34 de la

Convención Internacional de Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 16 de 1991).

De manera que **no porque el tipo penal de pornografía haga parte del capítulo cuarto del Título IV que trata de la “explotación sexual”, eso significa que dicha conducta sea atípica si no incorpora la idea de explotación sexual como propósito final.** Desde luego que la mayoría de conductas descritas en el artículo 218 del Código Penal tienen que ver con la explotación sexual y el uso comercial de la pornografía -principal razón de ser de la inclusión de esta conducta en el capítulo de la explotación sexual—, **pero eso no limita otras lecturas posibles a partir de la expresión para su propio uso**, frase que complica el ensayo de reducir el desvalor de la conducta exclusivamente a la finalidad, dejando de lado modalidades ofensivas de la conducta.

(v). En la providencia SP del 24 de octubre de 2019, radicado 47234, se puso de presente la preocupación frente a conductas que no involucran la explotación sexual. Entre ellas destacó la del novio que conserva imágenes representativas de actividad sexual de su pareja menor de edad -mayor de 14 y menor de 18 años—, ejemplo a partir del cual mostró la contradicción existente entre sancionar este tipo de conductas, y permitir las relaciones sexuales con menores de esa edad.

La contradicción desde el punto de vista meramente objetivo es evidente. Cómo es posible sancionar a la persona que fotografía a la novia en poses explícitas de actividad sexual, por conservarlas o guardarlas, pero a su vez se le autoriza a sostener relaciones sexuales con ella.

La Sala encontró que eso solo era posible si se analiza el artículo 218 del Código Penal por fuera de la **explotación sexual como finalidad, frase que incorporó al tipo penal a la manera de ingrediente subjetivo.**

Esa es una opción, pero no la única.

Cuando las fotografías son el producto voluntario de una persona mayor de 14 años pero menor de edad -así registren actividades reales de representación sexual—, su porte no es típico del delito de pornografía con menor

de 18 años, pues ello encarnaría el contrasentido que al menor entre esas edades se le permite disponer de su sexualidad en el marco de su autonomía ética, pero no tomarse fotografías con el novio.

En efecto, si bien el programa penal de los delitos sexuales supone la presunción de que el consentimiento no tiene incidencia en los casos de acceso y actos sexuales abusivos con menores de 14 años, (artículos 208 y 209 del Código Penal), **esa misma reflexión no procede en los casos en que el mayor de 14 años y menor de 18 presta su consentimiento**, por la libertad sexual que se le reconoce en esa materia al menor entre esas edades, siempre que no se pretenda su explotación, o la conducta sea producto de la violencia, el abuso o el engaño.

En ese margen, a la Sala no le preocupa la conducta que se juzga, pues es evidente que **AEGR llevó a la menor a enviarle fotografías contentivas de representaciones explícitas de actividad sexual, con el fin de utilizarlas para dejar en entredicho su comportamiento. No importa que los destinatarios hayan sido miembros de su núcleo familiar, sino la finalidad: poseerlas con el fin de transmitir las.** Con ello se afecta, en este caso, por la edad, su formación sexual y su dignidad, al instrumentarla como objeto y no como sujeto, pues **la conducta**, aparte de tratarse de una menor menor de 14 años, **fue el producto del engaño a través de redes sociales (grooming), que anula el consentimiento aún tratándose de personas con capacidad de consentir.**

Con esas precisiones, entonces, la Corte **no casará la sentencia objeto de impugnación».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

14. POSICIÓN DE GARANTE - MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA:
La protección del bien jurídico debe ser concreta

Al decidir no casar el fallo absolutorio impugnado, la Sala tuvo ocasión de precisar que la *posición de garantía* predicable de los miembros de la Fuerza Pública y que es exigible para la imputación de un delito de *comisión por omisión*, es distinta a aquella derivada de los deberes constitucionales abstractos de protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. A este respecto, la Corporación encontró necesario recordar que en estos eventos la protección del *bien jurídico* debe ser *concreta*.

SP2848-2020 (53872) del 05/08/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: no se configura || **HOMICIDIO - Agravado:** atribuido a título de comisión por omisión, no se configura || **POSICIÓN DE GARANTE - Miembros de la Fuerza Pública:** la que es exigida para la imputación de comisión por omisión, es diferente a los deberes constitucionales de protección abstracta de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades || **POSICIÓN DE GARANTE - Miembros de la Fuerza Pública:** la protección del bien jurídico debe ser concreta || **POSICIÓN DE GARANTE - Miembros de la Fuerza Pública:** no se configura, evento en que el mandato de carácter genérico, no implicaba el control efectivo y mando sobre los integrantes de la compañía

«La acusación a las instancias de haber cercenado la prueba testimonial mencionada en el libelo, carece de sustento en tanto que confrontado lo dicho en la sentencia por los jueces con su literalidad, revela la inexistencia del reproche que obedece a una visión jurídica amplia del casacionista acerca de la posición de garantía, ajena al error probatorio alegado en la censura.

En efecto, la lectura de ambos fallos que constituyen una unidad jurídica inescindible por su identidad de sentido, deja entrever que las declaraciones en su contenido no fueron mutiladas como lo sostiene el recurrente.

A su juicio, la prueba enseña que el acusado LBRD, en su condición de suboficial de servicio tenía la posición de garante, toda vez que legal y constitucionalmente estaba obligado a proteger el derecho a la vida del soldado regular SCR, en razón de su situación de vulnerabilidad conocida por los integrantes de la unidad militar a la que pertenecía.

Cita en su respaldo las declaraciones del sargento JACP, el mayor YH, teniente GRR y la indagatoria del acusado, que mostrarían a éste fungiendo el 13 de agosto de 2005 como suboficial de servicio en el batallón [...].

En la sentencia no se desconoce la función prestada ese día por el acusado, en la medida que el Tribunal señaló que *“durante las 24 horas que el Sargento Viceprimero RD estuvo como suboficial de servicio en el batallón [...], esto es, desde las 7 a.m. del sábado 13 y las 7 a.m. del domingo 14 de agosto de 2005”*, luego la circunstancia que no mencionara expresamente a los testigos citados, no enseña el falseamiento de la prueba testimonial citada.

Y en relación con las funciones del suboficial de servicio, a las cuales se refirieron los militares GRR y YHT, según el casacionista, el ad quem con fundamento en lo dicho por el primero, agregó que las mismas no representaban *“para el asignado más que el control del personal para el buen desempeño de la unidad en lo que a la ingesta de alimentos del personal se refiere; al aseo de las instalaciones; al conteo del armamento; la recogida de los soldados y la verificación de que ninguno falta para adoptar las medidas pertinentes en caso de una novedad”*.

Que no mencionara a HT al resumir tales funciones, ninguna incidencia tiene en el fallo las precisiones de éste, vinculadas con que el suboficial de servicio debía estar atento a los servicios de centinela, la diana y acatar la orden impartida de que todo soldado que saliera a la calle debía hacerlo con boleta firmada por el comandante de la compañía, el suboficial de servicio y el visto bueno del ejecutivo del batallón, ya que de las pruebas practicadas surge claro que la víctima y victimarios salieron de las instalaciones de la unidad militar de forma clandestina, en cuanto en los libros de registro de guardia no quedó constancia de ella.

Ahora bien, que solo hasta la mañana siguiente al realizar la formación del personal se percatara que el soldado SCR faltaba, **no es suficiente para atribuirle su muerte por comisión por omisión** ni tampoco por las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, de las cuales dan cuenta el oficial GR, el investigador del CTI JMZ, ni por sus repetidas evasiones de la guarnición

militar, según lo revelado por el sargento CP y los coacusados GHCG y JAÁR.

Situación de vulnerabilidad que no fue omitida, contrario a lo sostenido por el impugnante, toda vez que el a quo fue claro en advertir que “de tiempo atrás existía para éste [CR] la prohibición de salir de la guarnición militar, porque había un riesgo” para su vida, en condición de testigo en la investigación de la muerte de un funcionario del CTI y por haber sufrido un atentado.

Adicionalmente, el Tribunal advirtió que el soldado “no acató las reglas de conducta de la institución que originan el deber de protegerlo”, “ignoró el aval que para el efecto debía imprimir el suboficial de servicios, el Sargento RD”, “burló los protocolos dispuestos por el ejército respecto de las salidas de la Unidad”, por lo cual señaló que “no hay forma de cargar esa omisión al agente cuando el afectado proactivamente, con plena voluntad, decidió salir del batallón”.

De modo que aunque la prueba muestre que el implicado el día de los hechos era el “suboficial de servicio” de la compañía ASPC a la cual pertenecía CR, y que en razón de sus funciones tenía el deber de protegerlo conforme lo afirma el recurrente, es otorgarle a la **posición de garantía** un alcance que no corresponde con las exigencias del artículo 25 del Código Penal.

En este sentido, las instancias con sustento en la prueba concluyeron que el deber concreto de protección de la vida del soldado regular SCR, estaba asignado a otra persona y no al acusado, no solo porque no existe la mínima evidencia que lo comprometa en su muerte, sino porque sus obligaciones eran de otro talante.

El juez de primera instancia, apoyado en las notas del batallón incorporadas a la actuación y en la versión del suboficial CP, explicó “que C el 13 de agosto de 2005 ya había sido puesto bajo el cuidado o custodia del sargento C como quedó evidenciado en los libros de suboficial de administración y de detenidos, por lo tanto, quien tenía el deber y fungía como garante del occiso era JACP”.

Por su parte, el Tribunal explicó que “a pesar de que el Estado asume una responsabilidad frente al ciudadano enrolado en las filas del ejército y la institución misma debe velar por la integridad de todos sus miembros, no es posible sancionar al

procesado por la particular condición de que obró como suboficial de servicios el fin de semana cuando se produjo el deceso del soldado CR. Recuérdese que la carga de trabajo adicional para el sargento RD en esa ocasión no representaba la vigilancia personal y específica del afectado.”.

La prueba no es ilustrativa ni demostrativa de que el inculpado tuviera a su cargo la protección en concreto del bien jurídico de la vida del soldado regular SCR, ni que se le hubiera encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, pues en vez de mostrar que de la supuestamente falseada emergencia tal posición, limita el discurso a insistir en que debido a la función que cumplía el día en que aquel fue muerto, debe responder por omisión.

Por lo demás, **es pertinente recordar que la protección abstracta de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades que a las autoridades de la República les asigna el artículo 2 de la Carta Política, no puede ser confundida con la exigida en el 25 de la Ley 599 de 2000, para atribuirle al servidor público la comisión de un delito por omisión.**

Igualmente, en su artículo 6 la misma Carta hace responsables a los servidores públicos no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación de sus funciones. Si bien, ambos preceptos, se ha dicho, son fundantes de la posición de garante, **es evidente que la protección del bien jurídico debe ser concreta y no abstracta.**

Luego **si la prueba no permite inferir y concluir que aquél tenía el deber jurídico de evitar el resultado típico, no puede equivocadamente atribuirse con fundamento en la citada disposición penal responsabilidad al acusado.**

El casacionista pasó por alto que fueron otros militares confesos del batallón, quienes acordaron darle muerte a SCR, y los oficiales HT y CG los encargados de coordinar lo necesario para que el vehículo saliera de la unidad castrense sin dejar registro de ella, mientras el comandante de guardia no lo informó al suboficial de servicio.

Las funciones atribuidas al suboficial de servicio, según las cuales quedaba “a cargo del personal de la compañía”, **no son suficientes para**

establecer que en el ámbito de su competencia institucional **tenía la protección concreta** de la vida de CR, y por esa vía, el resultado era evitable y cognoscible.

Ese mandato de carácter genérico, no implicaba el control efectivo y mando sobre los integrantes de la compañía ASPC sino la asunción de labores para el mantenimiento logístico, la disciplina interna y la seguridad de la unidad militar, **de modo que a su cargo**

escapaba la protección concreta del bien jurídico vulnerado, conforme con razón lo definieron las instancias con fundamento en la prueba que el libelista echa de menos.

La censura no prospera».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

15. PRESCRIPCIÓN - TÉRMINO A TENER EN CUENTA: A PARTIR DE LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

El nuevo término inicia su recorrido en el tiempo el mismo día en que se formula y no desde el siguiente

La Sala casó de oficio la sentencia del Tribunal y dispuso la *preclusión* de la actuación derivada de la *prescripción*, al determinar que fue proferida cuando la acción penal no se encontraba vigente, en tanto que feneció el día anterior a la emisión del citado pronunciamiento. La Corporación encontró relevante explicar, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento y la aplicación del *principio de integración* con las normas del *Código General del Proceso*, que a partir de la imputación el nuevo término prescriptivo inicia su recorrido en el tiempo el mismo día en que se formula y no desde el siguiente, como equivocadamente lo entendió el Juez colegiado de segunda instancia.

SP3468-2020 (56013) del 16/09/2020

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INVASIÓN DE ÁREAS DE ESPECIAL IMPORTANCIA ECOLÓGICA - Elementos: verbo rector, invadir || **INVASIÓN DE ÁREAS DE**

ESPECIAL IMPORTANCIA ECOLÓGICA - Agravado: dosificación punitiva || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta:** a partir de la formulación de imputación, el nuevo término inicia su recorrido en el tiempo el mismo día en que se formula y no desde el siguiente || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta:** a partir de la formulación de imputación, día hasta el cual se vence el plazo || **ACCIÓN PENAL - Vigencia:** evento en que se mantuvo hasta el día anterior a la consolidación de la prescripción || **ACCIÓN PENAL - Vigencia:** evento en que se mantuvo hasta el día anterior al proferimiento del fallo de segunda instancia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prescripción:** interrupción del término || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **LEY - Interpretación:** criterios, exegético || **PRESCRIPCIÓN - Concepto** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de integración:** aplicación de las normas del Código General del Proceso || **PRESCRIPCIÓN - Cuando se presenta antes de proferirse sentencia de segundo grado** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prescripción de la acción penal** || **PRESCRIPCIÓN - Se configura** || **PRESCRIPCIÓN - Invasión de áreas de especial importancia ecológica**

«Como se extrae de los antecedentes procesales, **la audiencia de formulación de imputación se realizó el día** veintiuno (21) de mayo de dos mil trece (2013), diligencia en la que se atribuyó el delito de **invasión de áreas de especial importancia ecológica bajo la modalidad de “invadir”**, consagrado en el artículo 337 del Código Penal, que tiene señalada pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

El artículo 337 del Código Penal además de la conducta básica, tiene 2 circunstancias de agravación punitiva. La primera, aumenta la pena de una tercera parte a la mitad cuando se afecten gravemente los componentes naturales. La segunda, contempla una sanción de sesenta (60) a ciento ochenta (180) meses de prisión para quien promueva, financie, dirija, se aproveche económicamente u obtenga cualquier otro beneficio con las conductas descritas en el inciso primero del artículo.

La Sala verificó que en la audiencia de formulación de imputación el Fiscal Delegado expuso que la misma procedía por el artículo 337 del Código Penal *“en la modalidad o en el verbo rector invadir”* (Reg. 21:45), y procedió a leer completamente el tipo penal. Posteriormente, cuando se le advirtió que estaba en el derecho de aceptar cargos, allanarse y hacerse acreedor a una rebaja de pena de hasta la mitad conforme el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal señaló *“...atendiendo el delito formulado, imputado como es Invasión de áreas de especial importancia ecológica, la pena a imponer en este tipo penal oscila entre cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de 133.33 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”* (Reg. 28:17).

En la audiencia de formulación de acusación el Fiscal reiteró que la calificación jurídica de la conducta lo era por el punible de Invasión de áreas de especial importancia ecológica tipificada en el artículo 337 del Código Penal *“...en la modalidad de invadir...”* (Reg. 15:26). Por lo anterior, no queda duda alguna que la conducta por la cual se imputó y acusó a LFSÁVB fue la establecida en el inciso primero del artículo 337 del Código Penal que refiere: *“El que invada, permanezca así sea de manera temporal o realice uso indebido de los recursos naturales a los que se refiere este título en área de reserva forestal, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva, de las comunidades negras, parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida, definidos en la ley o reglamento, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”* (subrayado de la Sala).

La prescripción de la acción penal se encuentra regulada en los artículos 83 y siguientes del

Código Penal, de acuerdo con el cual el término máximo de la pena prevista en la ley para el respectivo delito, es la primera categoría determinante del plazo que dispone el Estado para el ejercicio de su potestad punitiva, el cual no puede ser inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20).

El artículo 86, ibídem (modificado por el artículo 6 de la Ley 890 de 2004), dispone que el citado término se interrumpe con la formulación de imputación y comienza a contarse nuevamente por un periodo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del C.P. Adicionalmente, el artículo 292 del C.P.P. que rigió esta actuación, manda que ese lapso no puede ser inferior a 3 años.

Como viene de observarse, el delito por el cual se imputó (el 21 de mayo de 2013) y acusó, tiene pena máxima de ciento cuarenta y cuatro (144) meses, lo que es igual a doce (12) años. Siendo la mitad de ese guarismo el de seis (6) años, **se verifica que en este asunto la prescripción de la acción penal se configuró el veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019). De modo que para cuando el Tribunal dictó la sentencia de segunda instancia, el veintidós (22) de mayo de dos mil diecinueve (2019) ese lapso ya había sido superado pues transcurrieron seis (6) años y un (1) día**

Resulta imperioso para la Sala, establecer que, conforme el artículo 86 del C.P.P., cuando el legislador dispuso que una vez se interrumpe el término de prescripción de la acción penal *“... éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83...”*, **debe entenderse que el nuevo término inicia su recorrido en el tiempo el mismo día en que se formula la imputación y no desde el día siguiente**, como erradamente parece entenderlo la segunda instancia.

Necesario es entonces el poder determinar **(i)** el día exacto en que inicia a contarse el nuevo termino de prescripción de la acción penal una vez formulada la imputación y **(ii)** en qué día exacto vence el plazo, es decir, cuándo prescribe la acción penal después de interrumpido.

[...] Esa postura fue reiterada en los radicados 50420 del veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019) y más recientemente, en providencia del quince (15) de abril de dos mil veinte (2020), en radicado 49672.

Resulta que **la formulación de imputación interrumpe el término de prescripción de la**

acción penal que viene corriendo desde el día en que se consumó el hecho en las conductas punibles de ejecución instantánea, desde la perpetración del último acto en las de ejecución permanente y en los delitos tentados, o desde cuando cesó el deber de actuar en las conductas omisivas (artículo 84 C.P.).

Debido a que la Ley 906 de 2004, dentro del capítulo IV del título VI, artículos 156 y siguientes, no ofrece la respuesta del día exacto en que inicia el conteo y la culminación de los términos en general, y tampoco lo hace el Código Penal, para resolver esa disyuntiva debe acudir a los **criterios de interpretación sistemático y a la interpretación más benigna al procesado** establecida en nuestro ordenamiento jurídico desde la consagración del artículo 45 de la Ley 153 de 1887.

Lo anterior, sin olvidar que en virtud al **principio rector de integración** (artículo 25 del C.P.P.), en los asuntos no regulados expresamente en la Ley 906 de 2004 son aplicables las normas del Código General del Proceso y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

No puede perderse de vista, en un derecho penal demoliberal y garantista, como el que rige el ordenamiento jurídico colombiano, que la **prescripción de la acción penal** siempre corre en contra del Estado e ineludiblemente a favor del procesado, como quiera que este fenómeno jurídico es una sanción para el primero por no haber realizado absolutamente todas las gestiones para determinar, en el amplio plazo que le otorga la ley, si el sujeto pasivo de la infracción es responsable, perdiendo su potestad punitiva, es decir, cualquier facultad y competencia para seguir conociendo del asunto.

Es por ello que todas las disposiciones que puedan servir para resolver el caso deben interpretarse siempre en favor del procesado. Y en ese sentido el **Código General del Proceso se ocupó de establecer un régimen de cómputo de términos mucho más completo que el establecido en la Ley 906 de 2004**, estableciendo en el artículo 118 que:

*“ARTÍCULO 118. CÓMPUTO DE TÉRMINOS.
[...]*

Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del

respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.”

Del texto legal debe concluirse que el lapso prescriptivo que viene corriendo, de manera general, se detiene ipso facto en la fecha en que se formula la imputación. Hasta ahí no ofrece duda alguna el entendimiento de la norma.

Sin embargo, el mismo mandato legal dispone que el término prescriptivo “comenzará a correr de nuevo” y señala el límite por el que debe hacerse la contabilización de ese nuevo lapso. La pregunta que surge frente a esa norma es **¿si ese nuevo lapso empieza a correr el mismo día de la formulación de la imputación o al día siguiente?**

Desde la regla de interpretación asociada al método exegético que le veda al intérprete distinguir donde el Legislador no lo ha hecho, resulta razonable concluir que el acto de imputación tiene la virtualidad jurídica de producir dos consecuencias simultáneas. **i)** Interrumpe la prescripción que viene contabilizándose desde la ocurrencia del hecho; y, **ii)** amojona el inicio de la reanudación del término prescriptivo.

En oposición, ninguna de esas funciones específicas tiene relación directa con la prescripción, pues después de la imputación el único acto procesal que tiene la virtualidad de volver a incidir en la prescripción es el **proferimiento de la sentencia de segunda instancia** (art. 189 C.P.P.) en tanto suspende el lapso que desde entonces comienza a correr de nuevo por un lapso máximo de 5 años.

Con esa perspectiva y para los efectos del presente caso, es evidente que, **si el cómputo del plazo inició su recorrido** el día 21 de mayo de 2013, fecha en la cual se formuló la imputación, el término venció el “...*mismo día que empezó a correr del correspondiente mes y año...*”, de donde surge que la prescripción se configuró el 21 de mayo de 2019, y se reitera que **cuando el Tribunal Superior [...] confirmó la sentencia de primera instancia** el 22 de mayo de 2019, **la acción penal ya se encontraba prescrita**.

En el estado de cosas advertido por la Sala, **emerge la necesidad de casar de oficio la sentencia de segunda instancia para dejarla sin efectos, porque cuando se adoptó ya la acción penal se encontraba prescrita**.

En consecuencia, se **declarará la prescripción** de la acción penal por el delito de invasión de áreas de especial importancia ecológica, y se **decretará la preclusión** de la actuación por la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal en contra de LFSABV.

Se ordenará, además, que por el juzgado de primera instancia se cancelen las anotaciones y registros existentes en contra el acusado y/o los bienes de su propiedad por razón de esta actuación».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

16. PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA ***Solo procede recurso de reposición (Decreto 546 de 2020)***

Al desatar el recurso de queja, la Sala declaró bien denegada la apelación, teniendo presente que, tratándose de la *prisión domiciliaria transitoria*, regulada en el Decreto 546 del 2020, únicamente cabe el *recurso de reposición*, mientras que la alzada es predicable de los eventos en que se dilucida una figura jurídica distinta, como lo es la *detención domiciliaria transitoria*.

AP1531-2020 (57754) del 15/07/2020

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DETENCIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Diferencias en el régimen de recursos con la prisión domiciliaria transitoria (Decreto 546 de 2020) || **DETENCIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Procede recurso de apelación:** en efecto devolutivo (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Solo procede recurso de reposición (Decreto 546 de 2020)**

«Al definir el régimen de recursos, el estatuto introdujo diferenciaciones. **En relación con la figura de la detención domiciliaria transitoria, habilitó el recurso de apelación en el efecto devolutivo** (artículo 7° inciso sexto). Mientras para la figura de la **prisión domiciliaria transitoria**, en los dos eventos indicados, **solo**

autorizó el recurso de reposición (artículo 8° inciso segundo).

Sintetizando, puede afirmarse entonces que el recurso susceptible de ser interpuesto en cada caso está determinado por la naturaleza de la decisión. **Si se trata de detención domiciliaria transitoria, procede la apelación. Pero si se está frente a la figura de la prisión domiciliaria transitoria, solo cabe la reposición».**

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento: detención preventiva, tiene vigencia hasta la emisión del sentido del fallo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Detención preventiva:** es diferente a la privación de la libertad originada en el anuncio del sentido de fallo condenatorio || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Competencia:** del Juez de conocimiento o el de segunda instancia, de las personas condenadas con sentencia que no ha quedado ejecutoriada (Decreto 546 de 2020) || **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - Solo procede recurso de reposición** (Decreto 546 de 2020) || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** la Sala declara bien denegada la apelación

«El 28 de febrero de 2018, el Juzgado 7° Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia condenatoria en contra de DASO, por el delito de peculado, y le impuso 64 meses de prisión. Esta decisión fue apelada y se encuentra pendiente de decisión en el Tribunal Superior de Bogotá.

Esto significa que DASO **no se encuentra privado de la libertad en virtud de la medida de aseguramiento de detención dictada en el curso del proceso, por cuanto ésta pierde vigencia con el anuncio del sentido del fallo, sino de la sentencia dictada en su contra**, y que su caso se subsume por tanto dentro de la hipótesis prevista en el parágrafo primero del artículo 8°.

Dicha hipótesis, como ya se indicó, **se inscribe dentro de la figura de la prisión domiciliaria transitoria**, y comprende las personas condenadas con sentencia que no ha causado todavía ejecutoria, como ocurre con el caso del procesado DASO. Por eso el Tribunal, al analizarlo, le dio esta categorización y advirtió que en **contra de la decisión que adoptaba solo procedía la reposición**.

Conforme con lo anterior, se impone concluir que **la decisión del Tribunal de no concederle la**

prisión domiciliaria transitoria solo admitía el recurso de reposición, y que la corporación acertó al negar por improcedente el de apelación. Por tanto, se declarará correctamente denegado el recurso».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

17. RECURSO DE QUEJA - PROCEDENCIA: ***Frente al auto que declara extemporánea la interposición del recurso de casación***

En el pronunciamiento, a través del cual se decidió desechar el *recurso de queja* presentado por la apoderada de la Parte Civil -en actuación surtida bajo los parámetros procedimentales de la Ley 600 de 2000-, la Sala estableció una nueva *regla jurisprudencial* consistente en precisar que resulta procedente el trámite de dicho medio de inconformidad contra la providencia que declara extemporánea la interposición del recurso de casación. Se explicó que, aunque tal posibilidad no se encuentra prevista legalmente, resulta válida en el objetivo de proteger el medio de inconformidad extraordinario como *control legal y constitucional*. Así mismo, se enfatizó en que en todos los casos que se niegue a la parte el acceso al recurso de casación, el recurrente deberá interponer el *recurso de reposición* y en subsidio el de *queja*.

AP3042-2020 (58318) del 11/11/2020

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE CASACIÓN - Interposición extemporánea: normatividad aplicable ||
DEMANDA DE CASACIÓN - Extemporánea ||
RECURSO DE QUEJA - Procedencia: frente al auto que declara extemporánea la interposición

del recurso de casación, no se encuentra consagrada de manera expresa en la Ley 600 de 2000 ni en la Ley 906 de 2004 || **RECURSO DE CASACIÓN - Oportunidad para interponerlo ||**
RECURSO DE CASACIÓN - Interposición extemporánea: auto que lo inadmite tiene la categoría de interlocutorio || **RECURSO DE CASACIÓN - Interposición extemporánea:** contra el auto que lo inadmite procede el recurso de reposición || **RECURSO DE REPOSICIÓN - Procedencia:** respecto del auto que inadmite el recurso de casación por interposición extemporánea || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala establece una nueva regla jurisprudencial

«En camino hacia la resolución del asunto, la Corte empezará por señalar que **ni el ordenamiento procedimental, Ley 600 de 2000, por el que se rige el proceso, ni la Ley 906 de 2004** (al cual podría acudir en virtud del principio de integración previsto en el artículo 23 de la inicial normatividad), **consagran**, de manera expresa, **la posibilidad de recurrir la determinación que declara extemporánea la interposición del recurso de casación**.

De igual modo, en dichas disposiciones tampoco ha sido instaurado el mecanismo de la queja cuando se decreta la inviabilidad de recurrir en casación, ya que, por disposición de las normativas en cita, aquella solo es procedente cuando se niega la apelación.

Respecto a lo que se trata, en el artículo 210 del estatuto procedimental de 2000, se instaura lo siguiente:

"OPORTUNIDAD. El recurso se interpondrá dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda".

Si la demanda se presenta extemporáneamente, el tribunal así lo declarará mediante auto que admite el recurso de reposición.

Como puede verse, en el inciso primero de la aludida regla se establecen dos acciones, con sus respectivos términos, que han de ser desplegadas por la parte interesada en activar el mecanismo extraordinario: en primera medida, **i)** la interposición del recurso, el cual deberá presentarse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia y, de otra parte, **ii)** la presentación de la demanda, acto que deberá ser realizado en un término posterior común de treinta (30) días.

Así, entonces, en el inciso segundo de la aludida regla se consagra la posibilidad de acudir a la vía del recurso horizontal cuando la demanda se presenta extemporáneamente, lo cual, sirva señalar, parte del principio implícito de que el recurso fue interpuesto dentro del término instituido.

En tal orden, como se expresó en comienzo, en la codificación de 2000, el legislador se ocupó de regular la posibilidad de impugnar el decreto de extemporaneidad de la presentación de la demanda, sin que estableciera igual oportunidad para cuando es el recurso el presentado por fuera del margen temporal dispuesto.

No obstante, la Corte considera que si bien de manera expresa el sistema normativo en cita no consagra tal posibilidad, es lo cierto que **el auto a través del cual se decide la inadmisión del recurso por presentación extemporánea** de este, dada su naturaleza o las características que lo revisten **se enmarca en la categoría de interlocutorio, circunstancia por la que, conforme a lo delineado en la regla 189 de aquel, contra dicha determinación procede la reposición.**

En este orden de ideas, **se hace admisible la posibilidad de que la decisión denegatoria de la concesión del recurso de casación pueda ser recurrida a través de la vía de la reposición**, lo cual **se implantará como regla, a partir de este proveído».**

RECURSO DE QUEJA - Procedencia || RECURSO DE QUEJA - Procede contra auto que deniega casación || PROCESO PENAL - Principio de progresividad: instrumento idóneo para proteger los derechos del procesado ||

CASACIÓN - Medio de control de legalidad y de constitucionalidad || CASACIÓN - Finalidades: unificación de la jurisprudencia, necesaria para la seguridad jurídica y orientación de los jueces || **CASACIÓN - Finalidades:** buscar la efectividad del derecho material || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala establece una nueva regla jurisprudencial || **RECURSO DE QUEJA - Procedencia:** frente al auto que declara extemporánea la interposición del recurso de casación || **RECURSO DE QUEJA - Procedencia:** en todos los casos que se niegue a la parte el acceso al recurso de casación || **RECURSO DE QUEJA - Procedencia:** en todos los casos que se niegue a la parte el acceso al recurso de casación, el recurrente deberá interponer el recurso de reposición y en subsidio el de queja

«[...] en torno al **recurso de queja** interpuesto por la apoderada de la parte civil, ha de indicarse que **la Corte**, en relación con su interposición frente al de casación, **ha establecido su procedencia cuando la demanda ha sido presentada oportunamente, pero su concesión es negada por el tribunal.**

[...] En resumidas cuentas, **ni de los preceptos legales, ni del desarrollo jurisprudencial, se desprende que la vía de la queja proceda frente a**, entre otras decisiones, **la que deniega la casación por presentación extemporánea de este recurso**, situación que, se considera, va en desmedro de los usuarios de la administración de justicia a quienes, ante la inexistencia de una vía procesal expedita y efectiva, se les cercenaría la oportunidad de acudir ante la Corte en busca de remediar los eventuales desaciertos en los que puedan incurrir los respectivos operadores de justicia.

Así las cosas, teniendo en cuenta la constante evolución y creciente desarrollo de la jurisprudencia, en busca de la mayor protección o influjo preventivo y reparador de los derechos y prerrogativas fundamentales de los destinatarios de la ley penal, para lo cual es indispensable el establecimiento de márgenes de amparo más amplios, en aplicación del principio de progresividad, la Sala avista la necesidad de **salvaguardar la garantía del recurso de casación, como control constitucional y legal.**

[...] [...] para cubrir el déficit de protección avistado, y sobre la base de la prevención de perjuicios o la hipotética reparación de estos, así como el aseguramiento de la eficacia de los derechos constitucionales, desarrollo de las

dimensiones de los derechos al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al derecho de acceso a la administración de justicia, la Corte encuentra la necesidad de aumentar el margen de procedencia del recurso de queja cuando la negativa obedezca a razones diversas a la, hasta hoy, establecida jurisprudencialmente.

En aras de lo anterior, decide la Corporación abrir un abanico de posibilidades para que, si es del caso, los sujetos procesales con interés puedan acceder al recurso extraordinario de casación, a través del mecanismo de queja.

En tal orden de ideas, **se dispondrá que el recurso de queja procederá en todos los casos en que se niegue a la parte el acceso al recurso de casación**, ya sea **i) porque se establezca que el recurso o la demanda se interpusieron extemporáneamente**, o **ii) porque se le niegue al interesado el acceso al propio recurso**.

Igualmente, se establece que, para procedencia del mismo, además de los requisitos inherentes a ese, la parte deberá interponer el recurso de reposición y anotar que tiene vocación de interponer el de queja, es decir, **deberá interponerse el recurso de reposición y en subsidio aquel**.

Dilucidado lo anterior, se abordará la específica coyuntura que originó la presente intervención de la Corte».

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Principio de confianza legítima: las partes no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios judiciales || **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Principio de confianza legítima:** evento en que el funcionario judicial creó en el recurrente la convicción acerca de la procedencia del recurso de queja, y la Sala aborda su estudio || **RECURSO DE QUEJA - Procedencia:** frente al auto que declara extemporánea la interposición del recurso de casación || **SENTENCIA - Notificación:** por correo electrónico || **SENTENCIA - Notificación:** edicto || **PROCESO PENAL - Principio de integración:** remisión a las normas del Código General del Proceso (Ley 600 de 2000) || **SENTENCIA - Aclaración, adición o corrección:** integración normativa con el Código General del Proceso (Ley 600 de 2000) || **SENTENCIA - Adición:** el fallo solo quedará ejecutoriado una vez se decida la solicitud de adición || **SENTENCIA - Adición:** la oportunidad para recurrir debe ser la misma que había respecto de la sentencia inicial || **ESTADO DE**

EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA - Coronavirus Covid-19: Decreto 806 de 2020, medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia || **SENTENCIA - Notificación personal:** evento en que el fallo de adición se envió y fue recibido como mensaje de datos a la dirección electrónica suministrada por las partes, Decreto 806 de 2020 || **SENTENCIA - Notificación personal:** cuando se materializa no requiere notificación supletoria por edicto, Ley 600 de 2000 || **NOTIFICACIÓN PERSONAL - Aplicación del Decreto 806 del 2020:** puede efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica || **RECURSO DE CASACIÓN - Interposición extemporánea** || **RECURSO DE QUEJA - Desechado**

«[...] se tiene que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial [...], **dentro del auto mediante el cual declaró extemporánea la presentación del recurso de casación, estableció la procedencia de la queja**, motivo que condujo a la apoderada de la parte civil a acudir a esa vía, **sin que** la misma, como se anotara al inicio del considerativo, **tuviera algún respaldo legal o jurisprudencial**.

Este último avistamiento, en principio, habría de conducir a la Sala a predicar la improcedencia de la alternativa otorgada; sin embargo, **por razón del principio de confianza legítima** que le asiste a las partes frente a las labores ejecutadas por los operadores judiciales, en este caso por un Magistrado de tribunal, se impone hacer prevalecer el desarrollo que le resulta más benéfico a la parte, quien **no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios que el Estado ha delegado para cumplimiento de la actividad judicial**.

Entonces, como es evidente, en el presente caso **el Togado** de manera expresa **creó en la aquí recurrente la convicción acerca de la procedencia de la queja para recurrir su determinación de declarar extemporánea la presentación del recurso de casación**, por lo que la Corte no concibe alternativa diversa que la de abordar el estudio planteado por aquella, lo cual resulta del todo favorable a su interés.

En camino hacia la resolución del asunto, se tiene que el decreto de extemporaneidad de la presentación del recurso fue expedido el 28 de

septiembre de 2020, y sustentado con base en la siguiente argumentación:

[...] [...] de acuerdo con lo expuesto por la libelista, el Tribunal Superior [...] emitió fallo el 05 de agosto de 2020 notificándolo por correo electrónico y posteriormente por edicto, por lo que aquel, anotó, se notificó en debida forma.

En relación con la sentencia complementaria sostuvo que esta se notificó antes del término del vencimiento de desfijación del edicto, el cual se vencía el 20 de agosto de 2020, emitiendo el fallo complementario el 19 de agosto de la misma calenda, violando el debido proceso a la parte civil quien en ese término pudo presentar recursos que hubiere considerado pertinentes para la defensa de sus intereses.

En resumidas cuentas, a juicio de la referida apoderada, el tribunal no cumplió con los presupuestos procesales de notificación por edicto de la sentencia complementaria proferida, violando por ello el debido proceso y el derecho a la defensa que le asiste a su representado.

Pues bien, una vez analizado el fallo emitido por el tribunal el 19 de agosto de 2020, se tiene que en uno de sus apartes se consigna lo siguiente: *“En la sentencia de segunda instancia mencionada, este Tribunal resolvió... Dentro del término de ejecutoria de esa providencia, el acusado solicitó su adición...”*

En torno a lo anterior, lo primero que se ha de expresar es que en la mencionada providencia no se indicó que el dispositivo procedimental que direcciona el trámite recoge disposición alguna que regule lo referente a las aclaraciones, correcciones, adiciones o reformas de la sentencia. No obstante, es lo cierto que, en tales eventualidades, **en virtud del principio de integración, el operador de justicia penal debe acudir a las normas del Código General del Proceso**, como única fuente aplicable, el cual consagra dichas instituciones en sus artículos 285, 286 y 287.

[...] Así las cosas, bajo el entendido que se desprende del artículo 287 del CGP, **cuando media la adición de la sentencia, el término de ejecutoria de la sentencia inicial se ha de volver a computar.**

En este caso concreto, **como la ley a la que se acude por integración prevé que la sentencia solo quedará ejecutoriada una vez se decida la solicitud de adición, la oportunidad para**

recurrir debe ser la misma que había respecto de la sentencia inicial, es decir, no solo deben computarse los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que así lo decide, sino que reinicia el cómputo de la ejecutoria de la sentencia, que para el caso de la legislación procesal penal es de quince (15) días.

Ahora bien, en torno al tema de la notificación, se tiene que ante el **estado de emergencia sanitaria** por la que atraviesa el territorio nacional, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales dispuso una serie de medidas excepcionales en aras de conjurar las contingencias que de esa se derivan.

Ante ello, fue promulgado, entre otros, el **Decreto 806 del 4 de junio de 2020**, mediante el cual se dispuso la expedición de un marco normativo en el que se establecieron *“reglas procesales de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales y los sujetos procesales... [Dicho] marco normativo procurará que por regla general las actuaciones judiciales se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial. Por lo que se debe entender que las disposiciones de este decreto complementan las normas procesales vigentes, las cuales seguirán siendo aplicables a las actuaciones no reguladas en este decreto... los medios tecnológicos se utilizarán para todas las actuaciones judiciales, como presentación de la demanda, contestación de la demanda, audiencias, notificaciones...”*.

[...] Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en los **artículos 176, 178 y 180 del código de procedimiento penal de 2000, las sentencias se notifican personalmente o por edicto**, *“si no fuere posible su notificación personal dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición”*

De cara a lo anterior, es preciso concluir que **en este caso resultaba improcedente la notificación por edicto echada de menos por la recurrente, toda vez que el tribunal**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° en cita, según se expresa en el auto que dictaminó la improcedencia de la casación, **procedió a enviar el fallo de adición como mensaje de datos a la dirección electrónica suministrada por las partes**, tras lo cual confirmó su recepción por aquellas, de donde derivó, dos días hábiles después -24 de agosto de 2020-, la materialización del acto de notificación personal.

De allí que, se reitera, **no había lugar a la notificación supletoria prevista en el artículo 180 de la Ley 600 de 2000** como lo comprende la profesional del derecho.

Así las cosas, el término de 15 días hábiles para interponer el recurso de casación empezó a correr desde el martes 25 de agosto de 2020 y culminó el 14 de septiembre de la misma anualidad, tal y como lo anotó el tribunal, motivo por el que, **al**

momento de la interposición del mismo -21 de septiembre de 2020- **el lapso dispuesto ya había fenecido**, lo cual constituye **razón suficiente para proceder a desechar el recurso de queja interpuesto**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: DELIMITACIÓN TEMPORAL EN EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

El último acto configurativo de la sustracción se debe ubicar hasta el momento de la formulación de imputación

La Sala casó oficiosamente el fallo impugnado, condenatorio por *Inasistencia Alimentaria*, para excluir del aspecto fáctico del delito de conducta permanente, el periodo irregularmente atribuido por la Fiscalía, que hizo extensivo hasta la *audiencia de formulación de acusación*. En tal sentido precisó que, para la delimitación temporal en este comportamiento, el último acto configurativo de la sustracción se debe ubicar hasta el momento de la *formulación de imputación*, pues la adición de *hechos jurídicamente relevantes* no incluidos en ésta implica la afectación de los derechos de defensa y debido proceso. Así mismo, explicó que las consecuencias de la precisión descrita tienen proyección en el incidente de reparación integral que puede adelantarse.

SP3918-2020 (55440) 14/10/2020

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Delito de ejecución permanente: delimitación temporal con la formulación de imputación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente**

relevantes: tiempo del delito, delimitación del periodo de su comisión en una conducta de carácter permanente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** delimitación temporal de los hechos jurídicamente relevantes en una conducta de carácter permanente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** delimitación temporal en el delito de inasistencia alimentaria, el último acto configurativo de la sustracción se debe ubicar hasta el momento de la formulación de imputación || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera:** cuando en la formulación de acusación se adicionan hechos jurídicamente relevantes que no fueron objeto de la imputación || **DERECHO DE DEFENSA - Se vulnera:** cuando en la formulación de acusación se adicionan hechos jurídicamente relevantes que no fueron objeto de la imputación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** delimitación temporal en el delito de inasistencia alimentaria, se refleja en las consecuencias civiles del delito, de cara al incidente de reparación integral que puede adelantarse || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, si se trata de adición, necesariamente no se puede agravar la situación jurídica del inculcado || **CASACIÓN OFICIOSA - Sentencia:** la Sala casa el fallo impugnado y excluye de la condena un periodo de comisión de la conducta de carácter permanente imputada

«Las anteriores precisiones le permiten a la Corporación destacar que en este caso la Fiscalía al prolongar los hechos más allá de la delimitación temporal que aparejaba la formulación de imputación hizo una variación fáctica.

En efecto, el 7 de abril de 2016 al momento de formular la imputación la delegada del ente investigador describió el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de DMEM al señalar que tal sustracción se dio desde diciembre de 2011, a raíz de la fijación que de la respectiva cuota hiciera el 15 de diciembre de 2011 el Juzgado de Familia de Soacha (no fijó hasta cuándo se había dado tal comportamiento). Por lo mismo, imputó jurídicamente el delito contemplado en el artículo 233 inciso 2° del Código Penal.

Posteriormente, en el escrito de acusación, radicado el 22 de julio de 2016, señaló que la imputada *“incumplió la obligación alimentaria estipulada en sentencia del Juzgado de Familia de Soacha el 15 de diciembre de 2011”*. Pero como en la audiencia de formulación de acusación, el defensor denunció que en el escrito no se hacía una relación clara y sucinta de los hechos al referenciar simplemente la providencia que fijó la cuota alimentaria, se suspendió tal diligencia para que la fiscal procediera a clarificar el aspecto fáctico.

En virtud de lo anterior, **adicionó** el escrito de acusación indicando que *“los hechos fueron denunciados el 28 de octubre de 2013 como ya se señaló, mencionando el incumplimiento a partir de 2011, estando dentro del término de ley, ya que se presentó imputación el día 7 de abril de 2016”*, pero **al reanudar la audiencia de formulación de acusación**, el 16 de junio de 2017, al ser nuevamente reconvenida para que acotara temporalmente los sucesos, **manifestó que el incumplimiento alimentario se había dado desde el mes de enero de 2012 hasta el 16 de junio de 2017 (fecha de tal audiencia)**.

Los juzgadores se apoyaron en ese lapso temporal para concluir que en el mismo los menores necesitaron el suministro de alimentos y emolumentos que habían sido fijados por el juez de familia en el valor de \$150.000.00 mensuales, suma que debía incrementarse anualmente en proporción al aumento del salario mínimo, además de darles dos mudas de ropa al año por valor de \$80.000,00:

[...] Para la Corte, contrariamente, **el último acto configurativo de la sustracción a la obligación de suministrar alimentos por parte de la procesada se debe ubicar hasta el momento de la formulación de imputación** que según se advierte de las glosas procesales acaeció el 7 de abril de 2016, fecha para la cual aún persistía la conducta delictiva.

La omisión del ente investigador al momento de la formulación de imputación cuando no precisó el marco temporal hasta cuando había acaecido la conducta omisiva y **el yerro posterior al delimitarla al momento en que formuló oralmente la acusación, aparece excluir como cargo y marginar esos nuevos supuestos fácticos ante la clara afrenta de la estructura esencial del proceso y, de contera, del derecho de defensa**.

No significa que cada mesada sea independiente, dado que no se trata de una pluralidad de conductas punibles, sino un solo y único delito exteriorizado en el lapso comprendido entre el mes de enero de 2012 al 7 de abril de 2016, y no hasta el 16 de junio de 2017 como se consideró en las instancias.

Y aunque podría afirmarse que ninguna incidencia tiene ese dislate en cuanto el juzgador, ubicado en el primer cuarto punitivo ante la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, fijó las penas en el mínimo legal (32 meses de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes), deviene evidente que **la incidencia se refleja en las consecuencias civiles del delito, de cara al incidente de reparación integral que puede adelantarse**, por eso, se ha de precisar que la conducta por la cual fue condenada DMEM se acota en el lapso de enero de 2012 al 7 de abril de 2016.

Consecuentemente, **se deberá excluir de la condena el lapso** comprendido entre el 8 de abril de 2016 al 16 de junio de 2017».

(Textos resaltados por la Relatoría)

**19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
HECHOS JURÍDICAMENTE
RELEVANTES:**

En la audiencia de formulación de la imputación, no se suplen con los expuestos en la audiencia de legalización de captura

La Sala decidió invalidar la actuación a partir de la *audiencia de formulación de la imputación*, tras advertir que al procesado no se le comunicaron los *hechos jurídicamente relevantes*, de modo tal que fue acusado y luego condenado, por un cargo cuya atribución no se le efectuó. La Corporación estimó fundamental resaltar que -en eventos en que se tramitan de manera concentrada varias audiencias ante el Juez de Control de Garantías-, la relación fáctica legalmente exigida para la *imputación* no se puede entender suplida con la que previamente se realizó en la *audiencia de legalización de captura*, que tiene un propósito diverso orientado a la observancia de las garantías fundamentales del acto de aprehensión. Así mismo recordó que esta irregularidad sustancial insubsanable, conduce a la vulneración del *principio de congruencia*, habida cuenta que en el sistema acusatorio *no puede existir sentencia sin acusación, ni ésta puede producirse válidamente sin una imputación antecedente*.

SP4054-2020 (54996) del 22/10/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de congruencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** formulación de imputación y acusación, se circunscribe a lo fáctico || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** imputación fáctica, existe entre la formulación de la imputación, la acusación y la sentencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** se vulnera si se condena por un delito que no fue incluido ni fáctica ni jurídicamente en la imputación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** control por el juez, puede ser material de naturaleza constitucional || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:**

control por el juez, implica el ejercicio de labores de dirección orientadas a que esta contenga los elementos que consagra el ordenamiento jurídico || **PROCESO PENAL - Principio de preclusividad** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** en la audiencia de formulación de la imputación no se suplen con los expuestos en la audiencia de legalización de captura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de legalización de captura:** es diferente a la audiencia de formulación de la imputación || **DEBIDO PROCESO - Vicios de estructura o de garantía** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** no puede existir sentencia sin acusación, ni ésta puede producirse válidamente sin una imputación antecedente || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura, por vulneración al principio de congruencia, evento en que al procesado no se le hizo imputación fáctica del cargo por el que fue condenado || **NULIDAD - Debido proceso:** evento en que se declara a partir de la audiencia de formulación de la imputación || **CASACIÓN OFICIOSA - Nulidad**

«Conforme se anunció en el auto por el cual se inadmitió la demanda de casación, **la Sala observa que las garantías procesales de LO fueron quebrantadas en el curso del proceso y, además, que éste se agotó sin el cumplimiento de uno de los elementos estructurales esenciales para su validez, en concreto, porque a aquél no se le hizo la imputación fáctica del cargo por el cual resultó condenado.**

En consecuencia, y como único mecanismo disponible para el restablecimiento de los derechos quebrantados, **se hace necesario anular el trámite desde la audiencia preliminar de formulación de imputación**, inclusive, a efectos de que el mismo se rehaga adecuadamente.

La formulación de imputación, como lo prevé el artículo 285 de la Ley 906 de 2004, “*es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías*”.

Aquella, al tenor del artículo 288 ibidem, **debe comprender los siguientes elementos:**

«**1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.**

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351».

Más allá de que la comunicación de cargos constituye el presupuesto lógico y jurídico inicial de la secuencia concatenada de actos que conforman el procedimiento penal ordinario, **su importancia deviene, fundamentalmente, de que aquélla fija el marco fáctico del juicio y la futura sentencia.** En ese orden, **se erige en el punto de partida para valorar el acatamiento o violación del principio de congruencia** y, a su vez, para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa.

En efecto, aunque el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 prevé que *«el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena»*, los desarrollos jurisprudenciales, tanto de la Corte Constitucional como de esta Sala, han llevado a la consolidación del criterio según el cual **la delimitación fáctica del trámite depende de la comunicación de hechos jurídicamente relevantes efectuada en la formulación de imputación.**

[...] Así pues, la definición de los comportamientos atribuidos a la persona investigada en la formulación de imputación - esto es, la imputación fáctica - es la que demarca el objeto naturalístico del debate a lo largo de todo el proceso y, en tal virtud, **su núcleo debe permanecer invariable tanto en la posterior acusación como en el fallo que, al término del diligenciamiento, llegue a proferirse.**

En ese orden de cosas, **la congruencia**, que constituye un principio definitorio del proceso penal de tendencia acusatoria y una garantía fundamental del investigado (en tanto su acatamiento le permite comprender en concreto qué es lo que se le atribuye, estructurar una estrategia defensiva y no ser sorprendido con cargos a los que no ha podido oponerse de manera razonada) **resulta quebrantado**, entre

otras hipótesis, **cuando se le condena "por hechos no incluidos en la imputación y acusación", ora «por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación».**

En el caso concreto, las piezas procesales enseñan que JALO fue capturado en flagrancia el 23 de abril de 2017. Al día siguiente, la Fiscalía lo presentó ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira, Valle, para legalizar su captura, formularle cargos y pedir la imposición de medida de aseguramiento en su contra. Las incidencias de esas diligencias fueron las siguientes:

[...] La revisión de las piezas procesales pertinentes revela que **la Fiscalía no le hizo ninguna imputación fáctica** a LO. Incomprensiblemente, se limitó a individualizarlo y a hacerle la imputación jurídica (por demás, en términos ininteligibles). Más enigmático aún resulta que el Juez, lejos de haber intervenido para que aquél satisficiera la exigencia de presentar una *“relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”*, haya declarado legalmente formulada la inexistente imputación fáctica, lo cual no suponía realizar control material sobre la misma, sino apenas el ejercicio de sus más básicas funciones judiciales como director del proceso, en aras de asegurar el cumplimiento de la Ley y la materialización de las garantías de las partes.

Como a LO sencillamente no se le hizo ninguna imputación de hecho en la audiencia preliminar, **surge como conclusión obvia que se le acusó por un delito que no se le comunicó en aquélla**, y por lo mismo, que resultó condenado, en primera y segunda instancia, por un ilícito no imputado fácticamente.

La violación del principio de congruencia, por lo tanto, **aparece evidente.**

[...] Quizás el errático comportamiento del Fiscal del caso (en tanto se abstuvo de elevar contra LO imputación fáctica alguna) se explica en que **consideró suficiente la exposición de los hechos efectuada previamente en el curso de la audiencia de legalización de captura**, en la cual, en efecto, dio lectura a algunas piezas procesales en las que se describe el comportamiento que dio origen a la investigación.

Esa postura, sin embargo, no puede admitirse.

(i) En la práctica judicial es común que, por motivos de economía procesal y pragmatismo, las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento (o sólo las dos últimas, cuando la persona no es capturada, sino que concurre voluntariamente) se realicen de manera concentrada, una tras otra y sin solución cronológica de continuidad. No obstante, se trata de diligencias funcional y conceptualmente separadas, independientes y con finalidades enteramente diversas, que, aunque continuas en el tiempo, corresponden a actos procesales distintos. Así lo ha reconocido la Sala en repetidas oportunidades.

Desde luego, lo anterior no significa que no existan entre ellas vasos comunicantes; a modo de ejemplo, si la imputación de cargos no es admitida, no resulta posible proceder a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, pues la restricción cautelar de la libertad tiene como presupuesto que la persona a quien se le impone haya sido formalmente vinculada al trámite. Con todo, esas interrelaciones no están dadas por la modalidad concentrada en la cual, por motivos prácticos, se realizan aquellas audiencias, sino por la lógica consecutiva del proceso, en el que ciertos actos procesales constituyen presupuesto de las actuaciones subsiguientes.

(ii) El proceso penal está regido por el principio de **preclusividad**. En tal virtud, clausurado un acto procesal, no es posible rehabilitarlo (salvo en los eventos en que se invalidan) para reestablecer oportunidades fenecidas.

En ese entendido, cuando el Juez de Control de Garantías puso fin a la audiencia de legalización de captura y *«(dio) inició a la audiencia de formulación de imputación»*, clausuró de manera definitiva y permanente la primera (cuyo único resultado fue el de tener por legal la aprehensión de LO) y abrió un segundo acto procesal, revestido de características y exigencias propias y autónomas.

(iii) El artículo 288 de la Ley 906 de 2004 establece inequívocamente que *«para la formulación de la imputación»*, la Fiscalía debe presentar una *«relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible»*.

Esa exigencia, como se desprende sin dudas del tenor de la norma, **está expresamente referida**

a la formulación de imputación, y no puede entonces tenerse por satisfecha con el argumento de que en la audiencia de legalización de captura (que, como se dijo, es una diligencia distinta, independiente y ya precluida para el momento en que se elevan los cargos) **se ha efectuado la relación de los hechos jurídicamente relevantes**.

Y es que el objeto de la **audiencia de legalización de captura** está circunscrito a *“constatar el respeto por las garantías constitucionales y legales en el acto de aprehensión que debe ejecutarse dentro de alguna de las modalidades previstas, por ejemplo, con orden previa, en flagrancia, etc.”*, y lo allí resuelto *“sólo reviste efectos hacia el pasado, esto es, en torno a la verificación acabada de reseñar, pues lo será respecto del acto material de aprehensión de la persona”*.

Así, es evidente que, por la naturaleza diversa de esa diligencia y el objeto allí debatido, **en la audiencia de legalización de captura no existe una imputación fáctica**, como tampoco la atribución clara y concreta de hechos revestidos de las características de delito, menos aún, con la capacidad jurídica de suplir o dar por cumplidas las exigencias propias de la subsiguiente audiencia de formulación de cargos.

A lo sumo, como sucedió en este evento, es posible que el Fiscal, en el cometido de obtener la legalización de la aprehensión, exponga de manera somera - normalmente con referencia a los elementos de juicio recabados hasta ese momento - las circunstancias de hecho que rodearon o determinaron la captura. Ello, se insiste, no puede entenderse como una verdadera imputación fáctica, no sólo porque, como ya se dijo, el alcance de ese acto procesal está restringido a la verificación de las circunstancias en que se produjo la privación de la libertad, sino también porque se produce en una audiencia distinta e independiente de la formulación de imputación, que es en la cual debe materializarse la comunicación de los cargos.

(iv) Ya la Sala ha sostenido que las fallas que se adviertan en la acusación respecto de la apropiada definición de los hechos jurídicamente relevantes no puede darse por superada con el pretexto de que los mismos sí fueron correctamente delimitados en la formulación de imputación. Se trata de actuaciones distintas, con fines procesales diferentes y la primera, por

tanto, no reemplaza ni puede reemplazar la segunda.

Idéntico criterio - en tanto al mismo subyace la lógica de que cada acto procesal debe colmar los requisitos que la Ley le atribuye - cabe aplicar a la situación aquí examinada. **La narración de los hechos investigados que haga el Fiscal en el curso de la audiencia de legalización de captura no supe los déficits que en ese ámbito se presenten en la posterior formulación de imputación.**

De acuerdo con lo expuesto, la Sala reitera que, en este caso, **resultó ostensiblemente quebrantado el principio de congruencia**, pues LO fue acusado y condenado por un delito que nunca se le imputó fácticamente. De hecho, no se le imputó fácticamente ningún delito, pues en la respectiva audiencia preliminar la Fiscalía se limitó a individualizarlo y a formularle jurídicamente el cargo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Lo anterior no sólo **comporta un vicio de garantía** (porque, conforme quedó explicado, la correcta definición de la imputación fáctica es lo que permite a la persona investigada ejercer adecuada y razonadamente su defensa), sino también un **dislate de estructura**, porque aquélla constituye presupuesto necesario de las actuaciones procesales consecuentes. **No puede existir sentencia sin acusación, ni ésta puede producirse válidamente sin una imputación antecedente**, con excepción, desde luego, de lo

dispuesto para el trámite abreviado regulado en la Ley 1826 de 2017.

Una afectación de esa índole resulta insubsanable y no es convalidable, así se admita que de todas maneras el procesado pudo conocer el cargo fáctico elevado en su contra más adelante, cuando fue acusado, e incluso ante el silencio que guardó la defensa frente al notorio dislate. En esas condiciones, **no queda solución distinta que la anulación del procedimiento desde la audiencia de formulación, inclusive, a efectos de que el mismo se rehaga adecuadamente.**

LIBERTAD - Inmediata e incondicional: con ocasión de la nulidad del proceso, siempre que no tenga otros requerimientos de autoridades judiciales

«Como JALO se encuentra detenido por virtud de la condena irrogada en su contra en este proceso, **se ordenará su libertad inmediata**, siempre que no tenga requerimientos de otra u otras autoridades judiciales. Una vez notificada esta decisión a las partes e intervinientes, se remitirá copia de la misma a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

20. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA

Se torna imperativo instalar la audiencia de formulación de la acusación para que el juez y las partes se pronuncien sobre la competencia

La Sala se abstuvo de efectuar pronunciamiento sobre el funcionario con atribución para el conocimiento del asunto, tras advertir que el Juzgado Penal del Circuito remitente inobservó el *precedente jurisprudencial* establecido en la providencia AP2863 de 2019, por cuya virtud, para la habilitación del trámite de impugnación de competencia se requiere la existencia de controversia respecto del funcionario judicial

que debe asumirla. En tal sentido, se explicó que el procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, implica de manera imperativa la instalación de la *audiencia de formulación de acusación* para que el Juez y las partes se pronuncien sobre la competencia, tópico que no puede surtirse en forma unilateral mediante autos u órdenes escritas, contrarias a los principios de *oralidad, contradicción y publicidad* que rigen el *sistema penal acusatorio*.

AP2807-2020 (58028) del 21/10/2020

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia: trámite || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de efectividad:** concepto || **PROCESO PENAL - Principio de eficiencia** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** trámite, si no hay reparo de las partes, debe remitirse la actuación al funcionario que se considera competente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** para la habilitación del trámite requiere la existencia de controversia respecto del funcionario judicial que debe asumir el conocimiento de la actuación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** trámite, si desde un comienzo no existe acuerdo entre las partes, debe remitirse el asunto directamente a la Corte Suprema de Justicia para su definición || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala reitera las pautas del trámite de impugnación de competencia establecidas en la providencia AP2863-2019 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** se torna imperativo instalar la audiencia de formulación de la acusación para que el juez y las partes se pronuncien sobre la competencia

«La Sala, en decisión **CSJ AP 2863-2019** dentro del radicado 55616, varió su postura sobre el trámite que debe cumplirse en el marco del incidente de **impugnación de competencia** previsto en los artículos 54 y 341 del C.P.P. En dicha oportunidad, precisó que era necesario, en aras de garantizar los principios de **efectividad y eficiencia** de las actuaciones judiciales, que **antes de remitir el asunto a esta Corporación se suscitara la controversia o debate sobre la competencia**.

En el contexto de este nuevo criterio, explicó que **cuando el juez y los sujetos procesales coincidían en torno al funcionario que debía asumir el conocimiento del asunto, éste debía enviarse al juez que consideraban competente**, para que se pronunciara y remitiera el asunto a la Corte solo si rehusaba asumir la competencia. Pero **si desde un comienzo no existía acuerdo, el asunto debía ser enviado directamente** a esta Colegiatura para su definición.

En el presente caso, el Juez [...] Penal del Circuito [...] no instaló la audiencia de formulación de la acusación convocada [...], sino que **emitió una orden escrita de remisión de la actuación a**

esta Corporación, por incompetencia, con exclusión de las partes, quienes no tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

Este procedimiento deviene inconsecuente con la postura jurisprudencial adoptada por la Sala en el precedente CSJ AP 2863-2019, puesto que, de acuerdo con sus directrices, **se torna imperativo instalar la audiencia de formulación de la acusación para que el juez y las partes se pronuncien sobre la competencia**, por ser el escenario procesal válido para hacerlo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 54 y 339 ejusdem : [...] ».

JURISPRUDENCIA - Precedente: la Sala reitera las pautas del trámite de impugnación de competencia establecidas en la providencia AP2863-2019 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** trámite, el funcionario judicial debe instalar la audiencia de acusación, rehusar la competencia y correr traslado a las partes sobre su manifestación || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** para la habilitación del trámite requiere la existencia de controversia respecto del funcionario judicial que debe asumir el conocimiento de la actuación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia:** la pretermisión de la audiencia de formulación de la acusación desconoce la dialéctica propia del sistema, ante la manifestación unilateral del juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principios:** la introducción de autos u órdenes escritas para tomar decisiones que deben cumplirse en audiencia, va en contravía de los de oralidad, contradicción y publicidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** la Sala se abstiene de conocer el asunto y devuelve las diligencias

«De acuerdo con estas normas y el referido criterio jurisprudencial, **el funcionario judicial debió instalar la audiencia de formulación de acusación** y dentro de ella: **(i)** rehusar la competencia, **(ii)** correr traslado a las partes para que se pronunciaran sobre su manifestación, y **(iii)** ordenar el envío del proceso a los jueces competentes, si todos estaban de acuerdo, o remitirlo a esta Corporación si se presentaba controversia.

La Sala aceptó en algunos eventos la posibilidad de que previo a la instalación de la

audiencia de formulación de acusación, el juez declarara su falta de competencia para asumir el conocimiento del asunto **y lo remitiera directamente a la Corte**, por considerar que ello no era óbice para definirla en virtud de «los principios de eficacia y economía procesal» (CSJ AP 290-2010, Rad. 56894, CSJ AP 893-2020, Rad. 57206, CSJ AP 2127-2020, Rad. 57887).

No obstante, **en esta oportunidad recoge tal postura**, en razón a que:

i) Se contrapone al precedente judicial al que se ha hecho referencia (CSJ AP 2863-2019), que propugna porque la manifestación de incompetencia por parte del juez, o su impugnación por iniciativa de las partes, se desarrolle en el marco de un escenario de controversia,

ii) La pretermisión de la audiencia en la que debe cumplirse el acto procesal, desconoce la dialéctica propia del sistema acusatorio, ante una manifestación unilateral del juez, sin oportunidad de réplica que permita contar con

mayores elementos de juicio para arribar a la decisión correspondiente, y

iii) Admitir **la introducción de autos u órdenes escritas para tomar decisiones que deben cumplirse en audiencia, va en contravía de los principios** de oralidad (artículos 9 y 10 de la Ley 906 de 2004), contradicción (artículo 15 ibídem) y publicidad (artículo 18 ídem), que operan como normas rectoras del procedimiento y constituyen elementos imprescindibles de interpretación (artículo 26 ídem).

Como en el presente caso, dicho protocolo no fue acatado, siendo necesario su cumplimiento con el fin de establecer el criterio de las partes e intervinientes frente a la manifestación del Juez [...] Penal del Circuito, dentro de los linderos de la audiencia respectiva, **se dispondrá la devolución de la actuación a dicho estrado judicial, para que le imparta el trámite previsto en la normatividad legal y la jurisprudencia».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO – PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

No se vulnera cuando el Juez solicita al Fiscal concretar los hechos de la acusación

En la providencia, a través de la cual se inadmitió la demanda de casación, la Sala tuvo ocasión de reiterar que no constituye vulneración de los principios de *imparcialidad judicial e igualdad de armas*, la circunstancia consistente en que el Juez, en su condición de director de la audiencia, solicite al Fiscal concretar los hechos de la acusación, en tanto que dicha actividad constituye un deber propio del control formal que le asiste en estos eventos, orientado a que dicha diligencia se cumpla bajo los parámetros legales.

AP2325-2020 (54812) del 16/09/2020

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión por técnica || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: técnica en casación || **DEMANDA DE CASACIÓN - Es antitécnica cuando se reduce a un alegato de instancia || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de igualdad de armas:** no se vulnera || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de imparcialidad:** no se vulnera cuando el Juez solicita al Fiscal concretar los hechos de la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Escrito de acusación:** control por el juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** control por el juez, implica el ejercicio de labores de dirección orientadas a que esta contenga los elementos que consagra el ordenamiento jurídico

«La Sala **inadmitirá la demanda** que se estudia por no reunir los requisitos mínimos de orden formal necesarios para su estudio de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de orden sustancial para la realización de los fines del recurso.

El casacionista anuncia un cargo de nulidad por desconocimiento del principio de congruencia, pero en su desarrollo introduce toda una serie de cuestionamientos a la actuación procesal y las decisiones de los juzgadores de instancia, de carácter in procedendo e in iudicando, que tornan la demanda en un simple **alegato de instancia**.

Buena parte de las irregularidades que afirma que se presentaron en el curso de la actuación no tuvieron ocurrencia, y las que encuentran algún respaldo fáctico procesal resultan absolutamente insubstanciales, como las referidas a la imprecisión en el nomen iuris del delito y la fecha de los acontecimientos.

Revisada la actuación, la Sala constata que los sucesos que fundamentan los cargos por el delito de actos sexuales con menor de catorce años se mantuvieron inmodificados desde los albores de la actuación, y que los mismos fueron discriminados de manera diáfana y precisa, en un contexto puntual y concreto, debatido ampliamente durante todo el curso procesal.

Es verdad que la fiscalía, en el escrito de acusación, con el fin de suplir el deber de relacionar de manera clara y sucinta los hechos jurídicamente relevantes, se limitó a transcribir las entrevistas rendidas por las menores

víctimas, sin embargo, **ante el requerimiento del juez para que concretara el factum del caso, accedió a su petición.**

En esta labor, precisó que el procesado cometió actos sexuales contra sus alumnas L.S.G.M., N.A.R. y L.V.M.G., consistentes en besos, caricias y tocamientos en sus partes íntimas, entre los meses de enero y mayo de 2016, en el Centro Educativo donde desempeñaba el cargo de profesor y en su casa de habitación [...].

La intervención del juez, con el fin de que la fiscalía concretara los hechos de la acusación, en manera alguna afecta el principio de imparcialidad o de igualdad de armas, pues es su deber, como director de la audiencia, ejercer control formal del escrito de acusación, función que conlleva la de velar porque cumpla los contenidos del artículo 337 del Código de Procedimiento.

Razón, por tanto, le asiste tribunal cuando sostiene que el contenido de la acusación resultó siendo debidamente diáfano, y que esto le permitió a la defensa ejercer sus derechos de contradicción sin limitaciones: [...] ».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO (LEY 1826 DE 2017)

***Reparación integral, en el delito de Hurto
Calificado y Agravado no genera la
extinción de la acción penal sino la
disminución de la pena***

En la providencia, a través de la cual se inadmitió la demanda de *revisión*, la Sala se refirió a los *mecanismos de justicia restaurativa* y a los presupuestos legales que rigen su aplicación. Adicionalmente, precisó que la reparación integral a la víctima, bajo los parámetros de las disposiciones que regulan el *procedimiento especial abreviado*, no implica la *extinción de la acción penal* cuando se trata del delito de *Hurto Calificado y Agravado*, sino únicamente la *disminución punitiva*, de modo tal

que se encontró inviable la alegación del demandante, orientada a invocar la aplicación del principio de favorabilidad como soporte de la causal de revisión aducida.

56259 del 10/06/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): ámbito de aplicación, incluye el delito de hurto calificado y agravado || PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD -

No se vulnera || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): evento en el que el proceso no se adelantó bajo dicho procedimiento, sino por el trámite ordinario de la Ley 906 de 2004 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** mecanismos de justicia restaurativa, aplicación || **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Reparación integral || REPARACIÓN - Alcance del artículo 269 del Código Penal:** rebaja de la pena se extiende a los demás partícipes del delito así sólo uno de ellos haya reparado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Justicia restaurativa:** mecanismos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Justicia restaurativa:** mecanismos, mediación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Justicia restaurativa:** mecanismos, conciliación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Justicia restaurativa:** mecanismos, procedencia, para delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Justicia restaurativa:** mecanismos, mediación, en los delitos con pena superior a cinco años será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el pagamiento de la sanción

«En el presente asunto, el accionante fundamentó su demanda en la causal del numeral 2° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, según la cual es posible revisar las decisiones judiciales definitivas:

"Cuando se hubiese dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal".

Precisó que el 12 de julio de 2017, entró a regir la **Ley 1826**, por medio de la cual se estableció un **procedimiento penal especial abreviado** para los delitos relacionados en su artículo 10, entre ellos, el hurto calificado según las modalidades reseñadas en el artículo 240 del Código Penal, y agravado por las causales 1 a 10 del artículo 241 del mismo estatuto.

Estimó que las disposiciones previstas en la referida Ley, que le resulten benignas, pueden ser aplicadas a su caso en virtud del **principio de favorabilidad**, como ocurre con el artículo 24, que prevé mecanismos de justicia restaurativa en

el procedimiento especial abreviado, los cuales dan lugar a la extinción de la acción penal, en los términos de los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal.

Razona, entonces, que habiéndose reparado integralmente a la víctima del hurto calificado y agravado por el cual fue condenada, y constituir este evento causal de extinción de la acción penal al tenor del artículo 82 del Código Penal, al que remite expresamente el artículo 24 ya referido, su aplicación se torna obligatoria.

La discusión se contrae a determinar si, como lo afirma el actor, el procedimiento especial abreviado contempla una solución más benigna a su caso, que deba aplicarse por virtud del principio de favorabilidad.

Para ello, pertinente se ofrece recordar el contenido del artículo 24 de la Ley 1826 de 2017.

La norma en cita contempla que el Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004- tendrá un nuevo artículo 547, del siguiente tenor:

"Justicia restaurativa en el procedimiento especial abreviado. Los mecanismos de justicia restaurativa podrán aplicarse en cualquier momento del procedimiento abreviado en los términos y condiciones establecidos en el Libro VI hasta antes de que se emita fallo de primera instancia y darán lugar a la extinción de la acción penal de conformidad con lo previsto en los términos de los artículos 77 de este Código y 82 del Código Penal".

En el caso presente, se advierte que el proceso adelantado en contra de L.M.G.C. **no se adelantó por el procedimiento especial abreviado** establecido en la Ley 1826 de 2017, sino por el trámite ordinario previsto en la ley 906 de 2004.

Además, **ninguno de los mecanismos de justicia restaurativa** de que trata el artículo 521 del Libro VI de la Ley 906 de 2004, para la resolución de los conflictos generados con la ejecución de la conducta punible, **se implementó durante el desarrollo del proceso** adelantado en contra de G.C.

Basta referir que la **reparación integral** a la víctima H.H.B.O., según se advierte en el fallo del Ad Quem, fue efectuada por AC, uno de los procesados, y los **efectos** de ese resarcimiento, que por mandato del artículo 269 de la Ley 599 de 2000, corresponden a una reducción de pena, se extendieron por decisión del Tribunal Superior de Bogotá a la coprocesada L.M.G.C., quien

recibió una rebaja de la sanción en un porcentaje igual a la mitad de la misma.

La reparación de los daños causados, cabe destacar, **no fue consecuencia**, entre otros, **de un mecanismo de mediación** por ellos adelantado ante un tercero donde la acusada hubiera expresado su deseo de solucionar el conflicto restituyendo el objeto material del ilícito o reparando los perjuicios causados, y la víctima hubiera aceptado la fórmula de arreglo propuesta u otra diferente, como **tampoco fue fruto de una conciliación** celebrada entre ellos, dentro del trámite del incidente de reparación integral.

Además, pertinente se ofrece referir que el **mecanismo de mediación** tampoco hubiera resultado aplicable en su caso, con el efecto que pretende la demandante, si en cuenta se tiene que expresamente el artículo 524 de la Ley 906 de 2004, **señala que procede para delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años**; al tanto que **en delitos con montos punitivos superiores - como ocurre con el hurto calificado y agravado** por el cual se juzgó a L.M. G.C.- **sólo será considerada para “otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”**».

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Reparación integral: procedencia, está supeditada al cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación retroactiva de la ley penal:** la nueva norma será aplicable solo frente a supuestos similares que reciben soluciones de derecho diferentes || **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Reparación integral:** no procede respecto del delito de Hurto Calificado y Agravado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** reparación integral, en el delito de Hurto Calificado y Agravado no genera la extinción de la acción penal sino la disminución de la pena || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Inadmisión de la demanda**

«no resulta acertado sostener, como lo hace el demandante, que por virtud del artículo 24 de la Ley 1826 en cita, la **reparación integral** a la víctima constituya per se **causal de extinción de la acción penal**. Olvida que expresamente la norma **lo condiciona a que ello ocurra de**

conformidad y en los términos de los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 **del Código Penal**.

El referido artículo 77 de la Ley 906 de 2004, consagra como causales de extinción de la acción penal la *“muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley”*.

A su vez, el artículo 82 del Código Penal, prevé en el numeral 7º como causal de extinción de la acción penal *“la indemnización integral en los casos previstos en la ley”*.

Una simple lectura del artículo 24 de la Ley 1826 de 2017, permite advertir que **la extinción de la acción penal no opera de manera automática, sino que deviene de la aplicación de alguno de los mecanismos de justicia restaurativa** previstos en el artículo 521 de la Ley 906 de 2004.

Ninguno de ellos fue implementado en el proceso adelantado en contra de los condenados en este caso -recuérdese, todo se redujo al pago de los daños, pero no se adelantó algún tipo de trámite restaurativo específico, sin que pueda decirse que el hecho en cuestión los suple, dado que estos se encuentran expresamente contemplados en la ley- por lo cual, **invocar el principio de favorabilidad no resulta procedente, en tanto, la nueva norma será aplicable solo frente a supuestos similares que reciben soluciones de derecho diferentes**.

En este caso, la Sala concluye que la norma invocada por el actor, de una parte, exige que el asunto se adelante bajo las normas especiales del procedimiento abreviado y que en el mismo, además, se haya implementado un mecanismo de justicia restaurativa, lo que no ocurrió en el presente asunto; y, de otra, no contiene una solución de derecho diferente y más benigna para la procesada, que aquella adoptada por el Tribunal en su momento.

Entonces, ni el artículo 24 de la Ley 1826 en cita, ni las normas a las cuales remite de manera expresa, consagran, per se, la reparación integral a la víctima como causal de extinción de la acción penal.

Precisamente, el artículo 82 la condiciona *“a los casos previstos en la ley”*, es decir, cuando expresamente el legislador así lo disponga.

Y frente a conductas delictuales de hurto calificado y agravado, la reparación integral a la víctima no está prevista expresamente como causal de extinción de la acción penal, sino como mecanismo de reducción punitiva, tal cual lo entendió y aplicó el Tribunal Superior de Bogotá al desatar la alzada y otorgarle a L.M.G.C. una rebaja de la mitad de la pena por ese concepto.

Por tanto, se equivoca el actor en la lectura de los artículos 24 de la Ley 1826 de 2017 y 82 del Código Penal, al invocar su aplicación favorable, cuando de su texto no se extrae que la reparación integral a la víctima del delito de hurto calificado y agravado, extinga la acción penal.

Por el contrario, se itera, de manera explícita el Código Penal prevé que la reparación que realiza

el responsable de tal conducta delictual, trae aparejado como efecto la disminución en la pena a imponer.

Así las cosas, los argumentos planteados para fundamentar la causal invocada, no tienen la virtualidad de resquebrajar la doble presunción de acierto y legalidad que cubre la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal, cuyo proceder se ajustó a la normatividad vigente, la cual no ha sufrido variación alguna por disposición posterior.

En consecuencia, **se impone la inadmisión de la demanda de revisión».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRUEBA DOCUMENTAL: VIDEO

Validez cuando las grabaciones son efectuadas por la víctima de un delito con el propósito de preconstituir la prueba de su ocurrencia

En la providencia, a través de la cual no se casó el fallo impugnado y se ratificó la sentencia condenatoria que había sido impuesta por primera vez en segunda instancia por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, la

Corte tuvo oportunidad de examinar los parámetros de *licitud* y *legalidad* de la prueba documental, y particularmente los referidos a las grabaciones fonópticas o videos, recabando que este tipo de medios de convicción son *válidos* cuando son efectuados por la víctima de un delito con el propósito de preconstituir la prueba de su ocurrencia. Así, en el evento que analizó, advirtió que la evidencia de video grabada a través de teléfono celular, fue correctamente aducida a la actuación por la testigo de acreditación y adicionalmente no vulneró el derecho a la intimidad del procesado, en tanto que fue realizada por la madre de la menor sometida a la agresión sexual.

SP1591-2020 (49323) del 24/06/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA DOCUMENTAL - Video: grabaciones fonópticas o videos || **DOCUMENTO - Autenticidad** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** métodos de autenticación e identificación, reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso o producido || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** métodos de autenticación e identificación, se debe tener certeza acerca de su procedencia, integridad y mismidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** documentos anónimos como medio probatorio, no pueden ser admitidos || **ANÓNIMO - No es un medio de prueba** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cadena de custodia:** la inobservancia de los protocolos no origina nulidad de la actuación ni la exclusión del medio probatorio || **PRUEBA ILÍCITA - Consecuencias procesales** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba ilegal:** cláusula de exclusión || **PRUEBA ILEGAL - Consecuencias procesales** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba ilegal:** cláusula de exclusión, siempre que la formalidad

pretermitida sea esencial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba ilegal:** cláusula de exclusión, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales y el debido proceso probatorio

«Teniendo en cuenta que la primera -y principal- censura del recurrente consiste en la **supuesta ilegalidad del video que la Fiscalía introdujo al juicio con la testigo RRRT**, estima la Sala necesario retomar algunas precisiones conceptuales que sobre la prueba documental consistente en “grabaciones fonópticas o videos”, ha efectuado la jurisprudencia.

Con tal propósito, se analizará la naturaleza jurídica de estos medios de conocimiento, así como la forma en la que deben ser debidamente incorporados al juicio en calidad de pruebas.

Siguiendo ese orden, se debe partir por señalar que el numeral 4 del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal establece que **las grabaciones fonópticas o videos**, entre otros, **tienen la calidad de documentos. Dentro de esta categoría**, por supuesto, **están los videos que registran sucesos o acontecimientos**.

Por su parte, el artículo 425 ibídem determina que, salvo prueba en contrario, **se tendrá como auténtico el documento** cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. Finalmente, el artículo 426 de la misma obra enlista los métodos para autenticar un documento. Entre ellos está, como así se consigna en el numeral primero de esa norma, el reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso o producido. Esto implica, entonces, que quien tenga a su disposición un documento para valorarlo como prueba, debe tener certeza acerca de su procedencia, integridad y mismidad. Lo contrario, **un documento anónimo**, por ejemplo, **no puede ser admitido como medio probatorio** porque, precisamente, no es posible establecer su autenticidad o identidad, como así lo establece el artículo 430 ibídem.

Para cumplir esa finalidad, la ley procedimental penal también previó una serie de mecanismos con los que se garantiza la identificación, acreditación, custodia y autenticación de las evidencias, objetos y material probatorio en orden a reforzar su capacidad suatoria.

[...] En todo caso, cualquier inconsistencia que eventualmente pueda acaecer en cuanto a los mecanismos de identificación, acreditación, custodia y autenticación, -como por ejemplo **que no se haya respetado la cadena de custodia**-, **no tornan la prueba en inadmisibile** (tema que debe ser zanjado desde la audiencia preparatoria) **y mucho menos en ilícita sobre la cual se pueda aplicar la cláusula de exclusión** establecida en los artículos 29 de la Constitución Política y 23 del Código de Procedimiento Penal, pues esta sanción procedimental solo se predica respecto de pruebas obtenidas “*con violación de las garantías fundamentales*”.

Sobre el particular, **la Sala ha explicado las consecuencias que se derivan de una prueba ilícita o una prueba ilegal**. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente.

Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: autenticación, presupuestos legales esenciales respecto de los objetos o documentos que la parte pretende incorporar || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** autenticación, mecanismos, recolección técnica, debido embalaje, identificación, rotulación, cadena de custodia, acreditación por medio de testigos, reconocimiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** autenticación, mecanismos, cuando alguno falla para garantizar la autenticidad, integridad y mismidad, el medio probatorio pierde poder de convicción

«[...] dentro de esos **presupuestos legales esenciales** se encuentran todos aquellos previstos por el legislador para demostrar que los objetos o documentos que la parte pretende incorporar como prueba son lo que ese sujeto procesal dice que son. En otras palabras, el

Código de Procedimiento Penal prevé una serie de **mecanismos para garantizar que las evidencias y elementos materiales probatorios son auténticos**. Dentro de ellos se encuentran: **(i) recolección técnica; (ii) debido embalaje; (iii) identificación; (iv) rotulación inequívoca; (v) cadena de custodia; (vi) acreditación por medio de testigos; (vii) reconocimiento o autenticación**, entre otros.

Como es apenas obvio, **si alguno de estos recursos** para garantizar la autenticidad, integridad y mismidad de un medio de prueba **falla, este pierde poder de convicción** porque nadie le está garantizando al juez que lo que allí se está mostrando es lo que se dice que es”.

PRUEBA DOCUMENTAL - Video: apreciación, de grabación efectuada a través del teléfono celular || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** métodos de autenticación e identificación, reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso o producido || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** métodos de autenticación e identificación, se debe tener certeza acerca de su procedencia, integridad y mismidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** video, validez cuando las grabaciones son efectuadas por la víctima de un delito con el propósito de preconstituir la prueba de su ocurrencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** video, legalidad, introducción al juicio a través del testigo que lo grabó || **PRUEBA DOCUMENTAL - Video:** litud, no se vulnera el derecho a la intimidad, evento en que la grabación fue realizada por la madre de la víctima menor de edad, para acreditar la ocurrencia del delito sexual || **DERECHO A LA INTIMIDAD - No se vulnera** || **PRUEBA ILÍCITA - No se configura**

«En el caso que se analiza, **la Fiscalía aportó un video** en el que se observa la imagen de dos niñas jugando sobre una cama. Luego, aparece un hombre que alza a una de ellas, la sienta en sus piernas y comienza a hacerle tocamientos en sus genitales. La acción con la misma niña se repite luego de que el hombre se asoma por la ventana y le dice: *“venga la alzo otra vez”*».

Esta prueba documental fue introducida a juicio con la testigo RRRT, quien declaró haber sido la persona que grabó dicho material. Sobre los pormenores de la creación del video, explicó la testigo que el 10 de agosto de agosto de

2014, en horas de la tarde, ella y su hermana DNRT salieron de la casa y dejaron a sus respectivas hijas solas en la habitación. Allí, narró la deponente, también dejó oculto su teléfono celular en modo de grabación de video. Agregó que al regresar a la vivienda, su hija le manifestó *“mami, G no nos hizo nada, él no me bajó los pantalones”* y, más tarde, luego de que DN *“subió llorando”* y le dijo *“que G les había hecho algo a las niñas”*, fue que revisó el teléfono celular en donde encontró el video en el que observó a su vecino GRS alzando, tocándole los genitales y besando en la boca a su hija.

Al siguiente día, añadió la declarante, fue junto con su esposo CFM a formular la denuncia y a entregar el elemento de prueba. Ante la pregunta que sobre el particular le hiciera la Fiscalía en el juicio, aquélla afirmó que: **(i)** reconoce el video que se reprodujo en el juicio oral porque fue el mismo que ella grabó y observó el día de los hechos; **(ii)** quienes aparecen en las imágenes son GRS, su hija S.V.M.R. y su sobrina; **(iii)** el lugar en donde son captadas las imágenes corresponde a la habitación en la que ella vivía junto con sus dos hijas; **(iv)** en el video se observa que G alzó a su hija mayor, la sentó en sus piernas, la besó en la boca y le tocó la vagina.

Para la declarante, aunque en la imagen no se ve con nitidez el rostro del abusador, está segura de que se trata de GRS, como se expresó en los siguientes términos: *“es él, viví mucho tiempo con él, cómo no decir que es él, lo conozco perfectamente”*, y reconoció a la menor víctima como su hija.

Como se puede apreciar, **es palmario que una de las principales pruebas de cargo que aportó la fiscalía para demostrar los hechos de la acusación no es ilegal y, menos aún, que carece de autenticidad, identidad o mismidad.**

No es ilegal porque, como ya se explicó, no fue obtenida con violación de las garantías fundamentales ni para su producción, práctica o aducción se acudió a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En este punto cabe precisar que frente a la lacónica referencia que hizo el demandante **sobre la presunta violación del derecho fundamental a la intimidad del procesado al haber grabado su imagen en un video sin su consentimiento, la jurisprudencia de la Sala ha admitido la validez de las grabaciones cuando las mismas son hechas por la víctima de un delito con el**

propósito de preconstituir la prueba de su ocurrencia.

[...] Como es apenas obvio, si la víctima directa es una niña de 3 años y 8 meses, su progenitora estaba plenamente facultada para filmar imágenes de ella - independientemente del propósito que tuviera para hacerlo- y luego utilizar el contenido de ese video como prueba del abuso al que su hija fue sometida.

Por esta razón, la crítica que hizo el recurrente sobre los motivos que condujeron a que RRRT instalara una cámara de video en su propia habitación para filmar a sus hijas durante su ausencia son irrelevantes, en el entendido de que las imágenes que entregó a las autoridades registraron el momento en el que su hija menor de edad estaba siendo víctima de un delito. Bajo esa consideración, se concluye que **el video no se produjo con lesión del derecho a la intimidad. En consecuencia, la prueba no es ilícita y no es susceptible de exclusión».**

PRUEBA ILEGAL - No se configura || PRUEBA DOCUMENTAL - Video: legalidad || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Debido proceso probatorio: reglas, pasos graduales de solicitud, admisión o decreto, práctica, contradicción y valoración, establecidos en la ley || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** métodos de autenticación e identificación, se debe tener certeza acerca de su procedencia, integridad y mismidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** video, legalidad, autenticidad, introducción al juicio a través del testigo que lo grabó || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** legalidad, identidad y mismidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cadena de custodia:** incide en la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cadena de custodia:** la inobservancia de los protocolos no origina nulidad de la actuación ni la exclusión del medio probatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cadena de custodia:** la inobservancia de los protocolos puede afectar la aptitud probatoria del medio de conocimiento || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Se configura**

«En segundo lugar, **la prueba tampoco es ilegal** porque en su producción, aducción, práctica y valoración no se desconoció ninguno de los presupuestos legales previstos por el legislador

para garantizar que ese elemento de conocimiento es lo que la parte que lo aportó dice que es, como se pasa a explicar.

Por una parte, **la fiscalía demostró que ese video es auténtico** porque, como así lo exige el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal, **presentó en juicio a la testigo RRRT** quien bajo la gravedad del juramento declaró que la filmación exhibida fue la que ella hizo con su teléfono celular el 10 de agosto de 2014. Es decir, **se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo elaboró.**

De igual modo, **se tiene certeza sobre la identidad y la mismidad del documento**, pues contrario a lo que alegó el recurrente, se respetó la cadena de custodia y se garantizó que el elemento material probatorio que RRRT entregó a las autoridades el día en que formuló la denuncia, fue el mismo que se incorporó como prueba en la audiencia de juicio oral.

En todo caso, los reproches que formuló el defensor en relación con la supuesta violación de la cadena de custodia no tienen la entidad suficiente para mermar la capacidad suasoria del medio de conocimiento y, mucho menos, para configurar una causal que obligue a excluirlo del acervo probatorio.

Como de antaño lo ha venido sosteniendo la Sala a través de múltiples pronunciamientos y lo reitera en esta ocasión, **“la cadena de custodia, reglamentada en los artículos 254 y siguientes de la Ley 906 de 2004, también tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física”.** Sin embargo, también se ha precisado, **este mecanismo de autenticación no condiciona la admisión de la prueba, ni interfiere con su práctica como prueba autónoma.** De ahí que, en principio, **“no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad”.**

Bajo ese entendido, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual posteriormente se demuestran **defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación, o se pone en tela de juicio su autenticidad**, la verificación de estos aspectos **no torna la prueba en ilegal ni la solución es excluirla del conjunto probatorio. La consecuencia** frente a tales irregularidades no es otra que **la disminución de eficacia,**

credibilidad y asignación de mérito suasorio al elemento, como así se desprende del artículo 273 del Código de Procedimiento Penal.

[...] En este contexto, los reparos que el censor formuló a la cadena de custodia del video grabado por RRRT, además de ser intrascendentes respecto a su petición de exclusión, también resultan ser infundados según se pasa a explicar.

Afirmó el defensor de GRS que la referida cadena de custodia se rompió porque *«si el hecho fue el 10 de agosto de 2014 porque en la parte superior del formato aparece la constancia de entrega de este CD el 19 de agosto a las 7:00 horas, esto está en el formato N1, aparece como primera persona quien recibe un CD y entrega un CD y en el espacio donde debe firmar quien entrega y recibe el CD aparece inicialmente la firma de un policía y no se evidencia que la firma sea de RRR, al parecer es el señor NPC policía de la sijin»*.

También denunció el censor que las firmas de RRRT que figuran en el consentimiento informado y en el registro de cadena de custodia no coinciden, lo que lo lleva a concluir que este segundo formato no contiene la rúbrica de ese testigo, evidenciándose así la violación del protocolo que al respecto fija la ley.

Por su parte, el Tribunal, al abordar el tema de las supuestas falencias en el registro de cadena de custodia que denunció el recurrente, con acierto precisó, por un lado, que las eventuales inconsistencias en el diligenciamiento del formato lo único que afectan es la fuerza de

convicción del medio de prueba, y por el otro, que las inconsistencias señaladas no lograron superar el umbral de las simples posibilidades, lo que resulta ser un ejercicio propio de la suposición y la especulación.

[...] Pues bien, **para la Corte**, al igual que para el Tribunal, **el video que grabó RRRT y que fue introducido a juicio a través de ella tiene el suficiente poder de convicción** para dar por demostrado que un hombre adulto ingresó a la habitación en la que se encontraban dos niñas menores de edad y, a una de ellas, la alzó, luego la sentó en sus piernas, le dio besos en la boca y le tocó sus órganos genitales.

Este medio de conocimiento, junto con el testimonio de RRRT, también probaron que ese hombre que ingresó a la habitación fue GRS y que la niña sobre la que se hicieron los tocamientos abusivos era S.V.M.R. De igual modo, que esos hechos ocurrieron el 10 de agosto de 2014 en la habitación en la que la víctima residía con su progenitora, la cual se encontraba ubicada en el barrio Portal de María del municipio de Facatativá.

Por el contrario, los reparos que sobre esta prueba planteó el defensor y que ya quedaron suficientemente analizados no lograron minar la contundencia probatoria de ese medio de conocimiento que, valorado en conjunto con las demás pruebas, lograron derrumbar la presunción de inocencia que cobijaba al procesado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRUEBA DOCUMENTAL: EXPEDIENTE PENSIONAL Constituye información semiprivada, lo que descarta la necesidad de intervención de los jueces de control de garantías para su acopio

Al inadmitir la demanda de casación por indebida sustentación, la Corte se refirió a la interacción entre el *derecho de petición* y el de la *intimidad*, para explicar la naturaleza de la

información a la que es posible acceder y que se encuentra contenida en documentos tales como la *hoja de vida*, la *historia laboral* o el *expediente pensional*. En particular, determinó que la documentación que conforma este último, no alude a temas relacionados con el *núcleo esencial del derecho a la intimidad* ni a *datos sensibles* que la ubiquen en un ámbito especial de protección, sino que ostenta un carácter *semiprivado*, que comporta que no requiera de la intervención de los Jueces de Control de Garantías para su aducción.

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEMANDA DE CASACIÓN - Idoneidad sustancial || PRUEBA DOCUMENTAL - Hoja de vida || PRUEBA DOCUMENTAL - Historia laboral: no tiene carácter de confidencial **|| DERECHO A LA INTIMIDAD - No se vulnera || DERECHO A LA INTIMIDAD - Reserva legal de la información:** contenida en hojas de vida, historia laboral y expedientes pensionales, solo opera para los datos que involucran la intimidad y esfera de privacidad **|| PRUEBA DOCUMENTAL - Expediente pensional:** los documentos que lo integran no tienen la connotación de datos sensibles **|| SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental:** expediente pensional, constituye información semiprivada, lo que descarta la necesidad de intervención de los jueces de control de garantías para su acopio **|| FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - No se configura || FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Técnica en casación:** el recurrente debe enunciar la regla o procedimiento inobservados, la garantía transgredida y el efecto adverso concreto **|| DERECHO A LA INTIMIDAD - Datos que no requieren control judicial para su obtención || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Búsqueda selectiva en bases de datos:** evento en que no se está frente a este procedimiento y la documentación fue aportada con la denuncia **|| DERECHO A LA INTIMIDAD - No se vulnera:** cuando el titular de la información es quien la exhibe **|| FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Técnica en casación:** en eventos en que se alega que la incorporación de prueba documental debe someterse a control judicial

«En la demanda, la argumentación ofrecida como base del reparo pretermite la teleología de los derechos a la intimidad y de petición, y parte de la falsa premisa de que la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula este último, le dio carácter confidencial a «la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas», lo que daría lugar a

control judicial, en los términos del artículo 244 de la Ley 906 de 2004.

La acreditación del error de derecho por falso juicio de legalidad, no se satisface indicando la prueba sobre la cual hipotéticamente recae la irregularidad. Es necesario, además, acreditar en qué consistió la contrariedad normativa que afecta la validez del medio, al igual que su trascendencia, en orden a desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de la decisión atacada.

En este punto, **el reproche carece de idoneidad sustancial**, porque el casacionista sostiene que se desconoció una regla de producción de la prueba (control judicial), pero no logra acreditar que la regla que afirma desatendida fuese exigible para el caso en estudio, en relación con los documentos de distinta índole que integraban los procesos pensionales de CAJANAL.

En efecto, **la reserva legal de la información contenida en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales, no puede entenderse en abstracto**, de manera genérica, como lo expone el casacionista en su reclamo, porque la autorización que invoca, como viene de verse, **solo opera para los datos que involucran la intimidad de la persona, la esfera de su privacidad.**

Los documentos que conforman el expediente pensional de HJOM, no están amparados por este ámbito de protección, porque la información que allí reposa se integra de documentos que no refieren aspectos que tengan que ver con el núcleo esencial de su derecho a la intimidad. No tienen la connotación de datos sensibles, ni se vinculan con la *“esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas”*.

Y no puede ser de otra manera, si se tiene en cuenta que el ejercicio de su labor como docente no corresponde a una actividad que mantuvo aislada con relación a su grupo social, la comunidad o los individuos con los que compartió mientras desempeñó aquel rol. Por el contrario, esos datos reflejan un vínculo legal y reglamentario conocido por todos los que de una u otra forma tenían que ver con él, incluidas las instituciones estatales llamadas a designarlo en esa posición, la cual no puede olvidarse corresponde a un cargo público.

Además, la sentencia de constitucionalidad citada por el recurrente como fundamento de su tesis (C-336 de 2007), señala de manera explícita que **«los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social» constituyen información semiprivada, lo que descarta la necesidad de intervención de los jueces de control de garantías para su acopio**, con las salvedades allí anotadas y que no concurren en este evento.

Aunado a lo anterior, confluye a restarle entidad al reproche que, contrario a lo consignado en la demanda, **aquí no se está propiamente ante una búsqueda selectiva en bases de datos**, como allí se pregonaba, ya que la información obrante en los documentos catalogados ilegales, recaudados por los investigadores RRE y PAMV, fue aportada inicialmente por la abogada de asuntos penales de CAJANAL, CLPA, con la denuncia formulada el 26 de octubre de 2011.

En la noticia criminis, se destacó la presentación de una constancia suscrita en apariencia por una funcionaria del departamento de Casanare, en la que se indica que según resolución 0225 del 15 de mayo de 1978, el procesado había prestado servicios como docente nacionalizado en la escuela rural de Monterralo del municipio de Aguazul por 56 días, la cual, al ser constatada por el Patrimonio Autónomo Buen Futuro y la firma CYZA outsourcing, incluyó un estudio grafológico, permitió advertir que no correspondía a la realidad.

Con la denuncia se allegaron, entre otros, los siguientes documentos:

[...] Entonces, la crítica es intrascendente, por cuanto **la información catalogada ilegal no tuvo como fuente exclusiva los datos recopilados por los investigadores**. Se originó en la corroboración efectuada por el área

administrativa de CAJANAL, una vez HJOM allegó por conducto de su abogado la solicitud de reconocimiento de pensión gracia, labor de contraste relatada de manera pormenorizada por la doctora PA en su declaración en el juicio, con apoyo en diversa documentación.

La realidad que en su momento arrojó la misma, se ratificó luego con las gestiones agotadas por la policía judicial, las que, se insiste, dejaron constancia de situaciones objetivas, plasmadas en múltiples oficios y certificaciones.

[...] De otra parte, es de suma relevancia tener presente que los datos en cuestión fueron aportados por HJOM cuando allegó a CAJANAL diversas constancias de tiempo de servicios como soporte de sus solicitudes de pensión gracia, las cuales dieron lugar a la verificación correspondiente por esa entidad, obteniéndose los resultados conocidos.

Por ende, **se observa que el cargo carece de entidad para develar la posible vulneración de su derecho a la intimidad**, garantía cuya custodia explicaría la reserva legal para el acceso a la información, **al no advertirse el modo en que el procesado, como titular de ella, poseía interés en evitar que fuese divulgada, al ser él mismo quien la exhibió**.

[...] En suma, para que este cargo pudiera ser estudiado de fondo por la Corte, debía acreditar en forma concreta por qué razón la incorporación de los referidos documentos debían someterse al control judicial, situación que, como se ha dejado visto, aquí **no se demostró, ni aparece tampoco que fuera presupuesto de legalidad para la validez de las pruebas** (CSJ AP 2372-2019)».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - VÍCTIMA

HABILITACIÓN LEGAL Y CONSTITUCIONAL PARA REALIZAR SU PROPIA INVESTIGACIÓN

Le permite recopilar elementos materiales probatorios, evidencia física e información, siempre y cuando los introduzca al juicio a través de la Fiscalía

La Sala no casó y decidió confirmar el fallo condenatorio emitido por primera vez en segunda instancia, respecto del acusado por el delito de Hurto Calificado y Agravado, determinación que adoptó luego de un importante estudio sobre la *participación activa de la víctima* en las etapas anteriores y posteriores al *juicio oral*, así como respecto de la habilitación legal y constitucional que le asiste para realizar su propia investigación, cuyos

resultados sólo puede introducir al juicio a través de la Fiscalía. Se recordó en tal sentido que, por su condición de interviniente especial, la naturaleza de las actividades que puede desarrollar no se extiende a aquéllas que tengan *reserva judicial y legal*, comprometan prerrogativas constitucionales o requieran un *control previo y posterior* ante el Juez de Control de Garantías.

SP3579-2020 (50948) del 23/09/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: titular de la acción penal || **ACCIÓN PENAL - Víctima:** puede promover su inicio mediante la denuncia o la querrela || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** no tienen la condición de parte || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** es un interviniente especial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** participación activa en el proceso, mancomunadamente con la Fiscalía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** participación activa en el proceso, en etapas anteriores y posteriores al juicio oral || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juicio oral:** el debate probatorio se restringe a los adversarios, acusador y defensa || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** participación activa en el proceso, a partir de la fase de indagación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** habilitación legal y constitucional para realizar su propia investigación, le permite recopilar elementos materiales probatorios, evidencia física e información, siempre y cuando los introduzca al juicio a través de la Fiscalía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas:** participación activa en el proceso, interpretación armónica conforme a la constitución política || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas:** participación activa en el proceso, depende de la etapa procesal en que se encuentre, durante el juicio es menor y se hace a través de la fiscalía

«Por eso habrá la Corte de pronunciarse sobre el fondo de los reparos propuestos, en el entendido de que lo son en torno a la credibilidad de la víctima, no sólo por tratarse de un testimonio interesado, sino en especial porque sus

aserciones en torno a la identificación de su victimario **surgieron a partir de la investigación que ella misma realizara** y que en consideración del censor le estaba vedada.

Yerra, sin embargo, **el libelista sobre dicho supuesto, pues** si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política concierne a la Fiscalía General de la Nación investigar las conductas punibles y en tal virtud es el órgano encargado de ejercer la acción penal, no menos lo es que tal función se activa, en no pocos casos, cuando el afectado acude a ella con la denuncia o la querrela de parte, luego, en principio, **a la víctima le es dado promover el inicio de la acción penal.**

Ahora, ^{también} lo es que, en términos de la Ley 906 de 2004 y el alcance dado a la misma por la Corte Constitucional, especialmente en la sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, **la víctima no tiene la calidad de parte** (solamente lo son Fiscalía y acusado), **sino de un interviniente especial** que, a pesar de carecer de las mismas facultades del procesado o del acusador, sí está **dotado de unas singulares características que lo facultan a participar de manera activa en el desarrollo del proceso**, lo cual es más evidente en las etapas anteriores y posteriores al juicio oral, toda vez que, en éste su actividad se desarrolla mancomunadamente con la Fiscalía por comprenderse que el debate probatorio se restringe a los adversarios acusador y defensa.

Es decir, **desde la Constitución se habilita a la víctima para participar activamente en el proceso a partir de la fase de indagación, y si ello es así, como en efecto lo es, nada obsta para que realice su propia investigación y recopile elementos materiales probatorios, evidencia física e información, siempre y cuando todo ello lo conduzca en el juicio a través de la Fiscalía**, habida consideración que en nuestra sistemática procesal penal la introducción probatoria en dicho ámbito solamente puede darse a través de los referidos adversarios.

Por demás, el reconocimiento legal de que en dicha etapa puede intervenir activamente la víctima, se revela en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual a la Fiscalía le está permitido archivar las diligencias en decisión motivada que debe ser comunicada a aquella, determinación que de otro lado, no es definitiva, de modo que es posible reanudar la indagación si aparecen nuevos elementos

probatorios, aportados, inclusive, por la víctima, tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005.

“Por lo mismo, (señaló la Corte en auto del 7 de diciembre de 2011, Rad. No. 37596), si para este específico propósito se la habilita para aportar elementos probatorios en aras de impetrar a la Fiscalía reanude su indagación, nada obsta para que igual lo haga en situaciones diversas con el objeto de coadyuvar en la tarea del ente acusador, máxime que, por su condición, tuvo contacto directo con el delito y de primera mano e inmediatamente puede recopilar elementos que con el paso del tiempo tienden a perderse”.

Por tanto, **bajo una comprensión armónica de la estructura del proceso acusatorio**, la facultad de intervención activa que tienen las víctimas revela a su base una legitimación constitucional para hacer valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, sin soslayar desde luego que, en tratándose del juicio y en procura de la igualdad de armas entre los oponentes, la legislación reguló la forma de su participación, adjunta y no separada de la de la Fiscalía.

Lo anterior significa que los elementos que definen la participación de la víctima en tanto interviniente especial en las diversas esclusas del proceso penal depende de la específica etapa de que se trate, luego, habiéndose precisado desde la Constitución su participación durante el juicio, ha de concluirse que **la posibilidad de que intervenga directa y autónomamente es mayor**, como ya se dijo, **en las fases previas o posteriores y menor en la del juzgamiento**, etapa ésta en la cual la Fiscalía desplegara su actividad con base en su propia investigación y en la que hubiere realizado la víctima en las previas, de modo que, habiendo participado en la construcción del caso para defender sus derechos, éstos se proyecten precisamente por conducto de la Fiscalía.

En consecuencia, una primera conclusión en procura de responder los cuestionamientos del impugnante, se impone: **la víctima se encuentra constitucional y legalmente habilitada para adelantar por cuenta propia una averiguación de los hechos que la hubieren afectado, pero sus resultados no los puede hacer valer o introducir al juicio de manera autónoma, sino a través de la Fiscalía**, luego, en ese sentido, yerra aquél al suponer que una tal actividad le estaba vedada y que si quería

establecer las circunstancias de los sucesos que la pusieron en esa condición tenía que acudir a los órganos oficiales de investigación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima: habilitación legal y constitucional para realizar su propia investigación, no la faculta para realizar registros, allanamientos o interceptación de comunicaciones, en desmedro de prerrogativas constitucionales o de la reserva judicial o legal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** habilitación legal y constitucional para realizar su propia investigación, le permite la elaboración de un retrato hablado del agresor, su identificación a través de terceros en lugares públicos, la consecución de datos como nombre, número del documento de identidad en sitios web, su exhibición ante potenciales testigos, o la entrevista a éstos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** habilitación legal y constitucional para realizar su propia investigación, respecto de actividades que no tienen reserva judicial y legal, no afectan prerrogativas constitucionales y tampoco necesitan control judicial previo o posterior || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Diligencias** que no requieren control judicial previo ni posterior ante el Juez de Control de Garantías

«Obviamente **la actividad que en ese sentido desarrolle la víctima ha de sujetarse a las restricciones del ordenamiento y en especial observar los derechos fundamentales**, pues es claro que **mal podría realizar un registro, o un allanamiento o interceptar comunicaciones en desmedro de prerrogativas constitucionales o de la reserva judicial o legal que ciertas actuaciones, documentos o información imponen**, como que, **en tal caso, sí le está vedada cualquier intervención directa**.

En ese sentido, **la elaboración de un retrato hablado del agresor, su identificación a través de terceros en lugares públicos, la consecución de datos como nombre, número del documento de identidad en sitios web, su exhibición ante potenciales testigos, o la entrevista a éstos, corresponden sin duda, a actividades de investigación que la víctima puede, en efecto, adelantar**, más aún cuando no se aprecia en ellas la vulneración de alguna prerrogativa fundamental, ni de la reserva judicial o legal, y a cambio sí revelan el comienzo

de la concreción de los derechos que le corresponden.

Luego, si por adelantar su propia investigación se trata, estando habilitada para ello, es incuestionable que la víctima, en su testimonio, no pierde crédito alguno. En otras palabras, no porque haya llevado a cabo por cuenta propia sus averiguaciones deja de ser creíble; por el contrario, quién mejor que el propio ofendido el idóneo para establecer las circunstancias del punible y sus autores, mucho más en este evento en que permaneció por varias horas al lado de su agresor y de esa manera logró, desde luego, su identificación a través de los rasgos físicos que transfirió en el retrato hablado, con el cual finalmente supo de quién se trataba, por su nombre y documento de identidad, que confirmó ante la Registraduría Nacional del Estado Civil al obtener de la entidad aquellos datos que carecen de reserva legal o judicial y por lo mismo su obtención no se halla sometida a control previo o posterior de un juez de garantías, según la hermenéutica del artículo 244 de la Ley 906 de 2004».

HABEAS DATA - Registraduría Nacional del Estado Nacional: con fines investigativos, los jueces y funcionarios de policía y de seguridad tendrán acceso a los archivos de la Registraduría || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** evento en que no sólo formuló la denuncia sino que además participó mancomunadamente de los actos de investigación con los órganos de indagación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctima:** habilitación legal y constitucional para realizar su propia investigación, evento en que fue ratificada o avalada por la Fiscalía

«Por demás, **si es que se trata del aval o de la ratificación o intervención de los órganos de indagación**, habiendo el denunciante trasladado sus averiguaciones a la policía judicial y a la Fiscalía, ninguna duda cabe de que estas entidades, además de que se la imprimieron, tienen acceso a las bases de datos de la Registraduría y que con respecto a ellas no es

imposible invocar la reserva que ahora reclama el impugnante, toda vez que en términos del referido artículo 213 del Código Electoral, *“con fines investigativos, los jueces y funcionarios de policía y de seguridad tendrán acceso a los archivos de la Registraduría”*.

Acá la víctima no solo formuló denuncia ante las autoridades respectivas, sino que además ante Policía Judicial la amplió, así también lo confirmó la defensa en su intervención al referir que aquella suministró información a ese órgano de indagación en una entrevista de 9 hojas, y **fue convocada a la práctica de actos de investigación** como un reconocimiento fotográfico, diligencia esta que, más allá de que se haya excluido como medio probatorio, obviamente suponía que por lo menos oficialmente se poseía una fotografía del indiciado.

Eso, sumado al seguimiento que la Fiscalía observó del presunto autor, pues a 4 meses de sucedidos los hechos, ya individualizado e identificado aquél, empezó a solicitar la realización de audiencia de formulación de imputación, estableciendo en principio que se encontraba privado de libertad en Girón-Santander y luego favorecido con detención domiciliaria que cumplía en Itagüí, de la cual se evadió, para finalmente determinarse que había sido recapturado por razón de otro proceso y se hallaba recluido en establecimiento carcelario de este último municipio, revela que, **a diferencia de lo señalado por el recurrente, la investigación de los hechos, la individualización e identificación de su presunto autor fue una labor mancomunada entre los órganos de indagación y la víctima, de modo que infundada resulta cualquier aserción, si es que fuere un condicionamiento de legalidad o de credibilidad, en torno a que aquella careció del aval o de la ratificación del órgano persecutor de los delitos».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

26. USURPACIÓN DE INMUEBLES - DIFERENCIA CON EL DELITO DE DAÑO EN BIEN AJENO:

Dependiendo si se trata de un daño simple o calificado

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - SE CONFIGURA:

Cuando se impone por la fuerza una servidumbre de tránsito, sin acudir a los mecanismos jurídicos que proporcionan las normas civiles

La Sala casó la sentencia del Tribunal, condenatoria por el delito de *Daño en Bien Ajeno*, para en su lugar ratificar la de igual naturaleza emitida por el Juzgador unipersonal, por el concurso material entre los delitos de *Usurpación de Inmuebles e Invasión de Tierras o Edificaciones*, tras advertir configurada la *violación directa de la ley sustancial*, en el examen de las conductas descritas. La Corporación encontró fundamental explicar la diferencia entre el tipo de *Usurpación de Inmuebles* y el de *Daño en Bien Ajeno*, teniendo como soporte el elemento subjetivo que se identifique en el actuar del sujeto activo. Y en punto a la *Invasión de Tierras o Edificaciones*, constató su configuración, en tanto que se impuso por vías de hecho una servidumbre de tránsito sin acudir a los mecanismos legales de naturaleza civil.

SP4394–2020 (54832) del 11/11/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO - Delitos contra la propiedad inmobiliaria: Usurpación, abarca los punibles de usurpación de inmuebles, y la invasión de tierras o edificaciones || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Antes denominado usurpación de tierras** || **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO - Delitos contra la propiedad inmobiliaria:** Usurpación, similitudes con el Hurto || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Diferencias con el hurto** || **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Similitudes con el Hurto** || **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Diferencias con el hurto** || **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO - Delitos contra la propiedad inmobiliaria:** Usurpación, la diferencia con el

hurto radica en la naturaleza de inmueble del bien físico objeto de infracción delictiva || **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO - Delitos contra la propiedad inmobiliaria:** Usurpación, los inmuebles no se sustraen, sino que se invaden

«En el Título VII de la Parte Especial del Código Penal, **el legislador incluyó en los delitos contra el patrimonio económico, los descritos contra la propiedad inmobiliaria**, mencionados en su Capítulo Séptimo **en la forma genérica de usurpación**. Dos de sus especies la constituyen los punibles de **usurpación de inmuebles** (antes de la modificación introducida por el artículo 9 de la Ley 1453 de 2011, denominado usurpación de tierras) y la **invasión de tierras o edificaciones** (artículos 261 y 263 del estatuto punitivo, respectivamente).

Al igual que el hurto, las ilicitudes en mención implican un acto de desapoderamiento, o cuando menos, el medio eficaz para obtener el propósito, recaen sobre cosas ajenas, concurre la finalidad de obtener o derivar un provecho y se verifica ausencia de consentimiento del dueño o poseedor de la cosa.

Sin embargo, **la principal diferencia radica en un elemento fundamental, derivado de la naturaleza del bien físico objeto de infracción delictiva:** la remoción de la cosa en el hurto, imposible tratándose de inmuebles; a estos se les usurpa, invade o desaloja a los que lo tienen en su poder, pero no se les toma, aprehende o sustrae, de ahí la antigua máxima de que **«los inmuebles no se sustraen, sino que se invaden»** (Cfr. CSJ, 3 oct. 1952, GJ T. LXXIII, n.º 2119 y 2120, págs. 372 a 377)».

USURPACIÓN DE INMUEBLES - Límites: son todos aquellos signos físicos, de carácter natural o artificial, con vocación de permanencia y que constituyen la línea divisoria entre inmuebles || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** testigo de cargo || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Tipicidad objetiva** || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Tipicidad subjetiva:** ingrediente subjetivo, propósito de obtener un provecho ilícito || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Verbos rectores:** destruir || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Lindero:** concepto y finalidad || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Lindero:** cerca de alambre, finalidad distinta a una puerta o portón || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Se configura:** evento en que se destruyó el

alambrado que fijaba el lindero, como medio necesario para cumplir con la finalidad de aprovechar el terreno ajeno || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Diferencia con el delito de daño en bien ajeno:** dependiendo si se trata de un daño simple o calificado || **DAÑO EN BIEN AJENO - Se configura:** mediante la modalidad de daño simple, cuando el sujeto activo, por motivos de enemistad, destruye el cerco divisorio para perjudicar a su propietario || **USURPACIÓN DE INMUEBLES - Se configura:** mediante la modalidad de daño calificado, cuando la acción dañina del cerco divisorio responde al propósito de apropiarse en todo o en parte, o derivar provecho del bien inmueble colindante || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Interpretación errónea:** se configura

«En lo que concierne al punible de **usurpación de inmuebles**, ha de indicarse lo que resultó probado al interior de la foliatura, a partir de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes elaborada por la fiscalía en el juicio de acusación.

A pesar de que en un primer momento el pliego acusatorio versó sobre el verbo rector «*alterar*» y añadió que ello recayó sobre una servidumbre de tránsito (fundamento que, al parecer, sirvió para su intervención a la agente del Ministerio Público en la audiencia de sustentación), tal postura fue posteriormente corregida por el ente instructor, para significar que el punible de usurpación se perpetró en el momento en que, para la construcción de la carretera, los hermanos GA destruyeron linderos de la heredad La Esperanza Lote n.º 2.

Recuérdese que **los límites son todos aquellos signos físicos**, de carácter natural (árboles, fallas del terreno, piedras, canales de agua, etcétera) o artificial (verbigracia, cercos o edificaciones), fijos, esto es, con vocación de permanencia y **que**, en términos generales, **constituyen la línea divisoria entre inmuebles**.

La testimonial de cargo (GJHM, VMHM y JDML) enseña que en la construcción de la vía hubo daños en canales de riego, cercos, broches, vallados y acequias y, específicamente, la destrucción de un alambrado, en donde se instaló una compuerta de ingreso a la propiedad de LAGA.

La evidencia incorporada al expediente no deja margen de duda que, entre la finca [...] y el predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º [...], denominado [...], existe colindancia en su

zona posterior (como en precedencia se describiera), línea divisoria que está circunscrita a un cerco de alambre y que en uno de sus puntos fue destruido por los acusados para establecer un portón de entrada a la finca de recreo, precisamente por su parte trasera.

Con claridad emerge que en el presente asunto **los procesados actuaron determinados por el ingrediente subjetivo de derivar provecho** de una franja del inmueble [...] Lote n.º 2, la que utilizaron para construir por su mitad la carretera de acceso a su terreno y hacer más expedito el camino para ellos y para sus clientes, respecto del recorrido que originalmente estaban llamados a transitar, por la servidumbre establecida en el predio en mayor extensión del cual se segregó la finca y la posterior vía terciaria.

Así las cosas, la destrucción del lindero no asoma gratuita, pues, literalmente, ello constituyó la puerta de entrada a la posterior conducta invasora contra la propiedad inmobiliaria. Vale decir, ese daño evidente surge de medio necesario para la finalidad de aprovechar el terreno ajeno.

El alambrado no debe ser entendido de forma descontextualizada como el escueto objeto material, sino, en consideración a la preponderante función para el cual había sido instalado (mucho antes de ingresar en condición de propietario colindante LAGA), como señal divisoria de los predios, signo empleado inequívocamente para marcar sus confines; de ahí que resulta muy gráfico que se fije una alambrada, que conforme a la primera acepción que el Diccionario de la Lengua Española enlista, es «*cerca de alambres afianzada en postes para impedir el paso*» [subrayado fuera de texto], a que se instale una puerta o portón, cuya finalidad es totalmente contraria.

Por ende, debe comprenderse que la destrucción, por los acusados, del alambrado que fijaba el lindero, tuvo como propósito derivar provecho del predio colindante [...]: la libre circulación de extraños, por terrenos ajenos, razón por la que se actualiza el tipo penal de usurpación de inmuebles, delito medio que torna punible la invasión de la misma heredad, como adelante se precisará.

Antes, es necesario advertir que los artículos 265 y 261 del Código Penal, incluyen dentro de sus **verbos rectores: destruir**, esto es, **ambos comparten la noción de daño, siendo relevante establecer el elemento subjetivo que**

informa al agente al momento de realizar la conducta, toda vez que de ello dependerá el encuadramiento típico.

Así, en la forma casuística, puede hablarse de un **daño simple**, si el sujeto activo, por motivos de enemistad, destruye el cerco divisorio para perjudicar a su propietario, (caso en el cual estaremos ubicados en el canon 265 ibídem), **o calificado**, si su acción dañina responde al propósito de apropiarse en todo o en parte, o derivar provecho del bien inmueble colindante (situación que se aviene a lo previsto en el precepto 261 ejusdem).

De otra parte, aunque los testigos de cargo refirieron menoscabos al interior del inmueble [...] Lote n.º 2, entre ellos, a canales de riego, broches, vallados, acequias, y tala de árboles, circunstancia por la que el libelista reclama el concurso entre las conductas usurpadora y dañosa, lo cierto es que esos daños, precisamente, hacen parte del fin usurpador en el que se pretendió derivar el provecho sobre el terreno, razón para que se entiendan comprendidos en el punible acusado y por el que el fallador unipersonal profirió condena.

[...] La conducta invasiva se demuestra sin dificultad, a partir del comportamiento adelantado por los hermanos GA:

(i) Ingresaron en terreno que conocían como ajeno y, por su mitad, hicieron pasar una carretera que sirve al exclusivo propósito comercial de tránsito vehicular hasta la finca de alquiler;

(ii) La construyeron de forma arbitraria y clandestina, por su simple capricho, vale decir, sin el consentimiento expreso o tácito de los dueños del predio La Esperanza Lote n.º 2, quienes, mediante querrela policiva, infructuosamente elevaron su voz de protesta por los primigenios actos perturbadores de la propiedad, situación que los motivó a instaurar la correspondiente noticia criminal; y

(iii) Su ejecución obedeció al **designio de obtener un provecho ilícito**: permitir el acceso indiscriminado de vehículos y personas ajenas a la heredad, clientes del servicio de alquiler de su finca; si en cuenta se tiene que los procesados carecen de cualquier derecho sobre el terreno invadido.

Agréguese que la prueba testimonial informa que el otrora potrero unitario era utilizado para el

pastoreo de animales, vacunar el ganado y, en ocasiones, cultivar, actividades todas que necesariamente se afectaron con el tránsito vehicular y de personas extrañas al lugar, como quiera que el broche de acceso al lote (contiguo a la casa «de los M»), en la práctica fue inutilizado para posibilitar el paso de automotores, lo que no permite tener control sobre el ganado a través de su encerramiento.

En esencia, **a los propietarios se les privó de ocupar el inmueble**, al no poder usufructuarlo para lo que, hasta la conducta invasiva, se hallaba destinado».

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES -

Tipicidad subjetiva: ingrediente subjetivo, propósito de obtener provecho ilícito, predicable de quien actúa alejado de la buena fe ||

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES -

Se configura: a través de vías de hecho para ejercitar un pretendido derecho || **DERECHO DE**

DOMINIO - Sobre bien inmueble: limitaciones, servidumbre, clases || **DERECHO DE DOMINIO**

- Sobre bien inmueble: limitaciones, servidumbre, clases, de tránsito, no se puede imponer por vías de hecho || **DERECHO DE**

DOMINIO - Sobre bien inmueble: limitaciones, servidumbre, clases, de tránsito, requisitos ||

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES -

Se configura: cuando se impone por la fuerza una servidumbre de tránsito, sin acudir a los mecanismos jurídicos que proporcionan las normas civiles || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Interpretación errónea:** se configura

«Dado el evidente dislate en que incurrió, comentario especial merece el argumento del Tribunal, por el cual consideró no acreditada la conducta de invasión.

Luego de aceptar que los hermanos GA echaron mano de parte del lote La [...] n.º 2 para construir una vía que comunica a la finca [...] con la carretera principal que va de Sopetrán a Medellín, es decir, que, de hecho, establecieron una **servidumbre de tránsito**, el ad quem indicó que:

[...] Esta última argumentación, precisamente, es la que **sirve de cimiento a la condena por invasión de tierras o edificaciones, razón por la que ninguna incorrección cometieron la fiscalía y el fallador unipersonal en punto de adecuación típica**, a pesar del reiterado «llamado

de atención» que en ese sentido realizó el juez plural.

Por otra parte, ha de convenirse con la doctrina que, con frecuencia **el delito en comento se presenta bajo la forma de vías de hecho para ejercitar un pretendido derecho**, razón por la que el fundamento del Tribunal de que no es delictual la imposición de facto de una servidumbre de tránsito, en contravía del querer del propietario, constituye un despropósito, habida cuenta que, **a pesar de que la figura de la servidumbre encuentra regulación en las disposiciones de carácter civil, ello no significa la licitud de la conducta**, tan solo porque se acuda al mencionado instituto, pues, en el comportamiento subyace la finalidad de transgredir la norma penal.

De acogerse la tesis del fallador colegiado, sería tanto como decir que, *«como la compraventa se encuentra regulada en los artículos 1849 y siguientes del Código Civil, no es ilícita la venta de estupefacientes»*, o que, *«como el artículo 38 Constitucional establece el derecho de libre asociación, no comete delincuencia alguna, quien se asocia para cometer delitos»*, entre tantos otros ejemplos que podrían mencionarse.

El instituto jurídico de **la servidumbre**, previsto en el numeral tercero del artículo 793 del Código Civil, **constituye una limitación al derecho de dominio**, que opera como una carga que la ley o la naturaleza imponen a un predio que, por sus condiciones naturales, debe servirle a otro inmueble que pertenece a otro propietario.

La Corte Constitucional (sentencia CC C-504-2007), en sede de control abstracto de constitucionalidad, se encargó de estudiar el tema de las servidumbres de tránsito (artículo 905 ibidem), de la siguiente forma:

[...] Lo anterior se trae a colación, pues, el fallo de la Corte Constitucional determinó que las

servidumbres de tránsito pueden imponerse -por los cauces legales, claro está-, aun si el predio beneficiario de la medida no se encuentra *«totalmente»* comunicado.

En el caso concreto, **la única relación jurídica que tiene la finca [...], con el predio [...]** n.º 2 (matrícula inmobiliaria n.º [...]), **es el de ser colindantes**. Quien está llamado, conforme al artículo 908 del Código Civil, a proveerle obligatoriamente de la servidumbre de tránsito, es el predio en mayor extensión, también denominado [...] (matrícula inmobiliaria n.º [...]), del que se desmembró.

En efecto, quedó probado que este último, como predio sirviente, cumplió con dicho mandato y proporcionó servidumbre de tránsito por su terreno, la misma que conecta con la parcelación El Palmar y de ahí a una vía terciaria, hasta encontrar la troncal pública.

En otras palabras, [...] no puede considerarse como *«predio enclavado»*, pero, aún si en gracia de discusión se admitiera que lo es, ello tampoco otorga derecho a imponer a la fuerza una servidumbre a su vecino, como pareció entenderlo el Tribunal; para ello están los mecanismos jurídicos que proporcionan las normas civiles, que repudiaron los procesados y, en su lugar, emprendieron la empresa constructora de una carretera, que hicieron pasar por la mitad de un fundo y cambiaron el paisaje, pues, en juicio resultó muy dicente escuchar que ahora parecen dos, proceder que ineluctablemente posee repercusiones penales a través de la actualización del tipo descrito en el artículo 263 del estatuto punitivo.

En consecuencia, el presente cargo también prospera».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

27. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - BIEN JURÍDICO TUTELADO:

ARMONÍA Y UNIDAD FAMILIAR

Quien invoca su protección debe estar dispuesto a hacer patente que sus actos buscan conservar la buena correspondencia y concordia entre los familiares

La Sala casó oficiosamente el fallo absolutorio impugnado y declaró la *prescripción* de la *acción penal*, luego de encontrar que la *calificación* correcta de la conducta objeto de acusación correspondía a la de *lesiones personales* en lugar del tipo penal de *violencia intrafamiliar*. Para arribar a esta determinación, efectuó

fundamentales precisiones sobre el *derecho de corrección* que asiste a los padres sobre los hijos, enfatizando en que tal potestad no autoriza el castigo corporal o moral. Adicionalmente, estudió el bien jurídico referido a la *armonía y unidad familiar*, poniendo de presente que quien invoca su protección debe hacer patente que sus actos buscan su conservación, lo que no se demostró en el asunto analizado, en el que la hija menor de edad rechazaba la integración familiar con el padre causante de las lesiones.

SP3888-2020 (54380) del 14/10/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado: armonía y unidad familiar, quien invoca su protección debe estar dispuesto a hacer patente que sus actos buscan conservar la buena correspondencia y concordia entre los familiares || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** armonía y unidad familiar, no se vulnera, evento en que el sujeto activo buscaba la integración y el sujeto pasivo la rechazaba || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** armonía y unidad familiar, no se vulnera, evento en que la hija menor de edad rechazaba la unidad familiar con el padre acusado || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** armonía y unidad familiar, no se vulnera, evento en que no existía para el momento de los hechos, pese a los vínculos de parentesco || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** evento en que el padre causante de las lesiones a su hija menor de edad perseguía propiciar la unión y armonía familiar, pese a encontrarse rota de antemano

«El bien jurídico.

Frente a las **lesiones personales causadas a la menor**, las recurrentes consideran que el ad quem debía remitirse al tipo penal de la **violencia intrafamiliar** con el fin de determinar la lesión del bien jurídico de la familia y no el de la integridad personal, teniendo en cuenta lo dicho por la Corte en su providencia del 20 de marzo de

2009, rad. 46935, en la que fijó factores de ponderación desconocidos en el fallo atacado.

La Constitución Política de 1991, consagra un amparo especial a la familia al tenerla como núcleo fundamental de la sociedad, establecer que esta y el Estado son garantes de su protección integral y sancionar toda forma de violencia en ella, por considerarla destructiva de su armonía y unidad.

En virtud de tal mandato constitucional, se expidió la Ley 294 de 1996, a partir de la cual se empieza a legislar para prevenir, remediar y sancionar la violencia en la familia, cuyo propósito no era otro que el de dar un tratamiento integral a sus diferentes modalidades para asegurar su armonía y unidad.

En este sentido, **el bien jurídico desde la consagración del tipo penal de violencia intrafamiliar es el de la armonía y la unidad familiar**, al propender que entre los miembros del núcleo familiar haya amistad y buena correspondencia, unión y concordia, así como en los objetivos perseguidos por la familia.

[...] Desde esta perspectiva, **los intereses de sus miembros han de confluir hacia la unidad y armonía familiar**, por lo que el legislador espera al sancionar cualquier forma de violencia contra uno de sus integrantes, preservar el bien jurídico de la que considera núcleo fundamental de la sociedad, mientras su protección, necesaria, contribuye a su desarrollo, al de la comunidad y al del Estado.

En consecuencia, **no lesiona ni pone en riesgo dicho bien jurídico, el integrante del núcleo familiar que por el contrario busca preservarlo a pesar de las razones que conllevaron a la ruptura de la vida familiar** y procura mantener el trato y la unión con los que siguen siendo parte de él. El ámbito de protección de la norma no puede extenderse a situaciones problemáticas de esta naturaleza.

[...] Ahora bien, **quien invoca su protección debe estar dispuesto a hacer patente que sus actos buscan conservar la buena correspondencia y concordia entre los familiares** debido a los lazos parentales, están dirigidos a que la unidad y armonía perdure porque sirve a su interés y al del grupo familiar del cual hace parte.

Por supuesto que **esta no fue la actitud de la menor**. Desde la noche anterior estaba

predispuesta a no compartir con su padre. Este, debido al régimen de visitas establecido judicialmente por la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico con su esposa, esperaba hacerlo ese fin de semana, para lo cual acudió a recogerla a la residencia donde su madre acostumbraba a dejarla con ese propósito.

El ad quem advirtió de las declaraciones de la menor *“la ruptura del núcleo familiar”*, el rompimiento de la relación con una de sus hermanas, la intención de eludir la visita de su padre, argumentando no sentirse bien en compañía de él debido a los regaños constantes y la poca paciencia que tenía con ella.

Esto es, que **mientras el padre procuraba la integración** y buscaba, a pesar del divorcio, mantener el contacto **con su hija, ella la rechazaba**, incumpliendo no solo la obligación de compartir periódicamente con él y sus otras hermanas, sino llevando al acusado, en medio de su frustración, a obligarla a acompañarlo prevalido de la fuerza ante el desafío a su autoridad.

En tales circunstancias, el padre propiciando la unidad y propendiendo mantener la armonía familiar, y la hija, con o sin razón, oponiéndose a ella. **La conducta del acusado en tal sentido no lesiona el bien jurídico objeto de tutela penal, porque este caso particular no afecta la unidad y armonía familiar que no existía para ese momento, no obstante los vínculos parentales existentes, dada la manifiesta voluntad de la menor de no querer nada con su padre**, exteriorizada tanto en los actos reseñados en la sentencia, como en sus manifestaciones igualmente reproducidas en esta [...].

Conducta deliberada de la menor, que esa mañana en desarrollo de una cita con la

psicóloga, a pesar de haber sido aconsejada por esta para *“que le manifestara al papito con todo respeto que no quería salir”*, tan pronto como arribó el acusado a recogerla corrió a refugiarse en uno de los baños del apartamento, encerrándose, gritando y manifestando no querer irse con él.

La insistencia del acusado y la renuencia de la menor propició recriminaciones mutuas, cuando ésta creyendo que su padre se había marchado salió del baño encontrándolo recostado en la cama esperándola, que terminaron con la bofetada propinada por FZ a GFD, porque esta, según él, lo habría agredido y para calmar lo que llamó *“pataleta”* de su hija.

El acusado enseguida sujetó a su descendiente por uno de sus brazos sacándola del apartamento, pero esta se agarró de una reja de la portería, momento en el que HMP, ante sus llamados de auxilio, intervino llamando la policía.

Esto es, que mientras el acusado dice haber respondido a la agresión de su hija, quien le lanzaba patadas alcanzando a pegarle en sus testículos, esta desafiaba su autoridad.

En el anterior contexto, **no se equivoca el Tribunal cuando interpreta que los hechos correspondieron a un altercado en el que el bien jurídico no resultó afectado**, pues las evidencias indican que **el acusado perseguía propiciar y mantener la unión y armonía familiar con su hija, rota de antemano** por los sentimientos y actitudes de la menor hacia su padre.

[...] **El cargo no prospera».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá