



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2021

Julio a Septiembre de 2021

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. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del estado y terceros civiles que no hacen parte de la fuerza pública	2
2. ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Elementos y características	7
3. ALCANCE Y APLICACIÓN DE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN JUSTICIA Y PAZ	18
4. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN DEL HOMICIDIO - Necesidad de verificar los presupuestos	24
5. CONCUSIÓN - Configuración	27
6. CONTRATO DE SEGUROS, SEGUROS DE DAÑOS, SEGURO DE CUMPLIMIENTO, PARTICULARIDADES	31
7. DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO - Testimonio adjunto	42
8. DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Concurso homogéneo y sucesivo ocurrido durante tránsito legislativo	46
9. ENFONQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales	50
10. ESPIONAJE - Concepto y elementos	55
11. HOMICIDIO CON DOLO EVENTUAL EN ACTIVIDADES RELIGIOSAS O DE ÍNDOLE ESPIRITUAL	57
12. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL - Juicio de peligrosidad	72
13. INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DE FAMILIA EN EL PROCESO - El defensor de familia que participa en el proceso penal no se encuentra facultado para sustituir a los padres, representante legal o defensor de víctimas	78
14. LESIONES PERSONALES - La víctima tenía lesiones anteriores	80
15. PECULADO POR APROPIACIÓN - Reintegro parcial de lo apropiado, rebaja de pena se calcula según el porcentaje de lo reintegrado sobre la cuarta parte de la pena y en relación con el número de delitos	83
16. TESTIMONIO - Testigo: oculto: prohibición	88



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2021

Julio a Septiembre de 2021

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. ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública

Los funcionarios judiciales deben analizar la observancia de los requisitos de competencia temporal, personal y material

Al resolver la solicitud de remisión a la JEP de un proceso que se encuentra para resolver la demanda de casación, la Sala estableció el criterio a tener en cuenta para la “Remisión” de estos procesos por parte del juez ordinario, esto para saber si debe enviar el expediente completo o únicamente la solicitud de remisión.

AP2016-2021(56092) del 19/05/2021

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS:

“(…) en Magangué [Bolívar] existió una organización paramilitar, cercana a las autodefensas unidas de Colombia, cuyos máximos líderes eran EL y JLL, entonces alcalde del municipio.

Se trataba de un grupo criminal que se encargaba, principalmente, del tráfico de drogas y el transporte de armas. De igual forma, había un grupo de intermediarios y asesinos a sueldo que ejecutaban homicidios que ordenaban los cabecillas.

En este último grupo se hallaba alias “el Mello” quien, con base en la descripción brindada por la joven NCCC, se encuentra registrado con el nombre de RJSP”.

Por consiguiente, concluyó la segunda instancia que SP incurrió en el delito de concierto para delinquir agravado, al pertenecer a una organización criminal, con rango y funciones específicas (artículo 340, inciso 2° del Código Penal).

[...]

El apoderado de RJSP, invocando los artículos 5° y 6° del Acto Legislativo 01 de 2017 y 47 de la Ley 1922 de 2018, solicita la remisión de la actuación a la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, como en su oportunidad se pidió al Tribunal. Además, indica que el procesado hizo manifestación expresa ante la JEP, con el fin de que esa instancia asumiera la competencia de su caso, sobre lo cual aportó oficio radicado en esa Jurisdicción; sin embargo, no allegó ningún documento que dé cuenta de la situación jurídica del enjuiciado en esa Corporación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Acto legislativo 01 de 2017: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Sujetos destinatarios (Ley 1922 de 2018): terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: comparecen a la JEP de manera voluntaria

«[...] se tiene que el 24 de noviembre de 2016, el Gobierno Nacional suscribió un Acuerdo Final de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-EP- con el propósito de finalizar el conflicto armado interno y alcanzar una paz estable y duradera.

[...]

El componente de justicia pretende que las personas que participaron en el conflicto armado puedan ser investigadas, juzgadas y sancionadas mediante reglas especiales, propias de un modelo de justicia transicional, que les ofrece beneficios como sanciones reducidas, la renuncia a la persecución penal o la revisión de condenas penales o sanciones disciplinarias, administrativas o fiscales, a cambio de aportar verdad, reparación y garantía de no repetición.

Uno de los elementos más innovadores del Sistema Integral consiste en incluir, no solamente a los combatientes, sino también **a los terceros civiles y a los AENIFPU (Agentes del Estado No Integrantes de la Fuerza Pública)** como comparecientes voluntarios. En esa medida, el componente de justicia también recae sobre los AENIFPU que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, y su aplicación se realiza de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico.

Al respecto, el artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 señaló que los terceros **son aquellas personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, contribuyeron de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto**. Indicó que ellos pueden acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial, siempre que contribuyan a la verdad, reparación y no repetición.

De otra parte, el artículo transitorio 17 del citado Acto Legislativo estipuló que el componente de Justicia del SIVJNR **también se aplica respecto de los agentes del Estado que:**

*“hubieren cometido delitos **relacionados con el conflicto armado** y con ocasión de este, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. En dicho tratamiento deberá tenerse en cuenta la calidad de garantes de derecho por parte del Estado”.*

Esa misma norma aclaró que para los efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz, **tiene la calidad de agente del Estado:**

*“toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como Miembro de las Corporaciones Públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus Entidades Descentralizadas Territorialmente y por Servicios, **que hayan participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas, relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado**”.*

Asimismo, el precepto citado estableció que, para que **dichas conductas** pudieran ser conocidas por la JEP, estas **deben consistir en acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno y sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito** o, en caso de que existiera, sin ser este el determinante de la conducta delictiva.

Sobre lo expuesto, **la Corte Constitucional ha sostenido que** los terceros civiles y los AENIFPU sólo acudirán a la JEP de forma voluntaria y que, además:

*“**corresponde a la autoridad que reciba la solicitud de sometimiento voluntario verificar que se cumpla con los requisitos de competencia temporal** (que las conductas se hayan cometido antes del 1° de diciembre de 2016), **personal** (que se trate de agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública o de terceros civiles que no formen parte de organizaciones o grupos armados) **y material** (que hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto)”.*

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Procedimiento para los terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública que manifiesten su voluntad de someterse a la JEP, requisitos y trámite

“[...] la Sala debe referirse al procedimiento que los terceros y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública deben seguir cuando manifiesten su intención de acogerse a la JEP. En relación con estos, el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, precisa:

[...]

La manifestación de voluntariedad deberá realizarse por escrito ante los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, quienes deberán remitir de inmediato las actuaciones correspondientes a la JEP.

[...]

[...] si la Sala concluye que el asunto es de su competencia, así lo declarará expresamente y adelantará el procedimiento previsto en esta ley. En este supuesto, las actuaciones de la jurisdicción ordinaria tendrán plena validez.” (Negrilla fuera de texto).

Asimismo, el párrafo 4° del artículo 63 de la Ley 1957 de 2019 dispone:

“ARTÍCULO 63. COMPETENCIA PERSONAL. El funcionamiento de la JEP es inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en

el conflicto armado, en los términos de este artículo, y sus decisiones ofrecerán garantías de seguridad jurídica a todos los anteriores».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujetos destinatarios (Ley 1922 de 2018): terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Jurisdicción Especial para la Paz: deber de remisión de procesos por parte de la jurisdicción ordinaria / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Jurisdicción Especial para la Paz: la competencia para definir la remisión de las actuaciones es del funcionario de la jurisdicción ordinaria / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Jurisdicción Especial para la Paz: autoridad competente para resolver las solicitudes de sometimiento, la JEP es la única competente para determinarlo / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: autoridad competente para resolver las solicitudes de remisión, factores que se deben analizar, temporal, personal y material

«[...] conforme ha sido decantado por la Corte Suprema de Justicia, **a la JEP le compete conocer de manera preferente y exclusiva sobre todas las demás jurisdicciones de las conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016**, acorde con lo previsto en el artículo 5° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, en lo concerniente a la viabilidad de acoger las solicitudes presentadas por terceros y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública en donde requieren la remisión de las actuaciones penales que cursan en su contra a esa jurisdicción.

No obstante, la Sala **ha considerado que le compete verificar si en la actuación obra prueba que permita afirmar que la JEP debe asumir el conocimiento de la solicitud para decidir si acepta o no su competencia**, en razón a que la conducta punible atribuida se cometió por un tercero o AENIFPU, antes del 1° de diciembre de 2016 y guarda relación directa o indirecta con el conflicto armado interno y, de ese modo, **precaer que hechos que de manera clara carecen de ese nexo, sean utilizados indebidamente con el fin de suspender el trámite**, la prescripción o para dilatar la actuación y propiciar la impunidad, eventos estos en los que obviamente no enviará el expediente a la JEP .

Por lo anterior, la Corte dedujo que, **si bien el inciso 4° del artículo 47 de la Ley 1922 de 2018** invocado por el apoderado de RJSP,

dispone que los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria deben remitir las actuaciones correspondientes a la JEP ante la manifestación de voluntariedad de someterse a esa Jurisdicción Especial, previo al envío, **esta Corporación está obligada a establecer que las solicitudes no persiguen propósitos indebidos que se alejan de una sincera voluntad de acogerse a la justicia transicional** de que trata el Acto Legislativo 01 de 2017.

Asimismo, la Sala viene considerando que

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

[...]

Entiende la Corte, entonces, **que le corresponde a la jurisdicción penal ordinaria**, tratándose de terceros o AENIFPU, **valorar la naturaleza del hecho, de las condiciones jurídicas de la persona y los demás requisitos legales para remitir el asunto a la JEP**, tal como se desarrollará más adelante, sin perjuicio de que deba enviarse la petición a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de esa Corporación, para que realice las tareas propias de su competencia.

Esto implica, necesariamente, que **la justicia ordinaria debe abstenerse de remitir el expediente y de suspender el asunto que se estudia de manera automática**, sino que, se repite, **los funcionarios judiciales deben analizar la observancia de los requisitos de competencia temporal, personal y material**, pues, de otra manera, se generaría la parálisis de los procesos por la sola solicitud de cualquier persona interesada en someterse a la JEP, lo cual, evidentemente, no es el propósito de la norma.

[...]

En ese entendido, le corresponde a la Corte realizar una interpretación teleológica y sistemática del inciso 4 del artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, con el fin de verificar la finalidad de lo dispuesto, de lo cual surge que **es**

deber de la justicia penal ordinaria hacer el estudio de los factores temporal, personal y material para remitir las diligencias, **no con el objeto de determinar la competencia de esa Jurisdicción**, sino con el fin de establecer (i) **si se remite la solicitud de acogimiento y las actuaciones, suspendiendo el trámite procesal ordinario** para que la JEP resuelva sobre su competencia, **o** (ii) **si se envía únicamente la solicitud de sometimiento** para que el órgano correspondiente de la justicia transicional resuelva sobre su competencia, continuando el trámite normal en la justicia ordinaria.

[...]

Además, porque, conforme lo señala la Corte Constitucional en el Auto A332 de 2020, **“corresponde a la autoridad que reciba la solicitud de sometimiento voluntario verificar que se cumpla con los requisitos de competencia”**, sin que ello autorice la intervención en la competencia de la JEP de quien resuelve. Finalmente es ésta la que decide si el asunto debe quedar o no a su cargo.

Por ello, **si del estudio que se realice no se hallan satisfechos los requisitos** objetivos para la remisión del asunto a la JEP, **no se enviarán las diligencias a esa Jurisdicción. Sin embargo**, para garantizar su competencia **se remitirá la solicitud** para que allí se realice el estudio correspondiente que en caso de resolver favorablemente la pretensión del procesado, por razón de su competencia prevalente y preferente para conocerlo, obligaría a la Corte a remitir el expediente a esa corporación y suspender la actuación.

Así las cosas, es válido concluir que (i) la manifestación de acogimiento a la JEP, presentada por un tercero o AENIFPU ante la jurisdicción ordinaria será remitida a esa Jurisdicción para que revise su competencia frente al asunto y, en caso de asumir competencia, deberá solicitar a la Corte la remisión y suspensión de las actuaciones; (ii) si la Corte verifica que se reúnen los presupuestos de competencia temporal, personal y material, remitirá la solicitud junto con el expediente, por lo cual suspenderá la actuación, conforme lo indica el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018; (iii) en caso de que para la Corte no se cumpla con los requisitos de competencia temporal, personal y material, no se remitirá ni se suspenderá la actuación; (iv) si la petición es presentada directamente en la JEP y una vez analizada la solicitud se concluye que es un asunto de su competencia, esa Corporación solicitará a la Sala Penal de la Corte Suprema la remisión del expediente, por lo cual se procederá al envío y suspensión del asunto; y, (v) en el evento de

presentarse criterios encontrados entre las dos jurisdicciones, se resolverán a través del conflicto».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: autoridad competente para resolver las solicitudes de remisión, factores que se deben analizar, temporal, personal y material, concepto

«Del cumplimiento de los factores temporal, personal y material

Teniendo en cuenta que RJSP presentó petición de someterse a la JEP, **corresponde a la Corte, por haber recibido la solicitud, verificar que se cumpla con los requisitos de competencia.** Estos son:

(i) La **competencia temporal** se refiere a que las conductas se hayan cometido antes del 1° de diciembre de 2016, conforme lo establece el artículo 5° transitorio del Acto legislativo 01 de 2017.

(ii) La **competencia personal** se centra en que la persona que realiza la solicitud sea un agente del Estado no integrantes de la Fuerza Pública o de un tercero civil que no forme parte de organizaciones o grupos armados, conforme lo establece el artículo 11 de la ley 1922 de 2018.

(iii) La **competencia material** trata de que la conducta punible, cometida por la persona que pretende someterse a la justicia transicional, haya contribuido o tenga relación directa o indirecta con el conflicto, conforme lo establece el artículo 5° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 y el artículo 11 de la Ley 1922 de 2018».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: autoridad competente para resolver las solicitudes de remisión, factores que se deben analizar, factor temporal, se cumple

«En este asunto, **el factor temporal** no amerita mayor discusión por cuanto los hechos por los cuales se ha adelantado la causa criminal seguida a SP, tuvieron ocurrencia el 13 de febrero de 2004, cuando le causó la muerte violenta a YKA».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: son inadmisibles los integrantes de grupos paramilitares / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Sujetos destinatarios (Ley 1820 de 2016): inaplicable a miembros de grupos

paramilitares, excepto terceros financiadores y colaboradores, explicación

«Acerca del **factor de índole personal**, se impone necesario establecer la calidad de agente del Estado no integrante de la Fuerza Pública o tercero civil, involucrado en el conflicto armado, que pudiera atribuirse al procesado SP.

[...]

Con tal perspectiva normativa, basta rememorar los hechos materia de investigación y juzgamiento que se han declarado probados, para concluir que **el peticionario no ostenta ninguna de las calidades que le permitan ser sujeto pasible de la Jurisdicción Especial para la Paz**, ni menos aún por vía de aplicación del artículo 47 de la Ley 1922 de 2018 que invoca.

Esto, **por cuanto ha sido procesado**, reitera la Sala, en razón de su pertenencia a una organización criminal dedicada a cometer conductas constitutivas de delitos como el narcotráfico, el tráfico de armas y el homicidio, **sin que para el tiempo del acaecer delictivo múltiple de que trata el presente expediente fuera colaborador de la agrupación rebeldealzada en armas que suscribió el acuerdo de paz** de 2016 con el Estado Colombiano u otra que propiciara el conflicto armado.

Al no confluir en SP esa calidad, se marchita la posibilidad de que pueda acceder por vía del sometimiento voluntario a la Jurisdicción Especial para la Paz como tercero civil o AENIFPU.

[...]

[...] conforme con el criterio expresado por la Corte al estudiar **la eventualidad de irradiar** los efectos de las normas constitucionales y legales devenidas de la suscripción del Acuerdo Final para la Paz, **a integrantes de agrupaciones armadas ilegales de tipo paramilitar, se ha concluido que ello no es procedente**, a saber:

No significa lo anterior que se desconozca que los grupos de autodefensas fueron parte del conflicto interno, solo que sus exmiembros responden por su accionar ilícito ante el sistema de Justicia y Paz o en la jurisdicción ordinaria, por cuanto:

Fue la voluntad de las partes firmantes del AFP y del constituyente derivado excluirlos de la competencia personal de la JEP, a efectos de evitar el desconocimiento de los esfuerzos institucionales previos, enderezados a lograr su judicialización. 2. **No existe norma expresa que faculte a la JEP para admitir la comparecencia de integrantes de organizaciones paramilitares**, como sí existe respecto de otros actores del conflicto (AL 1/17, arts. 5, 16, 17 y 21

trans.). 3. **La competencia personal de la JEP sobre grupos armados organizados se agota en estructuras de naturaleza rebelde** (AL 1/17, art. 5 trans., inc. 1º), y los paramilitares adolecen de esta calidad, pues no era su propósito derrocar el orden constitucional vigente. 4. **La Jurisdicción se ocupa de quienes se presentan ante la justicia transicional luego de celebrar un acuerdo final de paz** (AL 1/17, art. 5 trans.), **en virtud del cual asumen compromisos concretos a favor de las víctimas y la sociedad**, como contraprestación a un tratamiento penal diferenciado. **El convenio que celebraron las AUC y el Gobierno Nacional -Acuerdo de Santafé de Ralito- se trató, tan solo, de un arreglo previo y parcial de desmovilización.** 5. **La JEP puede cobijar a grupos armados organizados distintos a las FARC-EP, solo si estos celebran un acuerdo final de paz** de manera concomitante o posterior a aquel suscrito con la guerrilla el 24 de noviembre de 2016 (AL 1/17, art. 5 trans., inc. 1º). El Acuerdo de Santafé de Ralito, sin embargo, es un hecho del pasado, anterior a esa fecha. 6. **Quienes integraron organizaciones paramilitares no pueden presentarse ante la JEP como terceros civiles, comoquiera que los dos roles son excluyentes y operan de manera objetiva**, por lo que los interesados en comparecer solo pueden detentar una de esas calidades, en relación con determinadas conductas, y no les es factible escoger la que más les favorezca. 7. **La JEP no puede aplicarse a los integrantes de grupos paramilitares por virtud del principio de favorabilidad**, previsto en el artículo 29 de la Constitución, **porque los supuestos de hecho que regulan ambas normas -Ley 1820 de 2016 y Ley 975 de 2005- no son equivalentes** y, ante circunstancias fácticas disímiles que reciben tratamiento jurídico diverso, no procede la aplicación del mentado principio. 8. **La Ley 975 de 2005 tiene por objeto, principalmente, resolver la situación jurídica de los integrantes de grupos paramilitares** y, por tanto, resulta ser la legislación especial para efectos del juzgamiento de dichos individuos. 9. **La Corte Constitucional**, en ejercicio de control abstracto sobre las normas que desarrollan el AFP, **y la Corte Suprema de Justicia**, en sede de casación penal, **han señalado que quienes conforman grupos paramilitares no integran la órbita competencial personal de la JEP.** (JEP, Tribunal para la paz, Sección de Apelación. Auto TP-SA 213 de 2019, 27 jun. 2019).

[...]

En consecuencia, no se reúne la exigencia competencial personal examinada respecto de RJSP».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: autoridad competente para resolver las solicitudes de remisión, factores que se deben analizar, factor material, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Agentes del Estado y terceros civiles que no hacen parte de la Fuerza Pública: autoridad competente para resolver las solicitudes de remisión, factores que se deben analizar, factor material, no se cumple

«[...] **en torno al factor material** se considera que **debe asomar cierto de la actuación**, por demás, en casos en los cuales las instancias ordinarias han declarado probadas determinadas circunstancias del acontecer fáctico, como en este caso se ha precisado, **una real correlación con el conflicto armado**, no con cualquier forma de violencia o de delincuencia organizada y enraizada. Vale decir, **que los delitos se hayan cometido “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”**.

[...]

Acorde con lo que se viene de exponer, en este caso se declaró probado por el Tribunal, que RJSP, alias “Mello”, hacía parte de una organización criminal de tipo paramilitar, **cuyas actividades principales eran el tráfico de drogas y de armas, así como la comisión de homicidios** por órdenes de sus líderes EL y JLAL.

Asimismo, conforme la declaración de NCCC, el juez de segundo grado dio por demostrado que a SP, como miembro de la organización criminal, le fue dada la orden de asesinar a KA, lo cual llevo a su consumación.

En esa medida, según se extracta de los hechos probados, **nada hay indicativo de que los sucesos por los cuales fue acusado SP**, aun en lo relativo al concierto para delinquir, y menos respecto de la muerte violenta de KA, **puedan ubicarse dentro del contexto del conflicto armado interno**, para elucidar la existencia de un vínculo directo o indirecto con el mismo.

Lo anterior, por cuanto no se encuentra relación directa o indirecta entre las conductas punibles por las cuales se condenó en segunda instancia a SP y el conflicto armado».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz: no procede la remisión de las actuaciones cuando los hechos y conductas delictivas no tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Jurisdicción Especial para la Paz: remisión de solicitud de sometimiento a la JEP para que resuelva de fondo / **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Jurisdicción Especial para la Paz: conflicto de criterios con la Jurisdicción Ordinaria, competencia de la Corte Constitucional para resolver

«[...] **la Corte no accederá a remitir el expediente** a la Jurisdicción Especial para la Paz, **por no encontrar cumplidos los requisitos de competencia temporal, personal y material**, que trae el Acto Legislativo 01 de 2017 y demás legislación complementaria.

Sin embargo de la decisión anterior, y en respeto de las competencias propias de la JEP, **se ordenará remitir la solicitud de sometimiento** a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, presentada por el apoderado de RJSP, conforme lo manda el inciso 4 del artículo 47 de la Ley 1922 de 2018.

Asimismo, se ordenará enviar copia de esta decisión a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Además, cabe advertir que, **en el evento de presentarse criterios encontrados entre las dos jurisdicciones** -Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP-, **se propondrá conflicto de jurisdicciones que dirimirá la Corte Constitucional**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 11, de la Constitución y 70 de la Ley 1957 de 2019».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

2. ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Elementos y características

El bien jurídico protegido “patrimonio” abarca, tanto al social, como al de los socios, y protege otros bienes jurídicos de carácter intermedio (mediato), como son el orden económico social y la administración pública.

Al resolver el recurso de casación presentado por la defensa de las procesadas, la Corte analizó a profundidad el delito de administración desleal, explicando sus principales características, elementos, sujetos activo y pasivo, entre otros, y determina si en este caso si se actualizó la conducta típica.

SP3601-2021 (53624) del 18/08/2021

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 10 de enero de 2008, los esposos [...], constituyeron la sociedad anónima denominada Clínica [...] [en adelante, la Clínica] JFC.

El 10 de noviembre de 2010, ECRF vendió a la Clínica un lote de terreno localizado en aquella municipalidad, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º [...], pactándose que su precio (\$240.000.000,00) sería pagado en el término de tres años.

El 15 de marzo de 2013, ECRF instauró demanda de separación de bienes conyugales en contra de [...], [...]. El 21 de marzo de 2013, la junta directiva de la Clínica, conformada por la entonces pareja y por su hija [...], destituyó a [...] como gerente y representante legal y seguidamente designó en ese cargo a MBAO.

El 5 de abril de 2013, MBAO, en su condición de gerente de la Clínica, a través de la figura de dación en pago y por escritura pública, [...] «para saldar totalmente la obligación dineraria», transfirió a ECRF los derechos de propiedad y posesión sobre el predio [...], ante «la imposibilidad del pago de precio de venta pactado sobre el inmueble».

La dación en pago se efectuó por idéntico monto de venta, irrisorio frente al avalúo comercial del inmueble, el cual incluyó el lote de terreno, la edificación que sobre él se construyó y que servía al desarrollo del objeto social y actividad principal de prestación de servicios médicos por parte de la Clínica y los elementos, equipos e instrumentos hospitalarios que pertenecían a la sociedad, lo cual condujo a que se afectara directamente su funcionamiento y existencia misma.

El 6 de septiembre de 2013, ECRF, única accionista y representante legal de la Clínica BA., a título de aportes en especie, transfirió a esa entidad el referido bien raíz ubicado en [...], constituyéndose en el domicilio de la aludida sociedad por acciones simplificadas, antes, el domicilio social de la Clínica perjudicada.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN - Normatividad aplicable / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Normatividad aplicable / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Antecedentes / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Derecho comparado

«Además de ciertos instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano, nuestro país cuenta desde 1995 con una codificación -Ley 190- consagratoria de medidas tendientes a luchar contra la corrupción.

En el año 2011, con el ánimo de actualizar la normatividad frente a novedosos contextos delictivos que comprometen el indebido manejo y apropiación de recursos públicos y a hacer frente a aquel fenómeno criminal, extendido al ámbito privado, sobre todo en el ejercicio empresarial, el legislador expidió la Ley 1474, comúnmente conocida como Estatuto Anticorrupción.

De la lectura de este último cuerpo legal, entre otros asuntos relacionados con la creación de organismos especiales para encarar situaciones que atentan o lesionan la moralidad en la administración pública y con políticas institucionales y pedagógicas para prevenir la corrupción (especialmente en la contratación estatal), claramente se establece la consagración de diversas medidas orientadas a combatir la corrupción, verbigracia: (i) administrativas; (ii) penales; (iii) disciplinarias; y (iv) de control fiscal.

Dentro de las segundas y para lo que al asunto sub examine interesa, se encuentra la tipificación de **conductas punibles cometidas en el escenario societario o corporativo**: corrupción privada, **administración desleal**, utilización indebida de información privilegiada, evasión fiscal y acuerdos restrictivos de la competencia (artículos 16, 17, 18, 21 y 27 que, respectivamente, adicionaron y modificaron el Código Penal en sus artículos 250A, 250B, 258, 313 y 410A).

Precisamente, al interior del Capítulo Quinto (del abuso de confianza), Título VII (delitos contra el patrimonio económico), Libro Segundo del Estatuto Punitivo, el canon 17 de la Ley 1474 de 2011 adicionó el artículo 250B, el cual es del siguiente tenor:

“Administración desleal. El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en [...]”

[...]

Hasta aquí es imperioso manifestar que **el origen del punible en cuestión** hunde sus raíces en una iniciativa gubernamental que aglutina herramientas con la **pretensión de combatir un fenómeno de macrocriminalidad** que afecta al interés general, como lo es la corrupción, extendida de su nicho habitual en el sector público, hasta penetrar el entorno privado.

Con todo, al parecer, en atención a esto último, el legislador situó la infracción delictiva en aquellos delitos que atentan contra el patrimonio económico y con ello signó el bien jurídico tutelado.

[...]

De la revisión del Proyecto de Ley n.º 142 de 2010 Senado, en su trámite, discusión, conciliación y aprobación en Senado y Cámara, se advierte que el órgano legislativo patrio, más allá de la modificación en el quantum punitivo (para aumentarlo), no efectuó variación alguna respecto de los contornos de la estructura típica del punible de administración desleal propuesto por el gobierno, el que **guarda correspondencia con el tipo penal homólogo instituido en la legislación española**, extraído de la Ley Orgánica 10 de noviembre 23 de 1995 (Código Penal).

En el país ibérico, la arquitectura original de aquella infracción establecía:

Artículo 295. Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los

bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con (...).

Es conveniente indicar que el Código Penal español de 1995, ubicó la tipificación de administración desleal como un delito societario (establecido en el Capítulo XIII, Título XIII delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico).

No obstante, esta norma fue suprimida por el artículo único ciento sesenta de la Ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015, convirtiéndose, por virtud del artículo único ciento veintiocho ibidem, en el artículo 252 (ahora en el capítulo VI de la administración desleal, del mismo Título XIII), así:

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado (...).

Vale decir, **pasó de ser delito societario, a infracción contra el patrimonio**, de la que **puede ser víctima cualquiera que confiera a otro la administración de su patrimonio**.

La última referencia normativa de derecho comparado es traída por la Corte a simple título informativo, habida cuenta que, **para todos los efectos, se tendrá en cuenta la codificación anterior**, pues, **innegable resulta que ese fue el modelo descriptivo adoptado por el legislador colombiano**.

A partir de esta precisión, útiles resultan las **consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo de España**, Sala de lo Penal, cuando en reiterada jurisprudencia se ha referido a los **requisitos que la norma reclama** (artículo 295 del Código Penal de ese país), **para entender configurada la conducta delictiva de administración desleal**.

Por ejemplo, en sentencia de casación STS 3533/2020 de 21 de octubre (Cfr. igualmente, entre otras, STS 4273/2017 de noviembre 29), explicó:

[e]s necesario recordar los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la comisión del tipo penal del artículo 295 vigente en el momento de los hechos:

1º En cuanto al sujeto activo ha[n] de ser los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida [o] en formación - conforme la definición legal del artículo 297 CP que incluye a las cooperativas-.

2º La acción nuclear es doble: o bien la **disposición fraudulenta de los bienes** o también, la **contracción de obligaciones a cargo de la sociedad**. De tal forma que el legislador ha previsto dos modalidades alternativas de la acción en las que deben plasmarse la administración desleal, siendo válida cualquiera de ellas para cometer el delito, sin que sea preciso que ambas aparezcan simultáneamente en el caso concreto (tipo mixto alternativo).

En el primer caso el tipo de infidelidad del administrador se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad. En el tipo de infidelidad no es necesario que la conducta punible se manifieste mediante la celebración de negocios jurídicos en los que la sociedad sea perjudicada mediante obligaciones abusivas (SSTS 949/2004 del 26 julio, 402/2005 de 10 marzo).

La segunda modalidad típica consiste en contraer obligaciones con cargo a los bienes de la sociedad, supone hacerla aparecer como titular de cargas que no responden a los objetivos sociales, sino van en beneficio del sujeto activo o un tercero.

3º Un elemento normativo del tipo constituido por **obrar con abuso de funciones propias de su cargo**, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedad[es] (o cooperativas) para su interpretación.

El abuso significa -dice la STS 91/2010 y 15 febrero- **una actuación que sobrepasa los deberes de lealtad del administrador para con la sociedad** representada y los socios. **No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo**, que [s]on dos cosas distintas. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales.

4º **El resultado es un perjuicio económicamente evaluable** a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

Ahora bien, si bien el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es el patrimonio de aquellas personas, puede ser útil distinguir entre el **sujeto pasivo de la acción** (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el **sujeto pasivo del delito** (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, **su patrimonio**, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues **“el perjuicio”** resultado del mismo, **ha de afectar** en régimen alternativo **“a sus socios**, depositarios (parece que debiera decir “depositantes”), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo (SSTS 121/2008 del 26 febrero, 374/2008 del 24 junio).

5º **Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo o de un tercero**, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido: **basta la despatrimonialización de la sociedad**, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.

La doctrina entiende que “en beneficio propio o de un tercero” representa un elemento subjetivo del injusto y que por tanto, su función consiste en configurar la antijuridicidad de la conducta desde el ángulo del autor, calificando este supuesto como delito de intención o tendencial (STS 374/2008 de 24 junio).

ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Bien jurídico tutelado: patrimonio económico de los socios y

patrimonio económico social
/ **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Delito
pluriofensivo: protege otros bienes jurídicos
intermedios

«Recuérdese que **el tipo penal sub examine fue incorporado al Título VII (delitos contra el patrimonio económico)** del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, a través del Capítulo V denominado “Del abuso de confianza”.

Tal y como se infiere de la ubicación de la respectiva disposición prohibitiva en el Estatuto Punitivo, ninguna duda asoma en que la administración desleal se enlista entre los punibles que afectan el patrimonio económico.

Ahora, lo que no resulta pacífico es la naturaleza del desmedro patrimonial al que la norma pretende brindar protección jurídico penal, asunto que en España mereció amplio debate doctrinal, luego trasladado al escenario judicial.

Con todo, como acaba de verse, el Tribunal Supremo de ese país parece convenir en que, en el punible de administración desleal, es dable considerar que el patrimonio protegido por el legislador consiste, tanto en el adjudicado al sujeto pasivo descrito en la infracción delictiva, como en el de la sociedad, pues, *“no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación”* (Cfr. sentencia STS 916/2010 de 15 de febrero).

Un análisis reflexivo -se agrega- sugiere que, **si el patrimonio de los socios ha sido dañado** por cuenta del proceder del sujeto activo de la conducta, ello, de suyo, **implica la afectación del patrimonio social, o viceversa**. Dicho de otra manera, no es posible lesionar los patrimonios individualmente considerados al interior de una sociedad, sin menoscabar el haber social. **No podría efectuarse un ataque a los intereses de los socios, sin configurar una agresión del patrimonio social.**

No de otra manera se explica que la descripción típica haga referencia a un perjuicio económicamente evaluable a los socios, pero, a través de la disposición fraudulenta *“de los bienes de la sociedad”*, o a la contracción de *“obligaciones a cargo de ésta”*.

[...]

Lo expuesto en precedencia necesariamente apunta a que **el bien jurídico protegido**

patrimonio abarca, tanto al social, como al de los socios.

[...]

[...] **una conducta puede lesionar, al mismo tiempo, varios bienes jurídicos, uno de ellos** apreciado por el legislador como **principal** (corresponde a la denominación que aparece en cada Título del Estatuto Punitivo) y, **los demás** intereses que resultaren amenazados o afectados, que **se tienen como secundarios** por ser indirecta su amenaza.

En el asunto de la especie, tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de administración desleal, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico, pero, a la par, se advierte un bien jurídico colectivo, orientado a la tutela de intereses supraindividuales, **entre otros, el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles, la estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico y económico como motor de desarrollo del país y la fiabilidad de la buena marcha de las sociedades en el marco de la economía de mercado**, todos ellos dirigidos a garantizar el buen orden del sistema económico.

Por contera, se considera que a la protección del patrimonio (insistase, de la sociedad y/o de los socios), no se arriba a través de simples intereses individuales o particulares, sino que, evidentemente **concurren intereses colectivos**, referidos, en sentido amplio, al orden económico social. Así, la lesión del patrimonio individual supera el interés de los socios y coloca en peligro el orden socioeconómico.

[...]

En ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en la sentencia CC C-084-2013, examinó algunas normas de la Ley 1474 de 2011 y luego de referir la definición de corrupción establecida en su artículo 16 (corresponde al canon 250A del Código Penal), expuso que *“la Ley 1474 de 2011 se refiere en sus artículos 2, 3, y 13 a 33 a un conjunto de conductas punibles contra la Administración Pública, consideradas como actos de corrupción, dentro de las cuales se encuentran [...] la administración desleal [...] entre otras conductas”* [subrayado fuera de texto].

[...]

Por tanto, **a voces del Alto Tribunal Constitucional** y del propio legislador de 2011, también **habría de admitirse como bien jurídico protegido a la administración pública**, *“en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos”*

En suma, de lo especificado es posible decantar que **el comportamiento delictivo de administración desleal**:

- (i) es de naturaleza pluriofensiva;
- (ii) por la ubicación del tipo penal en los delitos contra el patrimonio económico, este bien jurídico concreto se protege de forma directa (inmediata);
- (iii) el patrimonio al que se refiere la norma es el de la sociedad y/o el de los socios individualmente considerados; y,
- (iv) la acción típica prohibida, protege otros bienes jurídicos, de carácter intermedio (mediato), como son el orden económico social y la administración pública, esta última, con ocasión de hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción».

ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Sujeto activo cualificado / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Administrador: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Administrador: de derecho y de hecho, concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Socios o directivos: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Asesores o empleados: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Sociedades constituidas: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Sociedades en formación: concepto

«La administración desleal **es una conducta de sujeto activo cualificado**, habida cuenta que solo la cometen quienes, dentro de una sociedad constituida o en formación, actúen en calidad de: (i) administrador de hecho o de derecho; (ii) socio; (iii) directivo; (iv) empleado; o, (v) asesor.

El alcance de cada uno de estos conceptos, hallan su fuente en normas de carácter extrapenal, en esencia, **categorías ligadas al derecho mercantil**.

En lo tocante al **administrador**, aun cuando la ley no brinda una definición al respecto, bien puede considerarse a **todo aquel encargado de la gestión social**, esto es, la persona que dirige

la actividad societaria, administra los bienes y negocios ajenos -en este caso de la sociedad- y la representa ante terceros.

Lo **será de derecho cuando la administración derive de un título jurídicamente válido** conforme a la normatividad que rige la respectiva modalidad societaria, vale decir, designación o nombramiento en cumplimiento de los requisitos y formalidades legales o estatutarias, aceptación del cargo e inscripción en el registro mercantil y se actúe en ejercicio pleno y vigente de sus facultades y atribuciones.

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispone que **son administradores**: (i) el representante legal; (ii) el liquidador; (iii) el factor; (iv) los miembros de juntas o consejos directivos; y, (v) quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

Será de hecho el administrador que, **en la realidad del tráfico jurídico y mercantil, ejerza sin título las funciones propias de administración de la sociedad**, o aquellos de los que se predique alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito, expirado, etc.

Como antecedente legislativo, el artículo 29 del Código Penal, contempla la figura así: *“... También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo”*.

Y el parágrafo del precepto 27 de la Ley 1258 de 2008, en lo correspondiente a las sociedades por acciones simplificadas, dispone: *“Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”*.

En lo concerniente a los **socios o directivos** no existe mayor discusión al considerárseles sujetos activos de la conducta punible bajo examen, dado que, **debido a los derechos que ostentan, tienen la potencialidad de ejercer actos de representación o administración al interior de la sociedad** y adoptar determinaciones comprendidas dentro del objeto social o necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Pero, **en tratándose de los asesores o empleados**, el asunto no resulta del todo claro, toda vez que, **en principio, estos no ejercen labores de gestión social**, ni de ellos se predicen los mismos deberes y prerrogativas de los órganos de administración o representación, **salvo que se demuestre que son quienes, a la sombra, gobiernan y direccionan la sociedad**; solo que, con el ánimo de encubrir al verdadero administrador, se mimetizan en la estructura societaria en cargos de menor nivel.

Esta quizás la razón por la que el legislador colombiano, a diferencia del español, incluyó a personas que no detentan poder de administración de los bienes y negocios de una empresa. No obstante, una tal hipótesis estaría cubierta por la figura del administrador de facto, que también contempla la norma.

Será el análisis, en cada caso concreto, el que determine la forma de atribuir responsabilidad a este tipo de actores.

[...]

Además, que se trata de **sociedades**: (i) **constituidas**, entiéndase, **las que han cumplido todos y cada uno de los requisitos de ley**, procedimientos definidos y reglados que repercuten en el nacimiento de la personalidad jurídica. Suponen la existencia del contrato de sociedad; o (ii) **aquellas que se encuentren en formación**.

SUJETO PASIVO DEL DELITO - Concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Sujeto pasivo

«Si se entiende al **sujeto pasivo del delito** como **el titular del interés jurídico protegido por el derecho**, en el caso de la administración desleal, como atrás se expusiera al justificar el patrimonio como bien jurídico inmediato, aquél posee una esfera individual cuando se refiere a las **personas jurídica (sociedad) o natural (socios)** que directamente sufren un perjuicio evaluable económicamente.

Ha de precisarse que los sujetos pasivos **se circunscriben a las personas vinculadas con el contrato social**, razón por la que otros terceros interesados que hubieren sostenido vínculos en el marco del tráfico económico, aunque pudieren resultar afectados, sólo ostentarán el carácter de víctimas de la conducta delictiva o de otra tipología penal, si así se acredita.

Agréguese que, **si se admite al orden económico y social como bien jurídico mediato, también la comunidad o colectividad sería sujeto pasivo del delito**, al ser la titular del interés en el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles y su estabilidad y conservación en el tráfico jurídico y económico».

ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Elementos / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Deberes de los administradores de sociedades / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Relación con el derecho mercantil / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Delito de resultado

«El injusto de administración desleal descrito en la oración gramatical del artículo 250B, **es de conducta mixta alternativa**, en la medida que se han previsto dos modalidades delictivas: (i) **disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad**, o (ii) **contraer obligaciones a cargo de la sociedad**. Cualquiera de ellas, por sí sola, configura el tipo penal.

[...]

Esto es, **toda conducta ejecutada con infracción al deber de protección del haber social, con efectos jurídicos sobre el patrimonio, de tal entidad que ocasione un perjuicio** (su disminución).

Esta concepción amplia de disposición admite la posibilidad, entre otros, de **enajenar, gravar, utilizar y usar ilegítimamente o de forma no autorizada, los bienes que componen el patrimonio**.

Ello equivale a decir que el sujeto agente, al exceder o abusar de las facultades de gestión del patrimonio ajeno, actúa como dueño de los bienes, con independencia de que los actos de dominio ostenten el carácter de permanente o definitivo, o simplemente temporal.

Por otra parte, **la norma exige que la disposición de los bienes sea fraudulenta**, vale decir, **con notoria deslealtad a la hora de su administración**, en contravía del principio de confianza; en términos generales, **con fraude**: a través de acciones contrarias a la verdad y a la rectitud, que perjudican a la sociedad y a los socios, contra quien se comete.

La segunda modalidad de conducta se refiere a la **contracción de obligaciones a cargo de la sociedad**. Contraer, según el Diccionario de la

Lengua Española es “*asumir una obligación o un compromiso*”.

Lo relevante para la ley penal en este supuesto de administración desleal, radica en el hecho que **el sujeto agente, de forma abusiva genera para la sociedad el deber de dar, hacer o no hacer algo.**

Sin embargo, como el tipo exige un perjuicio económicamente evaluable, **ese comportamiento debe traducirse en el aumento excesivo del pasivo social**, con una correlativa disminución del patrimonio total, con la capacidad de comprometer la existencia de la sociedad o dificultar el desarrollo de su objeto social.

El artículo 250B también exige el abuso de las funciones propias del cargo.

Este elemento normativo del tipo constituye el específico desvalor de acción característico del punible. Solo puede ser autor de administración desleal **quien abusa en el ejercicio de las funciones de su cargo e infringe los deberes esenciales de lealtad y fidelidad** que le son exigibles y de los que deriva el deber de protección o custodia patrimonial.

En principio, el mismo implica examinar las facultades otorgadas a los órganos de administración y representación, de conformidad con lo dispuesto en los estatutos sociales y, por supuesto, la naturaleza de la estructura societaria, para así verificar si el sujeto agente se comportó acorde a los deberes que le incumben.

En caso de resultar insuficiente aquel convenio social, necesariamente habrá de acudir a la legislación mercantil que, con precisión, regula la materia.

Así, el inciso primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, establece como **deberes** generales o principios de actuación **de los administradores**: “*obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*”.

[...]

Se trata de un tipo de resultado material -de lesión- porque, exige para su configuración la causación o producción de un perjuicio patrimonial o económicamente evaluable, como consecuencia de cualquiera de las modalidades

comportamentales descritas en la norma, que disminuyen el activo o aumentan el pasivo social.

Con independencia de la forma o métodos que puedan ser utilizados a efecto de acreditar el daño (en virtud del principio de libertad probatoria), **de suma utilidad resultará demostrar la disminución del patrimonio total**, lo cual podrá hacerse a través de una comparación entre el valor del patrimonio, antes y después de la comisión del delito.

Agréguese que a la despatrimonialización de la sociedad no se arriba sólo con la verificación de lo que compone el patrimonio. **También** puede concluirse la mengua, al cuantificar **aquello que no ingresó al patrimonio**, como consecuencia del comportamiento desleal del sujeto agente».

ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Elementos: objeto material

«El **objeto material lo constituyen los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio** societario sobre los que se ejerce de manera abusiva las facultades de administración.

Se incluyen así, los bienes muebles, inmuebles, activos financieros, intangibles o inmateriales (por ejemplo, derechos de propiedad industrial o intelectual o el buen nombre o prestigio comercial), derechos de crédito, capital social, etc».

ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Delito eminentemente doloso / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Consumación: no requiere que se obtenga beneficio

«La realización de la ilicitud de administración desleal ha sido concebida a través de una norma de **conducta eminentemente dolosa**.

Además, aunque la expresión “*en beneficio propio o de un tercero*” pudiera dar a entender la remisión a un segundo resultado típico, en realidad, aquella dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la intención del sujeto activo de obtener el beneficio.

Se precisa, también, que **el punible se consuma sin necesidad de que efectivamente se obtenga ese beneficio**. En otras palabras, no supone que los bienes pertenecientes al patrimonio social ingresen al del autor o al del

tercero, sino que es suficiente **encaminar el comportamiento a su consecución**.

Por otra parte, la modalidad dolosa establecida para la delincuencia de administración desleal **descarta las actuaciones simplemente negligentes**, culposas o con ligereza, la mala gestión social, la incompetencia en el ejercicio de la misma, los negocios de riesgo realizados dentro de las funciones propias del cargo, entre otros comportamientos afines, habida cuenta que la actividad mercantil, de suyo, comporta la toma de decisiones o prácticas riesgosas derivadas del mercado. De hecho, hoy día en todos los ámbitos, incluido el empresarial, se habla de sistemas de gestión del riesgo».

ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Deberes de los administradores de sociedades
/ **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos: abuso de las funciones propias del cargo
/ **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad
/ **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Demostración

«[...] se observa como punto de quiebre de la existencia de la sociedad y de partida del recorrido criminal aquí juzgado, lo acaecido el 21 de marzo de 2013, fecha en la que FCCD es relegado de la gerencia y representación legal de la sociedad.

Ello supuso la intervención de MBAO quien, **contados días después**, ya posesionada e inscrita en el cargo de gerente, **realizó el negocio jurídico de dación en pago que materializó la infracción punible**.

El motivo principal para la remoción del gerente, conforme al acta de junta ordinaria de la junta directiva de la Clínica, consistió en una deficiente gestión, que incluía el incumplimiento a acreedores y obligaciones bancarias y contractuales con subcontratistas, proceder negligente que *“arriesgaba el patrimonio social y el patrimonio personal de los accionistas”*.

Por lo mismo, **no se entiende**, sino es en razón al accionar delictivo, **que la persona designada para sacar adelante la sociedad y superar los problemas económicos** que al parecer se presentaban, **fuera quien de un plumazo dejara en el solo papel a la Clínica**, como mero registro histórico de su existencia como sociedad mercantil.

Con acierto lo adujo el Tribunal, **el rol de administradora** que por ley y estatuto social correspondía a MBAO, **le imponía** los mínimos deberes generales o principios de actuación establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, esto es, **obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un “buen hombre” de negocios**.

Ellos también eran predicables de ECRF, pues, **dada su calidad de socia**, pero, sobre todo, miembro de la junta directiva, ostentaba la administración de derecho de la sociedad, en virtud de lo previsto en el canon 22 ibidem.

[...]

El proceder de MBAO y ECRF no satisfizo las exigencias de la actividad societaria, con la finalidad de ejecutar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa.

La diligencia del “buen hombre” de negocios lleva implícito el deber de informarse suficientemente antes de tomar determinaciones que impliquen contravención al propósito social, razón por la cual, el administrador ha de asesorarse e indagar, así como discutir decisiones trascendentales con los órganos de administración colegiada. **Ello no sucedió en el asunto de la especie**.

Si de especificidad se trata, bien puede decirse que **en el accionar de las procesadas no se vislumbra esfuerzo alguno conducente al adecuado desarrollo del objeto social** (numeral primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995). Por el contrario, propende por su anulación.

Una muestra indiscutible del obrar fraudulento y con abuso de las funciones del cargo se percibe en el hecho de que **una de las funciones de la junta directiva de la Clínica consistía en “5. Autorizar al gerente para comprar, vender o gravar bienes inmuebles y para celebrar los contratos que celebre la empresa en desarrollo de su objeto social”**.

Esa autorización no fue dada en el caso concreto, pues, ello representaba la votación del miembro JEFDCD. Con independencia que el voto de este fuere negativo, una citación a junta directiva con esa finalidad conllevaría darle preaviso de lo que pretendía hacerse y finalmente se ejecutó.

Diciente asoma el hecho que, **para comprar el predio, la junta directiva se reunió con ese fin**

el 9 de noviembre de 2010 y así se autorizó a través de acta n.º 006 **pero, para enajenarlo a través del negocio jurídico de dación en pago, no se haya actuado de la misma forma.**

En otras palabras, **se obró de manera subrepticia** y en contravía de lo previsto en el numeral segundo del artículo 23 ibidem, al no velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias».

ESTATUTO TRIBUTARIO - Activos fijos o inmovilizados: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Enajenación de activos fijos / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos: abuso de las funciones propias del cargo / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Bien jurídico tutelado: patrimonio económico de los socios y patrimonio económico social

«[...] viene diciéndose que **el accionar de MBAO y ECRF**, en la práctica, **hirió de muerte a la sociedad Clínica JFDC S.A.**

Lo anterior se explica en el entendido que **el predio y la edificación que sobre él se construyó, constituían activos fijos de la sociedad.**

De acuerdo con el artículo 60 del Estatuto Tributario, *“son activos fijos o inmovilizados los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente”* [subrayado fuera de texto].

[...]

En ese contexto, acorde con la definición técnica de las ciencias económicas, se corrobora que los **“activos fijos o inmovilizados”**, entre otros, **son aquellos bienes inmuebles que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios**, toda vez que se adquieren para usarlos de forma duradera en el ejercicio de su actividad.

Entonces, si en el caso concreto existe claridad en que la Clínica funcionaba en el lote de terreno y el edificio en él levantado, ninguna duda emerge de su condición de activo fijo.

Conocido ampliamente su objeto social (atrás transcrito), **el inmueble había sido adquirido y construido con el objetivo de explotarlo, colocarlo al servicio de la sociedad y estaba destinado a ser usado en forma permanente en el ejercicio de la actividad médica.**

Por contera, **lo que menos se esperaba de una administración acorde con los deberes que el cargo le imponía, era la enajenación** (a título de dación en pago, en cualquier caso, acto de disposición) **del mayor activo fijo que poseía el patrimonio** que se le había dado en gestión.

Al ahondar en la modalidad de disposición, con vulneración de los deberes de fidelidad por parte de MBAO y ECRF, es preciso indicar que, en estricto rigor, **para el momento en que se produce el acto de negociación, la Clínica no tenía el deber jurídico de cancelar la suma de \$240.000.000,00**, toda vez que por la sociedad se otorgó un plazo de tres años para su pago, los que para abril de 2013 no se habían superado y sólo se cumplirían en noviembre de ese año.

El apremio que se patentiza entre el cambio de representante legal y la enajenación, sólo denotan el ánimo fraudulento que guiaba la conducta de las administradoras, alejadas en todo caso de una adecuada gestión social de la Clínica.

Así, el abuso de las funciones del cargo y la disposición fraudulenta del bien, como modalidad de conducta atribuida a las enjuiciadas, se tornan evidentes».

DOCUMENTO - Autenticidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: documento sin presunción de autenticidad, incorporación por medio de testigo de acreditación / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Consumación: no requiere que se obtenga beneficio

«[...] a pesar que la prueba documental de cargo fue incorporada al plenario a través de quien se ha reconocido en este trámite como víctima, es preciso advertir que ello no comporta vicio alguno de legalidad, como quiera que, la que en estricto sentido sirvió para derivar responsabilidad en contra de MBAO y ECRF, esto es, **escrituras públicas, folios de matrícula inmobiliaria, registros mercantiles y los actos inscritos en él y la declaración de renta de la Clínica** para el año gravable 2012, cuya gestión estuvo a cargo de JEFDCD, **por su naturaleza goza de la presunción de autenticidad.**

En ese sentido, la línea jurisprudencial de la Sala indica que **el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae**

la presunción de autenticidad. Por tanto, los que poseen esa condición pueden ser ingresados directamente por la parte interesada, criterio invariable desde CSJ SP7732-2017, 1 jun. 2017, rad. 46278.

Ahora, aunque le asiste razón al recurrente cuando, por ilegal, solicita la exclusión de la documental relacionada con las declaraciones de renta de la sociedad Clínica Buenos Aires S.A., constituida por ECRF, toda vez que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 583 del Estatuto Tributario, se trata de información reservada de la cual se requería intervención del juez con función de control de garantías, a efecto de legalizar la búsqueda selectiva en base de datos e impartir control a sus resultados -trámite constitucional no acreditado-, la expulsión de esos elementos materiales probatorios del conjunto recaudado en nada modifica la decisión adoptada.

Lo anterior, porque con ello **la fiscalía pretendió demostrar el ingreso al haber patrimonial de RF del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º (...) y su valor.**

Sin embargo, **lo primero se corrobora con la sola escritura pública n.º (...) y su correspondiente inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.**

Y, **el segundo aspecto -el incremento patrimonial obtenido por la procesada-, como se explicó en el numeral 5.2.3.2 de esta providencia, no es un requisito necesario para la configuración del tipo penal.**

Reitérese que la expresión “*en beneficio propio o de un tercero*” dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la sola intención del sujeto activo de obtener el beneficio, sin que se precise la efectiva obtención de éste.

Si la fiscalía logró probar que MBAO y ECRF, con abuso de las funciones del cargo de administradoras de la Clínica, actuaron en

beneficio de la última, de nula utilidad resultan las declaraciones de renta de la sociedad constituida por RF, pues ello sólo acreditaría el monto del beneficio».

ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Diferente a las gestiones para la recuperación económica de la sociedad

«[...] ha de decirse que **la estrategia defensiva en las instancias se fincó en hacer ver que la situación económica y financiera de la Clínica [...] no era la mejor para la época y que la maniobra realizada por sus administradoras procuró sacar adelante el patrimonio** que se veía amenazado por múltiples obligaciones insolutas.

Es así como se encargó la defensa de hacer notar la inviabilidad económica de la sociedad, la subrogación de créditos por la [...]. en cabeza de ECRF, su cancelación y otras operaciones, entre ellas dos hipotecas sobre el inmueble, destinadas a obtener los recursos necesarios para el normal funcionamiento en el mercado de servicios médicos.

Para la Corte, extraña que esas labores de salvamento financiero no se hicieran en la Clínica, bien a través de la gerente designada o, por qué no, asumiendo RF las riendas de ella a través de su representación legal.

Entonces, lejos de beneficiar a sus defendidas, una tal postura defensiva lo que hace es corroborar que MBAO y ECRF, actuaron de forma mancomunada en contra de los especiales deberes de buena fe, lealtad y protección del patrimonio social, exigidos en su rol de administradoras, pues, las mínimas acciones descritas y probadas en juicio a través de la prueba de descargo, bien pudieron adoptarse al interior de la Clínica JFC S.A.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

3. ALCANCE Y APLICACIÓN DE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN JUSTICIA Y PAZ

Con la vigilancia electrónica se aplica un monitoreo permanente pero remoto de la persona. Ésta, además de conservar su libre locomoción, no se encuentra bajo custodia ni seguimiento físico inmediato por las autoridades penitenciarias ni de policía, sin embargo, cuando este mecanismo es utilizado manera indefinida y para perseguir finalidades punitivas, propias de la pena se están restringiendo los derechos fundamentales de los postulados

Al resolver un recurso de apelación en el marco de la Ley 975 de 2005, la Sala señala los requisitos que se deben valorar a la hora de sustituir la detención preventiva por la vigilancia electrónica, más aún, cuando el postulado ha cumplido con el máximo de la pena alternativa imponible y los compromisos con el sistema transicional.

AP3483-2021(59710) del 11/08/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Entre el 26 de febrero de 2020 y el 4 de mayo de 2021, [...] la Fiscalía formuló imputación contra SMG y otros 24 postulados (cfr. pie de página N° 2), por 1.051 hechos a ellos atribuibles como integrantes del bloque Montes de María de las AUC.

Terminada la imputación de cargos, la fiscal solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión contra los 25 imputados. Acto seguido, la defensora demandó la sustitución a favor de sus prohijados, advirtiendo que 23 de ellos se encuentran en libertad, concedida por el mismo magistrado de control de garantías, por haber cumplido los requisitos establecidos en la Ley 975 de 2005. De este pedimento se excluyó a SMG.

Contra esta solicitud no se presentó oposición por ningún sujeto procesal [...].

Escuchadas las partes, en audiencia del 6 de mayo de 2021, el magistrado dispuso la detención preventiva en establecimiento

carcelario contra los 25 postulados, a 24 de los cuales les fue sustituida la medida imponiendo la vigilancia electrónica

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: detención preventiva, duración máxima / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Objeto / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Medidas de aseguramiento: sustitución, requisitos, haber permanecido privado de la libertad por ocho años

«[...] la Sala reitera que la sustitución de la detención preventiva en el proceso especial de justicia y paz es una medida legítima, adecuada para proteger tanto las garantías judiciales de los postulados, como los derechos de las víctimas.

La Ley de Justicia y Paz, originalmente, no previó la sustitución de la medida de aseguramiento. En un modelo de investigación y juzgamiento individual basado en el sometimiento a la justicia, la confesión y el reconocimiento de responsabilidad, la necesaria imposición de una pena de prisión y la aplicación condicionada de la alternatividad penal, el legislador determinó que la única e imprescindible medida de aseguramiento a imponer en el proceso especial es la detención preventiva en establecimiento carcelario (art. 18 inc. 2 Ley 975 de 2005).

A esa regulación subyace la convicción que todos los postulados habrían de ser procesados por la totalidad de los crímenes a ellos atribuibles y que, si cumplían con sus compromisos, accederían a la pena alternativa (art. 29 ídem)³, cuyo cumplimiento habilitaría un término de libertad a prueba -igual a la mitad de la pena alternativa impuesta- al cabo del cual -acatadas las obligaciones de rigor-, se cumpliría la rendición de cuentas transicional por la vía penal. Naturalmente, a la luz del art. 27-3 del C.P., el término de detención no se reputa como pena; sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia ha de computarse como parte cumplida de la pena alternativa.

Mas ese modelo de procesamiento, es bien sabido, colapsó. La investigación y juzgamiento “caso a caso” pronto mostró su insuficiencia y precariedad para el procesamiento de los fenómenos de macro criminalidad de los que participaron los integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia, en tanto actor del conflicto armado interno. Ello no solo motivó un reajuste de los enfoques investigativos y de juzgamiento a través de la implementación de modelos de priorización y análisis de contexto, sino que puso en evidencia una realidad problemática desde la perspectiva de las garantías procesales, a saber, la dilación sistemática y estructural de los

procedimientos condujo a que los postulados, sin siquiera ser sentenciados, estaban cumpliendo en detención el término máximo de prisión que podría serles impuesto a título de pena alternativa -por la totalidad de los crímenes cometidos-.

A esa circunstancia hay que añadir otra situación problemática, cifrada en el procesamiento a través de múltiples imputaciones, lo cual conduce a la necesidad de imponer, por disposición legal (art. 18 inc. 2 Ley 975), sucesivas medidas de detención preventiva a postulados que, pese a tener que afrontar nuevas actuaciones dentro del proceso especial, por delitos no imputados en la actuación que motivó la primera detención, ya habían cumplido en privación preventiva de la libertad el término máximo legal correspondiente a la pena alternativa.

Así mismo, debido a la imputación parcial de delitos es posible que se profieran nuevos fallos condenatorios parciales, en los que igualmente se imponen penas ordinarias, reemplazadas por la pena alternativa. Aquéllas han de acumularse a la primera sentencia e, igualmente, deben reemplazarse por la pena alternativa. No obstante, no hay una sumatoria de sanciones transicionales, pues **en ningún caso la privación de la libertad a ese título podrá exceder el término de 8 años**, como tampoco **la libertad a prueba puede superar la mitad de la pena alternativa efectivamente impuesta**.

Ante ese panorama, bajo la óptica del debido proceso, la prolongación de la privación cautelar de la libertad devendría ilegítima, mientras que, desde la perspectiva de las víctimas, la liberación absoluta de los postulados dejaría en el vacío el aseguramiento de los fines del proceso especial, al que aquéllos aún siguen vinculados con el deber de cumplir con los compromisos y obligaciones adquiridos desde la desmovilización.

Ese es el trasfondo que justificó la incorporación de la figura de sustitución de la detención preventiva en el proceso de justicia y paz, mediante el art. 19 de la Ley 1592 de 2012, que introdujo el art. 18 A a la Ley 975 de 2005. De esa manera, el legislador dio respuesta a la imposibilidad de mantener indefinidamente en privación cautelar o preventiva de la libertad a quienes, habiendo cumplido con sus compromisos dentro del proceso especial de justicia y paz, ya habían permanecido en detención el término de ocho años -que

corresponde al máximo de pena que podrían cumplir en caso de acceder a la sanción alternativa (art. 29 ídem)-.

[...]

En este sentido, a la incorporación legal de la sustitución de la medida de aseguramiento, que no estaba prevista en la redacción original de la Ley 975 de 2005, subyace la protección de un componente esencial del debido proceso, este es, que **la privación cautelar de la libertad no puede prolongarse indefinidamente**. Desde luego, los efectos del plazo razonable operan de manera diversa en un régimen procesal ordinario y en un esquema de juzgamiento transicional. Sin embargo, es un principio fundamental que rige la aplicación de **la privación preventiva de la libertad personal que la detención nunca puede igualar ni, mucho menos, superar el término de la pena a imponer**.

Aunque son dos instituciones diversas, que sirven a finalidades distintas, **nadie puede permanecer detenido por más tiempo del que habría de estar preso en cumplimiento de la pena**. Lo contrario implicaría cumplir una pena mayor anticipadamente, sin ser juzgado en debida forma.».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: sustitución, por no privativas de la libertad, opciones / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Medidas de aseguramiento: diferente a los fines y funciones de la pena

«[...] **la sustitución de la detención preventiva no conlleva una liberación incondicional del postulado**, quien para nada se ve desligado del proceso, sino que ha de continuar cumpliendo con los compromisos adquiridos desde la desmovilización. A cambio de la detención carcelaria, sobre el postulado que accede a la sustitución pueden pesar otras medidas que también limitan su libertad personal -aunque en menor intensidad que con la reclusión- y otras prerrogativas fundamentales, como la intimidad y la libertad general de acción.

Ahora, si bien la Ley 975 de 2005 no hace referencia expresa a las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad que sustituyen la detención intramural, dicho vacío puede solucionarse acudiendo por complementariedad al C.P.P., como lo disponen

el art. 62 de la Ley 975 de 2005 y el art. 2.2.5.12.1.5 del Decreto 1069 de 2015.

Así, la detención preventiva en establecimiento carcelario puede sustituirse, también en el proceso de justicia y paz, por una o varias de las medidas no privativas de la libertad contenidas en el art. 307 lit. b) del C.P. P., a saber:

- La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
- La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
- La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
- La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de esta y su relación con el hecho.
- La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
- La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
- La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
- La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

[...]

El aseguramiento de las finalidades del proceso mediante medidas cautelares, valga enfatizar, **no puede confundirse con los fines y funciones atribuidos a la pena**. Al margen de que se trate de la pena ordinaria (art. 24 inc. 1 Ley 975) o la alternativa (art. 29 ídem), con las medidas de aseguramiento **no pueden aplicarse anticipadamente finalidades punitivas**. Ello se extracta del art. 250-1 de la Constitución, arts. 4

y 37-3 del C.P. y art. 308, num. 1, al 3 del C.P.P., así como de los arts. 7, 9, 10 y 11 de la Ley 65 de 1993».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: sustitución, por no privativas de la libertad, criterios de valoración para primera y posteriores solicitudes / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Medidas de aseguramiento: detención preventiva, sustitución por mecanismo de vigilancia electrónica / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Medidas de aseguramiento: diferente a los fines y funciones de la pena / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** - Fines: son procesales / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Mecanismo de vigilancia electrónica: verificación sobre la necesidad de mantenerlo o retirarlo

«Verificada la procedencia de la sustitución de la detención preventiva, **al escoger la o las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad** que han de reemplazarla, **es necesario que el magistrado de control de garantías valore con criterios de razonabilidad y proporcionalidad su imposición**.

El legislador no reguló la aplicabilidad, en concreto, de las antedichas obligaciones, prohibiciones y condiciones (art. 2.2.5.1.2.4.3 del Decreto 1069 de 2005). En ese aspecto, dotó al funcionario de control de garantías de un margen de apreciación que ha de ejercer aplicando un **juicio de ponderación** de finalidades del proceso transicional, logrando **equilibrio entre los derechos de las víctimas y las garantías procesales de los postulados**.

[...]

Como ha establecido la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP255-2020, rad. 56.649 y AP100-2020, rad. 56.755), es posible que un postulado haya sido sentenciado bajo las reglas del proceso especial y se encuentre gozando de la libertad a prueba, por haber cumplido la pena alternativa (art. 29 ídem). También, es factible que un postulado que aún no ha sido condenado se encuentre en libertad por habersele sustituido la medida de aseguramiento (art. 18 A ídem). En ambas eventualidades, **si se les llegare a formular nuevas imputaciones** por hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado del cual se desmovilizaron, **se les debe imponer una nueva medida de aseguramiento privativa de la libertad** -por ser la única procedente en este

trámite-, caso en el cual la práctica judicial ha encontrado como solución **examinar de manera inmediata la sustitución de la misma**, con miras a no afectar el derecho a la libertad de quienes vienen disfrutando de ella.

De manera que **el magistrado estudiará si**, para ese momento y respecto de los nuevos hechos imputados, el postulado continúa cumpliendo los requisitos señalados en el art. 18 A de la Ley 975 de 2005 para acceder a la sustitución, por supuesto, sin desconocer los pronunciamientos que sus homólogos efectuaron con anterioridad sobre las circunstancias materiales comunes que se entienden agotadas con la detención intramural, a saber: i) haber estado recluidos por 8 años en establecimiento carcelario; ii) haber participado en actividades de resocialización; iii) observar buena conducta durante el tiempo de reclusión y iv) haber contribuido con la reparación a las víctimas.

Por el contrario, el cumplimiento de otras exigencias contenidas en la norma citada puede verificarse con acciones u omisiones del postulado que se encuentra en libertad y que, por sobrevenir a las ya estudiadas por el funcionario judicial que concedió la sustitución, no han sido objeto de examen. Por ejemplo, que el procesado hubiere dejado de participar en las diligencias de judiciales a las que fue convocado o que hubiere cometido delitos dolosos.

De manera que, **tratándose de la primera solicitud de sustitución** de medida o medidas de aseguramiento impuestas en justicia y paz, el magistrado con función de control de garantías **habrá de estudiar la totalidad de las exigencias previstas en el numeral 18A** para su procedencia, mientras que, **si se pretende la sustitución de la medida de quien ya ha sido beneficiado con una anterior, el examen se concreta a aquellas circunstancias posteriores, que no han sido evaluadas.**

[...]

Nadie discute que **la vigilancia electrónica es un mecanismo adecuado o idóneo, como lo destacó el a quo citando la jurisprudencia constitucional**. Su utilización como medida de aseguramiento no privativa de la libertad, sin dudar, es razonable y, obviamente, menos restrictiva que la detención carcelaria. Empero, **la adecuación en abstracto nada dice sobre los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto -o ponderación-, que en cada**

caso en concreto debe aplicar el juez de garantías, a fin de establecer si la restricción de los derechos fundamentales a la libertad de locomoción, intimidad y libertad general de acción es admisible o no.

La constitucionalidad de la existencia legal de la aludida medida de aseguramiento es un referente insuficiente para concluir que su aplicación, en un asunto particular, es constitucionalmente admisible. **Es insuficiente identificar a qué finalidades sirve el monitoreo electrónico sobre el postulado para imponerle esa vigilancia**. Ello implicaría un juicio vacío de contenido, pues simplemente se repetirían las razones consideradas por el legislador para justificar la existencia de la medida, bajo la óptica de adecuación.

El análisis debe ir más allá: para superar el examen de proporcionalidad **ha de verificarse**, de un lado, que la medida es necesaria, esto es, **que las finalidades a las que sirve su aplicación no pueden conseguirse a través de otros mecanismos menos lesivos de los derechos fundamentales**; de otro, que en punto de ponderación la restricción de derechos subyacente a la utilización de la medida, a fin de proteger otros intereses de igual rango constitucional, no elimina por completo el ámbito de aplicación del derecho limitado o que no lo hace desproporcionadamente.

Mas **ese marco de examen no fue el aplicado por el a quo**, quien simplemente aludió a la adecuación abstracta de la medida, con un error adicional, a saber, que **le atribuyó a la vigilancia electrónica servir como instrumento para el logro de fines incompatibles con la naturaleza cautelar de las medidas de aseguramiento.**

[...]

Como punto de partida, **los motivos invocados para justificar la imposición de la medida realmente apuntan a perseguir finalidades punitivas, propias de la pena** y, por tanto, **extrañas e incompatibles con los fines cautelares** -para el proceso-, predicables de las medidas de aseguramiento. El a quo justificó la imposición de tal medida en finalidades propias de la prevención general positiva, como si se tratara de una pena.

El argumento central de la supuesta necesidad de monitorear a los postulados que accedieron a la sustitución estriba, siguiendo el auto

impugnado, en “*enviar un mensaje institucional*”, tanto a las “*víctimas como a la sociedad en general*”, cifrado en que los postulados “*continúan vinculados al proceso, no están eximidos de responsabilidades, avanzan hacia la resocialización y no se va a generar impunidad*”.

Tal instrumentalización del postulado es ilegítima en un Estado social de derecho, basado en la dignidad humana (art. 1 de la Constitución), acorde con la cual **el ser humano no puede ser utilizado como un simple medio para la consecución de un fin**. Una cosa es que, con el propósito de asegurar la comparecencia u otra finalidad procesal, una persona sometida a un proceso penal pueda ver restringidas sus libertades; pero otra muy distinta -e insostenible- es que se utilice a alguien, etiquetándolo con un brazalete, para lograr “*presencia institucional, confianza o tranquilidad*” y volverlo mensajero de aspiraciones estatales o para “*recordarle*” deberes.

Claro, por definición, **la pena entraña censura y causación de un perjuicio al condenado**, expresado este último elemento en la restricción del ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales del sentenciado. Así mismo, la sanción penal tiene poder comunicativo; no de otra manera puede operar la prevención general positiva, a través de la cual se indica a la comunidad que el orden jurídico quebrantado con el delito se ve reestablecido con la imposición de la pena. Empero, en el presente caso, tal lógica es impertinente, pues **con las medidas de aseguramiento no se envían mensajes a la sociedad**, sino que **se garantizan finalidades procesales**, especialmente la comparecencia del postulado.

[...]

Con la vigilancia electrónica se aplica un monitoreo permanente pero remoto de la persona. Ésta, además de conservar su libre locomoción (limitada solo por las obligaciones del beneficio), no se encuentra bajo custodia ni seguimiento físico inmediato por las autoridades penitenciarias ni de policía. **El asegurado**, entonces, **no es objeto de una persecución pasiva** como sucede, por ejemplo, en la vigilancia de personas (art. 239 C.P.P.).

[...]

Un postulado monitoreado electrónicamente, por apenas poner un ejemplo, **podría negarse a asistir a versiones libres**, más estando libre, no

en detención, **el Estado carece de la facultad de conducirlo coercitivamente, por lo que saber su ubicación se tornaría inútil en esa eventualidad**. De otro lado, la evidencia de su incumplimiento sería su notoria ausencia en la diligencia respectiva, no el reporte de vigilancia electrónica.

Cuando se ha alcanzado la sustitución de la detención, **la permanencia en el proceso transicional**, así como el disfrute pleno de la alternatividad penal **depende de que el postulado procesado o sentenciado** -según el caso- **acate y cumpla a cabalidad las condiciones y compromisos adquiridos con la desmovilización**, resumidos en colaborar con el esclarecimiento de la verdad, reparar a las víctimas, abstenerse de reincidir en el delito y contribuir a su resocialización».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Mecanismo de vigilancia electrónica: revocatoria por incumplimiento de compromisos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Medidas de aseguramiento: sustitución, por no privativas de la libertad, constituyen una compensación por el cumplimiento de los compromisos adquiridos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Mecanismo de vigilancia electrónica: decisión de retirarlo, procedencia

«**Si los postulados en libertad por sustitución de la medida de aseguramiento incumplieren sus obligaciones**, además de la revocatoria de aquélla (art. 18 A inc. 3 Ley 975 de 2005), **se activa la pérdida de beneficios transicionales**, bien por la vía de la exclusión del proceso de justicia y paz (arts. 11 y 11 A Ley 975) o a través de la activación de la pena ordinaria (art. 29 inc. 5 ídem) si habiéndose dictado sentencia en firme durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o las relativas al período de la libertad a prueba.

Tales figuras operan permanentemente como mecanismos disuasivos que conminan al postulado para atender sus compromisos y obligaciones. Metafóricamente hablando, tanto la exclusión como la activación de la pena ordinaria operan como una espada de Damocles, pues **si el postulado incumple los mandatos del proceso**

especial de justicia y paz, pierde por completo los beneficios transicionales y ha de enfrentarse a las consecuencias del régimen penal ordinario. Por consiguiente, si el disfrute de los diversos beneficios de corte transicional es condicionado, **es realmente innecesario “recordarle” al postulado que debe cumplirlos**, menos a través de un mecanismo tan invasivo como la vigilancia electrónica, que mal puede ser concebida como una etiqueta impuesta al procesado, pero dirigida “a la sociedad y a las víctimas” para asegurarles que el proceso continúa y que “no habrá impunidad”.

Este último aserto, incluso, es aún más equivocado, pues **si los postulados accedieron a la sustitución de la medida de aseguramiento es porque ya cumplieron en detención el término máximo (8 años) que deberían estar recluidos en ejecución de la pena alternativa.** Desde luego, la extinción de la pena, en lo formal, solo puede ser decretada por el juez de ejecución de penas una vez se cumpla aquella y el período de libertad a prueba. No obstante, es innegable que **si materialmente los postulados cumplieron el término máximo de la pena alternativa en detención -al margen de que algunos no estén aun sentenciados- mal podría afirmarse que hay impunidad**, pues quiérase o no, ya pagaron su pena anticipadamente. Y esta situación se agrava más si, como lo destacan la defensora y la fiscal, la mayoría de los involucrados ya llevan en libertad un tiempo equivalente al período de libertad a prueba. Luego, **carece de sentido “recordarle” al postulado**, con la implantación de un brazalete a su cuerpo, **que “debe pagar una pena” que**, al margen de los tecnicismos jurídicos, **ya pagó.**

[...]

Ahora, **sostener que la vigilancia electrónica se necesita porque los postulados en libertad pueden atentar contra las víctimas no solo conlleva aplicar una presunción contraria a los pilares del sistema penitenciario**, ante la realidad de haber cumplido anticipadamente el término máximo de la pena privativa de la libertad que les correspondería por su acogimiento al sistema de justicia transicional, **sino también desconocer que los desmovilizados vienen cumpliendo los compromisos adquiridos de cara a los derechos de las víctimas.**

Además, **brindarles seguridad a las víctimas es un deber que el Estado** ha de materializar a través de mecanismos adecuados de protección, **que corresponden al ámbito funcional de la Fuerza Pública. Esa seguridad no debe pretextarse con la restricción indefinida de los derechos fundamentales de los postulados** en la situación aquí discutida, quienes rindieron cuentas en los términos previstos por el Estado, sin que les sean oponibles disfuncionalidades estructurales del sistema judicial transicional para mantenerlos a perpetuidad etiquetados, señalados, monitoreados y controlados, pese a que han de entenderse resocializados en los términos arriba especificados.

[...]

[...] bajo la óptica de la ponderación, **sumar la vigilancia electrónica a las otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad**, también impuestas a los postulados apelantes, **se muestra desproporcionado. Si**, como lo reconoce el propio a quo, **aquéllos ya venían gozando de libertad bajo sustitución sin vigilancia electrónica y, en esa condición de libertad han continuado cooperando con la justicia** en procura de la consecución de la verdad y cumplido con los demás compromisos adquiridos, **no se entiende por qué, pese a esas muestras de resocialización y contribución al proceso transicional, se insiste en restringirles al máximo su libre locomoción, intimidad y libertad general de acción.**

En este punto, la Sala, incluso, ha de llamar la atención sobre un aspecto semántico, pues **si bien la sustitución de la detención preventiva es un beneficio**, no es menos cierto que **en el régimen de justicia y paz, su aplicación, más que una “gracia” es una compensación.** El Estado se vio obligado a reestablecer la libertad de quienes cumplieron el término máximo de la pena alternativa en detención sin haber sido juzgados dentro de un plazo razonable.

[...]

Por consiguiente, **el auto apelado será revocado parcialmente**, a fin de **suprimir la vigilancia electrónica** de las obligaciones impuestas a los postulados a quienes se les sustituyó la detención preventiva».

PROCESOS DE PAZ - Lealtad estatal: los funcionarios judiciales son garantes del

cumplimiento de los compromisos del Estado y los postulados, y deben velar por su cumplimiento y celeridad del proceso

«[...] a la conjunción de las antedichas razones, que muestran la falta de necesidad y la desproporción que implica imponer vigilancia electrónica en las circunstancias aquí analizadas, ha de añadirse otra que recomienda prescindir del monitoreo electrónico, a saber, la lealtad estatal en el marco de procesos de paz.

Los postulados concernidos han cumplido sus compromisos adquiridos en el régimen transicional, al tiempo que **han pagado materialmente el máximo de pena** que se les puede imponer alternativamente por sus crímenes. De suerte que **insistir en un etiquetamiento indefinido desestimula la credibilidad en el Estado y aumenta la desconfianza a desmovilizarse y someterse a los cauces de la legalidad**, algo poco aconsejable en una sociedad afectada por un conflicto armado por más de medio siglo, que está intentando culminarse por la vía negociada. En ese contexto, **las autoridades jurisdiccionales están llamadas a ser garantes de que se cumpla lo pactado**, para que quienes se someten a la legalidad no se vean asaltados en su buena fe con posterioridad.

Un desmovilizado que cumple con sus compromisos y obligaciones, que además ha

pagado su pena anticipadamente - no por culpa suya, sino debido a la ineficiencia del sistema de justicia transicional- y que ha dado muestras de buen comportamiento, **no puede tratarse como si nunca se fuera a reintegrar socialmente**. Ello, en lugar de proteger a la sociedad y a las víctimas, es un factor que alimenta el riesgo de reincidencia delictiva, pues es muestra de un incumplimiento estatal de los compromisos adquiridos en el proceso de paz. **Los postulados deben pagar por sus crímenes y rendir cuentas por la vía penal**, de eso no hay duda, **pero no más allá de lo legalmente admisible**. Aquéllos no tienen por qué cargar con la responsabilidad estatal de un indebido diseño procesal y una logística inadecuada que ha llevado a la prolongación excesiva de los procesos adelantados en su contra en el trámite de justicia y paz».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

4. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN DEL HOMICIDIO

Necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas cuando la conducta imputada al procesado está afectada por circunstancias que agravan la sanción.

Resuelta la demanda de casación y sin que se presente insistencia, la Sala procede a casar de oficio la sentencia verificando la viabilidad de dos circunstancias de agravación. Para ello desestima la primera por falta de sustentación (*por medio de los delitos de peligro común que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad*), en cuanto a la segunda (*cuando el agente coloca a la víctima en situación de*

indefensión o inferioridad o aprovecha esta situación), realiza un análisis detallado de la figura y la situación fáctica y su inexistencia en el caso concreto. Para la concluir, la Sala retira los dos agravantes y redosifica la pena.

SP1328-2021 (48468) del 14/04/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] el 9 de noviembre de 2010, aproximadamente a las 9 de la noche, en [...], ASJ atacó con disparos de arma de fuego a CEC, quien se encontraba compartiendo con su esposa y unos amigos frente a la casa.

A pesar de la gravedad de las heridas ocasionadas con los disparos, dirigidos a la zona torácica, la víctima sobrevivió por el éxito de la intervención médico-quirúrgica que a tiempo le fue suministrada.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Demostración / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: la Fiscalía debe indicar con claridad, tanto fáctica como jurídicamente, a cuál de las cuatro hipótesis de la circunstancia de mayor punibilidad hace referencia / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión: evento en que no se configura / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: concepto / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena: ante la supresión de un agravante

«En relación con el tema que provoca el pronunciamiento oficioso que aquí se adopta, la Corte en diferentes decisiones ha puntualizado la **necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas cuando la conducta imputada al procesado está afectada por circunstancias que agravan la sanción**, de manera que se garantice el principio de proporcionalidad y de protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal, y se asegure, además, la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que al Estado le corresponde la carga de demostrar los presupuestos de la sanción penal (CSJ Rad. 32173 del 12-05-12, 52394 del 01-10-19, 53596 del 12-08-20).

En tales condiciones - tiene dicho la Corporación - **no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación. Se exige que**, en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos declarados en la sentencia, **se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.**

[...]

En el caso examinado, la Fiscalía expuso de la siguiente manera el aspecto fáctico de la imputación : “Se logró obtener la versión de la víctima CEP quien refiere que a eso de las 08:00

horas se encontraba en el barrio Siloé, dialogando con su esposa y un amigo de nombre F, minutos más tarde sale un sujeto que fue identificado posteriormente como AS a quien conoce hace mucho tiempo pues se criaron juntos, agregando que éste sujeto era quien portaba en su mano un arma de fuego con la cual les apuntó y comenzó a dispararles siendo impactado por un de los disparos, posteriormente fue trasladado al centro de salud, desconoce las razones por las cuales el señor AS le disparó”.

Jurídicamente - atendiendo los hechos comunicados - le imputó el delito de homicidio en grado de tentativa, de conformidad con los artículos 103 y 27 de Código Penal.

[...]

Según lo anterior, en la formulación de acusación la Fiscalía introdujo como agravantes de la conducta de SJ las circunstancias descritas en los numerales 3 y 7 del artículo 104 del Código Penal, que tornan más reprochable el comportamiento cuando el homicidio se comete: (i) por medio de los delitos de peligro común que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o de los que generan afectación a la salud pública; y (ii) **cuando el agente coloca a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovecha esta situación.**

En el primer caso, precisó la Fiscalía, por haberse realizado el atentado a través del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones; **en el segundo**, por indefensión de la víctima, toda vez que ‘SJ disparó contra la humanidad de EC, en momentos en que éste se encontraba **distraído** dialogando con su esposa y un amigo.’

El avance gradual de la actuación, en pos de la reconstrucción de la verdad, permitía, sin riesgo de desconocer el principio de congruencia o el derecho de defensa, que **la Fiscalía** - como lo hizo - sumara a la imputación previamente formulada las circunstancias específicas de mayor punibilidad acabadas de señalar. Para ello, sin embargo, además de citar la norma y su contenido, **le correspondía describirlas fácticamente y, por supuesto, demostrarlas en el juicio** como lo haría en relación con el delito base, **labores que no satisfizo cabalmente en la actuación.**

En efecto, en la acusación, **la primera agravante la redujo a enunciar la causal** (C.P. Art. 104-3) y señalar de manera escueta que el delito de

peligro que medió la ejecución del homicidio fue el de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego. En la vista pública **no empleó esfuerzos en orden a demostrar los presupuestos que la categorizan**, ya que se focalizó en acreditar la tentativa de homicidio y la responsabilidad del acusado en este ilícito, rehusando esa gestión respecto del punible contra la seguridad pública que, según su hipótesis, incrementaba el desvalor del primer comportamiento. **El descuido llegó al punto que no se preocupó siquiera por aportar a través del testigo correspondiente, la certificación oficial de que el acusado carecía de permiso de autoridad competente para portar armas de fuego.**

La agravante en esas condiciones no logra actualización, dado que la expresión “*por medio de cualquiera de las conductas*” utilizada por el legislador en el artículo 104-3 del Código Penal a efectos de configurarla, requiere la concurrencia de ese otro delito autónomo debidamente acreditado.

La Corte ha precisado que en eventos similares al presente (homicidio ejecutado con armas de fuego de la que se carezca de permiso para su porte), concurren los dos ilícitos, y más todavía, que puede presentarse el concurso de homicidio agravado por el empleo de armas y el porte ilegal del arma. [...]

[...]

De todos modos, se reitera, **la Fiscalía en este caso imputó la agravante sin referir en la acusación el aspecto fáctico que la generaba ni demostrar su efectiva concurrencia**, en tanto el tema no fue objeto de debate ni acreditación en el juicio, panorama bajo el cual **los sentenciadores tampoco podían aplicar las consecuencias jurídicas de la circunstancia de mayor punibilidad.**

[...]

En esas condiciones, no hay duda, **los sentenciadores aplicaron de manera indebida el numeral 3° del artículo 104 del Código Penal.**

Error que se verifica igualmente en la aplicación del numeral 7° de la misma disposición, sobre el cual la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que allí **se regulan cuatro modalidades diferentes:** (i) indefensión ocasionada por el agresor; (ii) inferioridad

producida por el atacante; (iii) indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y (iv) inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor (CSJSP, 1 jul 2020, Rad. 56174); por lo que **la Fiscalía al realizar el juicio de acusación y el juez al emitir la sentencia, deben precisar en cuál de ellos se subsume la hipótesis fáctica planteada [...].**

[...]

En la acusación **la Fiscalía dedujo la agravante** por el hecho de haber disparado SJ “*contra la humanidad de EC en momentos en que este se encontraba distraído dialogando con su esposa y un amigo*”, con lo cual aludiría la **posible situación de indefensión en que se hallaba la víctima**, aunque **no detalló ese acontecer fáctico, ni precisó de qué forma el agente pudo beneficiarse de esa situación** para desarrollar de manera más fácil y expedita el homicidio planeado, condición que justifica en esos casos la mayor desaprobación del comportamiento y su más drástica sanción punitiva.

El desempeño del fiscal en el debate probatorio del juicio no fue más afortunado. **En el interrogatorio a los testigos** con conocimiento de los hechos (víctima y acompañantes), **omitió indagarlos sobre el particular.** Cuando relataron el desarrollo del ataque, tampoco los condujo a describir que este, en efecto, fue sorpresivo y que la supuesta indefensión (distrainimiento) de la víctima haya sido aprovechada por el agente para asegurar su cometido.

El contenido de esas declaraciones, de todos modos, descarta la indefensión que en el contexto normativo puede agravar un acontecer homicida, teniendo en cuenta que **el mayor desvalor surge de la insidia o alevosía que le permiten al atacante asegurar la ejecución del ilícito, sin darle posibilidades defensivas a la víctima**, lo cual sucede, verbo y gracia, cuando el agente espera a que aquella se duerma para darle muerte, y nada parecido se acredita en esta especie.

La Víctima, CE, manifestó que llevaban en el sitio donde se encontraban hablando con su esposa y otras personas algo más de una hora. El lugar, ubicado en una loma con diversas edificaciones, tenía buena iluminación, la que **le permitió observar cuando SJ ascendió las gradas que llevan a ese punto**, se acercó y le disparó. Precisó que vio cuando el acusado llegó a

agredirlo y logró divisar el revólver con el que le descargó cinco disparos a una distancia aproximada de cuatro metros; de igual modo percibió que el agresor, al culminar el ataque, huyó en dirección a su casa.

LA, esposa de C, en igual sentido refirió que departían con otras personas y que SJ subió las escaleras, se aproximó y comenzó a dispararles, resultando herido sólo su esposo. **Manifestó también que el sector contaba con buena iluminación, por lo cual pudo observar con precisión cuando el agresor se aproximó, ejecutó la acción y huyó por las escaleras.**

FA, cuñado del afectado, narró en su testimonio similares circunstancias y dijo también que AS se aproximó y comenzó a disparar contra CE.

Es irrefutable, según estos testimonios, que el ofendido y sus acompañantes se encontraban en amena conversación cuando al sitio arribó el acusado; pero **nada indica que esa actividad reflejara indefensión en el agredido o que no pudiera realizar maniobras de salvamento; tampoco que el agente fuera consciente de esa particular situación y que la hubiere aprovechado en pro de la acción homicida.**

Al contrario, las declaraciones de los testigos conducen a señalar que **CE y sus acompañantes anticiparon el arribo de SJ** desde cuando lo vieron ascender por las escaleras que llevaban al lugar donde se hallaban, y también el desarrollo de la agresión, como lo evidencia el testimonio de

la víctima quien a la distancia lo vio aproximarse, mantuvo su atención en él hasta que se acercó y le disparó a una distancia aproximada de cuatro metros; de manera que **el ataque no fue inadvertido o sorpresivo**, al menos no para el agredido EC, conforme lo evidencia su relato, en el que informó igualmente las desavenencias forjadas desde algún tiempo con su agresor.

Por esa razón, en el caso analizado, **la situación de encontrarse distraída la víctima dialogando con otras personas, además de no emerger plenamente acreditada, es insuficiente para predicar la agravante de indefensión** que la Fiscalía dedujo de la conducta del acusado, y en esas condiciones **deviene evidente la aplicación indebida por parte de los juzgadores del artículo 104-7 del Código Penal.**

Frente a los errores advertidos procede casar de oficio la sentencia de segundo grado con el fin de ajustar la sanción a la pena correspondiente al delito de tentativa de homicidio, modalidad básica, siguiendo los parámetros establecidos en la sentencia de primera instancia».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

5. CONCLUSIÓN

Configuración: es suficiente demostrar que el sujeto calificado hizo la solicitud ilegal, aunque esta no se concrete

Resuelve la Sala el recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia que absolvió a una fiscal por el presunto delito de concusión. Para ello se recuerdan los elementos de dicho tipo penal y se aclara que entre ellos se encuentra el verbo rector “solicitar”, por lo que la conducta se

actualiza, así no se obtenga ninguna contraprestación, o esta ya estuviere determinada de manera legal. Al resolver el caso se revoca la sentencia y condena a la procesada al encontrar efectivamente desarrollado dicho tipo penal.

SP1650-2021 (54326) del 05/05/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] el 18 de octubre de 2011 CHT, obrando como apoderado especial del Banco [...] con sede en Cali, denunció ante la Fiscalía varios hechos irregulares que se suscitaron a raíz de la reclamación que a dicha entidad hiciera el ciudadano MEMM “*por unas anomalías en la constitución, emisión, redención y renovación de varios CDT que involucran una suma superior a los ciento cincuenta millones de pesos (150.000.000)*”.

Para la gestión correspondiente, MM confirió poder al abogado GBL, quien se acercó a las instalaciones del banco para solicitar “*los rendimientos y perjuicios ocasionados*” e informar que se debía agotar una conciliación ante la Fiscalía.

[...], pese a que la corporación financiera decidió asumir la pérdida y cancelar la suma de \$158.000.000 al reclamante, ante su oficina concurrieron intempestivamente, en la tarde del 10 de octubre de 2011, MMM, GBL y BAG, Fiscal [...] Seccional de Cali, quien fue presentada como la funcionaria a cargo del asunto y afirmó, sin ser cierto, que el proceso penal por el tema del pago del dinero reclamado, ya le había sido asignado por reparto, aunque aún no contaba físicamente con la respectiva carpeta.

Dijo el quejoso, que la Fiscal AG, aduciendo velar por los intereses de la víctima, pidió reconocer el valor acordado, así como los perjuicios sufridos y los honorarios profesionales de BL, que para el caso ascendían a la cantidad de 15.800.000 pesos. Así mismo, deprecó que se reconociera la “*tasa ilícitamente plasmada en las fotocopias de los CDT exhibidos por él*” y advirtió, antes de abandonar la reunión, “*que cualquier acuerdo debía ser comunicado de manera directa a ella como representante de la Fiscalía*”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Configuración / **CONCUSIÓN** - Elementos: relación de causalidad entre el actuar del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad no debidos / **CONCUSIÓN** - Abuso de cargo o de la función / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores / **CONCUSIÓN** - Consumación / **CONCUSIÓN** - Delito de mera conducta

«La conducta punible que se estudia, recibe delimitación típica en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000 [...]».

La configuración típica de este ilícito requiere los siguientes elementos: (i) sujeto activo calificado que tenga la calidad de servidor público; (ii) el abuso del cargo o de la función; (iii) una conducta que se concreta con la ejecución de uno cualquiera de los distintos verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar una prestación o utilidad indebidas; y (iv) la relación de causalidad entre el actuar del funcionario y el efecto buscado de dar o la entrega del dinero o utilidad no debidos (CSJ SP, 5 may. 2012, rad. 36368).

[...]

Así mismo, como presupuesto necesario para la configuración del punible de concusión, la Sala tiene discernido que debe abusarse del cargo o de la función, diferenciando ambos conceptos:

“se abusa de la función cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones” (CSJ SP, 10 sep. 2003, rad. 18056).

El delito se consuma, conforme se ha advertido en otras oportunidades, **simplemente**, “*al ejecutarse cualesquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que la dádiva o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor*”.

Tal conclusión se desprende no sólo del alcance y significación de los verbos rectores empleados por el legislador, sino igualmente del hecho que la administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, derrumbándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados (negrillas fuera del texto original).

Como en el presente caso la censura contra AG, se contrae a reprochar la **solicitud de sumas de dinero indebidas** -el interés del 7% anual sobre el CDT, los honorarios del abogado GB y perjuicios-, también es preciso recordar lo

expuesto por la Sala acerca de esta específica modalidad de la conducta, así:

*“En el caso que ocupa la atención de la Sala, la conducta ilícita que se le reprocha a la procesada por **“solicitar”** dinero indebido, debe exhibir para que tenga relevancia penal, las siguientes características: en primer lugar, que la petición la haga un servidor público; en segundo lugar, que ésta sea idónea e inequívocamente dirigida a obtener un provecho o utilidad indebidos, ya para un tercero, ora en beneficio del servidor que hace la ilícita solicitud; y, en tercer aspecto, que el servidor público, al hacerla, abuse del cargo o de sus funciones”.*

En torno al verbo solicitar, que hace parte de la descripción típica del comportamiento, la Corte ha precisado:

“(La solicitud) puede ir acompañada de fuerza física o moral (constreñimiento) o simplemente mueva la voluntad del destinatario por engaño o justo temor, este último en todo caso no generado por violencia o amenazas (inducción).”

En otra oportunidad indicó:

“Dicha solicitud debe ser inequívoca, pues no toda expresión o comportamiento del funcionario pueden ser tomados como delictuosos. No debe quedar duda, por decirlo de otra forma, acerca de la pretensión del funcionario de poner en venta su propia función o cargo mediante el ofrecimiento directo, y sin necesidad de acudir al ardid o a las amenazas.

Es importante señalar finalmente que, en tratándose de una cualquiera de dichas formas de exteriorizar la exigencia, debe permanecer subyacente el denominado metus publicae potestatis como elemento subjetivo predicable de la víctima. De modo que, si la investidura carece de la capacidad de persuadirla, en el sentido de no llegar a comprender fácilmente que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración”.

CONCUSIÓN - Sujeto activo: debe ser servidor público / **CONCUSIÓN** - Demostración / **CONCUSIÓN** - Abuso de cargo o de la función / **CONCUSIÓN** - Consumación / **CONCUSIÓN** - Delito de mera conducta / **CONCUSIÓN** - Configuración: es suficiente demostrar que el sujeto calificado hizo la solicitud ilegal, aunque esta no se concrete / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores, solicitar / **CONCUSIÓN** -

Implicita / **CONCUSIÓN** - Consumación: no se requiere que todos los testigos se sientan coaccionados, solo quien tiene la disposición de dar o prometer algo / **CONCUSIÓN** - Se configura: Fiscal al inducir al sujeto pasivo a realizar un pago indebido

«No se discute la calidad de servidora pública de BAG para la fecha de los acontecimientos, en tanto, ello fue estipulado por las partes.

Con la misma contundencia puede afirmarse que, con abuso del cargo, la enjuiciada exaltó su investidura para utilizarla al margen del ordenamiento jurídico.

[...]

[...] la Sala enfatiza que **se abusa del cargo o de la función pública cuando el servidor**, al margen de las normas constitucionales y legales a las cuales debe obediencia, es decir aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública, **constríne, induce o solicita a alguien dar o prometer alguna cosa.**

El delito se consuma con el solo hecho de ejecutar alguna de estas acciones, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, pero, eso sí, con independencia o **sin que resulte necesario que la dádiva o la utilidad hayan ingresado efectivamente a la esfera de disponibilidad del actor.**

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido:

“(…) para su consumación basta con la exigencia no requiere que el desembolso se cause o se entregue el objeto o la dádiva por tratarse de un punible de conducta o mera actividad basta con la manifestación del acto de constreñir inducir o solicitar dinero u otra utilidad indebida independiente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplirla a reiterado la corte recientemente” (CSJ SP 8 Jun 2011. Rad, 27703).

Lo anterior se explica, porque la idoneidad de la conducta no se examina de cara al resultado producido en la víctima, sino desde la perspectiva de que se observe, ex ante, apropiado o adecuado para algo, no en vano estamos ante un **tipo penal de mera conducta.**

Así, entonces, se reitera lo siguiente: una Fiscal delegada se acerca a un banco, se contacta con la persona del área de seguridad que tiene a cargo el trámite de las reclamaciones de los clientes,

engaña al afirmar ser quien tiene a su cargo una investigación penal por delito presuntamente cometido por una de sus empleadas, resalta las virtudes y bondades de la víctima que la acompaña y respecto de quien resalta su amistad, para luego manifestar su interés en que resulte debidamente indemnizada, dado que de lo contrario, la entidad se vería afectada, ello indiscutiblemente informa de la extralimitación de poder idónea e inequívocamente dirigida a lograr que el sujeto pasivo acceda a sus pretensiones.

Ello, se reitera, sin que resulte relevante, para efectos de la configuración típica del delito de concusión, que lo pretendido sea o no finalmente realizable, pues **lo determinante es la ejecución de las maniobras adecuadas para el ilícito fin propuesto.**

En este asunto, para la Sala no hay duda de que **BAG abusó de su cargo**, pues, prevalida de su calidad de funcionaria pública -específicamente como Fiscal 81 Seccional de Cali-, se presentó como representante de autoridad y en tal virtud **ejecutó una de las acciones contenidas en los verbos rectores alternativos del tipo penal en mención**, esto es, **solicitó**, en este particular asunto, sumas de dinero indebidas, con el pretexto de propender por una debida indemnización de quien era la víctima y su amigo personal.

[...]

[...] **no se desestima la comisión del delito por el hecho de que MLB o DEI se hayan sentido ajenos a presiones indebidas** por parte de BA, **por cuanto, su intervención operó apenas en calidad de intermediarios.** El interés de AG era entablar contacto con CH, dado que era quien estaba encargado de llevar la investigación interna por la reclamación radicada; tanto así, que acudió al Banco de Bogotá manifestando la necesidad de hablar con él. En ese orden, es apenas lógico que el denominado metus publicae potestatis no se hubiese consolidado en relación con ninguno de los dos primero citados.

Es el mismo CH quien respalda las conclusiones a las que arriba la Sala. En efecto, narró como suspendió las actividades que adelantaba, para responder al llamado de ME, BA y el abogado GB, **únicamente, por la consideración de que se le intimaba acudir al llamado de la Fiscal encargada del caso.**

Expresó, que **si no le hubiesen dicho que quien quería hablar con él era la fiscal asignada a un asunto específico, habría obviado intervenir.** Empero, como lo sostenido era que había llegado la fiscal asignada a la carpeta ya referida, se apresuró a buscar una oficina para atender el requerimiento de la autoridad.

Agregó el citado testigo, que fue precisamente en esa reunión del 10 de octubre, que BAG le recomendó a su amigo y **le recordó sobre la existencia de consecuencias desfavorables** para quien al interior de un proceso penal no indemnice de manera integral a las víctimas.

De lo anterior se sigue que, no obstante resultar suficiente el despliegue de conductas exteriorizadas por BA para configurar el punible contra la administración pública – en tanto idóneas en el cometido de generar presión, desde la simulación de autoridad –, refuerza la comisión del punible la presión que en todo caso logró AG ejercer sobre CH.

Véase que este ciudadano no solo otorgó prioridad a la comunicación con MEM y su abogado, por cuanto arribaron al banco en compañía de una delegada de la Fiscalía General de la Nación, quien en uso de esa calidad no solo mintió sobre la asignación del caso, sino que con evidente abuso del mismo, pretendió obtener sumas dinerarias acompañadas de un mensaje implícito de consecuencias nocivas al interior del proceso penal, para quien no indemnice como es debido a un perjudicado.

[...]

La Sala debe subrayar **en el ámbito de este tipo de punibles, esa sutileza que suele rodearlos**, generalmente reflejada en la imposibilidad de recaudar otros medios de conocimiento directos que respalden la declaración de la víctima.

Sin embargo, como viene de verse, **ello no significa la imposibilidad de rebasar el estándar de conocimiento de la duda razonable**, para lo cual será especialmente relevante el acopio de medios de conocimiento que permitan la corroboración periférica.

[...]

Tampoco puede sostenerse que, como la decisión del banco ya estaba tomada y que únicamente bastaba la comunicación formal a MEM, las solicitudes hechas por AG hayan resultado inanes, pues, se insiste, **para la consumación de esta modalidad delictual basta con el impacto**

capaz e idóneo para viciar o alterar la voluntad, por desconcierto, confusión, molestia o repudio.

Entender el “metus publica potestatis”, únicamente desde la óptica del miedo extremo generado por quien abusa del poder, equivale a desconocer esas formas de engaño que, sin producir un sentimiento de esas características, logran emerger idóneas para minar la voluntad de la víctima.

Lo anterior, por cuanto *“no siempre el sujeto activo se dirige a cara descubierta, pues son maneras demasiado groseras y, por lo mismo, de las más raras (...) así nace la vieja fórmula de derecho romano, la llamada concusión implícita o fraudulenta, que se concreta en la receptación de lo indebido, a través de una forma de actuar de inducir al sujeto”*.

Sobre este particular aspecto, suficiente resulta señalar que de tiempo atrás la Sala ha puntualizado que **en la concusión implícita “el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado (...)”**.

Es así como de manera tradicional pero con total vigencia en la actualidad, la Sala ha considerado que la concusión puede presentarse, a partir del entendimiento de cada uno de los vocablos que componen el tipo penal, a través de acciones distintas: **“la de naturaleza activa, ha sido denominada concusión explícita; y a la de índole pasiva se le dado el nombre de concusión implícita (...) la primera se configura cuando se utilizan medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo, cuando se amenaza abiertamente con un acto de poder. En la segunda, se consigue el resultado mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto, en forma sutil, con un habilidoso abuso de funciones o del cargo (...)”**. (negrillas fuera del texto original).

Sostener lo contrario como lo hizo el Tribunal a quo, esto es, que la conducta carece de relevancia penal por cuanto ninguno de los empleados del banco expresó sentir el miedo a la autoridad, significa poner en tela de juicio la idoneidad de la exigencia que, como viene de verse, emerge indiscutible.

[...]

En ese orden de ideas, se concluye, queda demostrado que BAG solicitó el pago de dineros en favor de un tercero, valiéndose de una situación creada por ella misma con el objeto de generar coerción en su víctima, no solo por hacer valer su cargo, sino porque **hizo creer que le había sido asignada la investigación penal; conducta que desplegó, dada su condición de Fiscal**, con conocimiento de ilicitud y voluntad de realización, para obtener una contraprestación irregular; comportamiento con el que afectó de manera injusta las expectativas que la sociedad y el Estado depositaron en ella, cuando fue nombrada en la posición aludida.

[...].

Así las cosas, demostrada la materialidad del delito y la responsabilidad de BAG en su comisión, no queda solución distinta que la de **revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenarla como autora del delito de concusión**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

6. CONTRATO DE SEGUROS, SEGUROS DE DAÑOS, SEGURO DE CUMPLIMIENTO, PARTICULARIDADES

Este tipo de contrato de seguro se instituyó para contar con la posibilidad jurídica de

respaldar el cumplimiento de obligaciones que emanan de leyes o contratos. Se convirtió en el principal mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público.

Al resolver una demanda de casación formulada en calidad de víctima por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos

y Aduanas Nacionales -DIAN-, coadyuvada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contra la sentencia de reparación integral que determinó en su último punto *“Acoger la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva” a favor de las cuatro compañías aseguradoras llamadas en garantía, por cuanto no se constituyó el siniestro por el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario “y el incidente de reparación no es el medio para efectuarse”,* la Sala de Casación Penal señaló las particularidades de este tipo de seguro y su incidencia dentro del proceso penal, en la etapa del incidente de reparación integral.

SP3898-2021 (51168) del 01/09/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] Las empresas [...], realizaron solicitudes de devolución de IVA simulando ventas efectuadas a comercializadoras internacionales, algunas de ellas sin facultades para llevar a cabo tales actividades, así como la compra a proveedores por grandes sumas de dinero, con el aval de contadores y revisores fiscales, entre ellos [...].

[...].

Las devoluciones de IVA se llevaron a cabo de manera sucesiva, lo cual conllevó injusta apropiación de dinero perteneciente al Estado, pagado por la DIAN en títulos de devolución de impuestos -TIDIS- o en cheques [...].

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO DEVOLUCIONES ILÍCITAS DE IVA EN LA DIAN

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO - Facultades en el marco de la defensa los intereses patrimoniales del Estado / **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales: cuando velan por los intereses del Estado lo hacen como unidad de defensa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Incidente de reparación integral: interés para recurrir de la ANDJE y la DIAN

«Alega Axa Colpatria Seguros S.A. que la DIAN carece de interés para recurrir en casación, pues sus planteamientos no tienen unidad temática con lo manifestado por la misma entidad ante el Tribunal, toda vez que la sentencia impugnada fue producto de la apelación promovida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mas no por la formulada por aquélla con argumentos que no atinaron a controvertir los motivos de la sentencia.

Conforme con el artículo 610 del Código General del Proceso, **la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) está facultada para actuar como apoderada, o como interviniente en todas las jurisdicciones “en cualquier estado del proceso”** en los asuntos *“donde sea parte una entidad pública”* o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado.

El parágrafo 1° del mismo artículo, establece que cuando la ANDJE actúa como interviniente, podrá proponer excepciones previas, de mérito, **“coadyuvar”** la demanda u oponerse, aportar pruebas, solicitarlas, intervenir en su práctica, interponer recursos ordinarios y extraordinarios, **llamar en garantía**, solicitar medidas cautelares o su levantamiento sin prestar caución, impugnar las providencias, incluidas las que aprueban acuerdos conciliatorios o que terminen el proceso por cualquier causa y, **en general, cuenta con “las mismas facultades atribuidas legalmente a la entidad o entidades públicas vinculadas como parte en el respectivo proceso”**.

De lo expuesto se sigue que **las actuaciones en el incidente de reparación tanto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en calidad de víctima y en beneficio del interés público que representa, como las desplegadas por la ANDJE a favor de la misma parte y en procura de idéntico interés, constituyen unidad de defensa.**

Por tanto, **resulta irrelevante si la apelación fue promovida directamente por la víctima o por la Agencia legitimada para defenderla**, máxime cuando ésta no sólo promovió el recurso de apelación, también suscribió la demanda de casación en la cual expresó su voluntad de coadyuvarla y acoger *“plenamente su argumentación, solicitudes y demás contenidos de la misma”*, en ejercicio de su prerrogativa para

actuar en cualquier estado del proceso con las mismas facultades atribuidas a la DIAN».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Casación: Contra la sentencia que decide el incidente de reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: competencia del juez penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: vinculación del llamado en garantía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: vinculación de compañías de seguros / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: es un instrumento de justicia restaurativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctimas: derecho a la reparación integral

«**En relación con la competencia del juez penal** para resolver sobre la responsabilidad contractual de las aseguradoras vinculadas a este trámite, cabe precisar que:

(i) En el proceso incidental instituido -en los artículos 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2004- tanto las víctimas como el condenado penalmente -o su defensor- pueden pedir que se convoque a los terceros civilmente responsables.

(ii) Conforme con el artículo 108 ídem, comprendido en armonía con las sentencias C-423 de 2006, C-425 del mismo año y C-409 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, **las compañías aseguradoras también pueden ser vinculadas a la actuación por solicitud de cualquiera de los sujetos procesales antes mencionados** para que respondan por la indemnización pecuniaria que les corresponda, en virtud de la cobertura amparada en contrato de seguro válidamente celebrado.

Esto por cuanto, de acuerdo con la última de las providencias citadas, **el incidente de reparación es un instrumento de justicia restaurativa** mediante el cual se propende por una solución integral, eficaz, breve y oportuna de reparación, para **hacer efectiva la indemnización por parte de todos los obligados a ello** o que *“deban sufragar los costos de tales condenas”*, **cuales son:** el condenado, el tercero civilmente responsable y *“la aseguradora”*.

Además, acorde con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la víctima tiene derecho a una *“pronta e integral reparación”* de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe

del injusto *“o de los terceros llamados a responder en los términos de este Código”* y el Estado el deber de garantizarle real acceso a la administración de justicia».

CONTRATO DE SEGUROS - Clasificación / **CONTRATO DE SEGUROS** - Concepto / **CONTRATO DE SEGUROS** - Generalidades / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguros de daños / **CONTRATO DE SEGUROS** - Partes / **CONTRATO DE SEGUROS** - Prueba / **CONTRATO DE SEGUROS** - Elementos esenciales / **CONTRATO DE SEGUROS** - Siniestro: concepto / **CONTRATO DE SEGUROS** - Exigibilidad: concepto / **CONTRATO DE SEGUROS** - Cobertura

«**Generalidades del contrato de seguro:** clasificación, caracterización, partes, prueba y elementos esenciales.

(i) **Los contratos comerciales de seguro son celebrados por compañías aseguradoras** que operan en el mercado con ánimo de lucro. **Esto los diferencia de otros tipos de aseguramiento** como los seguros sociales, contratos de medicina prepagada y seguros mutuales.

De acuerdo con el artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros comerciales pueden ser de *“daños”* o de *“personas”*. Los primeros a su vez -de interés para el presente proceso- pueden ser *“reales”* o *“patrimoniales”*.

Los seguros de daños son aquellos en el que el interés asegurable es la relación económica apreciable en dinero, de contenido patrimonial determinable y medible en especies monetarias.

(ii) El contrato de seguro es un negocio jurídico consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (artículo 1036 del Código de Comercio) y, por regla general, de carácter indemnizatorio, particularmente en los seguros de daños.

Que el contrato sea consensual significa que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, sin que deba ser vertido en documento o en alguna forma específica.

No obstante, cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 1046 ídem, el contrato de seguro se prueba *“por escrito o por confesión”*.

La prueba por escrito se refiere a documentos en los que conste los elementos esenciales del contrato, la identidad de las partes, así como su

consentimiento recíproco, mas no a documentos ad substantiam actus porque, como viene de verse, aquellos elementos del negocio jurídico también pueden acreditarse mediante confesión y, por lo mismo, el que conste por escrito no es requisito de su existencia y validez.

(iii) Conforme con el artículo 1037 del mismo Código, **las partes en el contrato de seguro son:** (a) el **“asegurador”, persona jurídica que asume los riesgos**, y (b) el **“tomador”, persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos al primero de los mencionados.**

No obstante, junto al **“tomador”** se encuentran tanto el **“asegurado”** como el **“beneficiario”**. Estas denominaciones hacen referencia a posiciones jurídicas y todas bien pueden recaer en una sola persona -o grupo de personas- o en diferentes personas o grupos de estas, y sus características no son necesariamente idénticas en los distintos tipos de seguro comercial.

Concretamente en los seguros de daños (a) el **“tomador”** es quien concurre con la aseguradora a formular las manifestaciones recíprocas de voluntad que constituyen el contrato, (b) el **“asegurado”** es el titular del interés asegurable y (c) **el “beneficiario” es el llamado a recibir la indemnización en caso que ocurra el siniestro.**

(vi) De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, los **elementos esenciales del contrato de seguro** son (a) el interés asegurable, (b) el riesgo asegurable, (c) la prima o precio del seguro y (d) la obligación condicional a cargo del asegurador.

La obligación del asegurador en los seguros de daños patrimoniales consiste en el pago de la indemnización una vez se constituya la condición positiva y suspensiva, cual es la realización del siniestro. De manera que por regla general **aquella se hace exigible a partir de la ocurrencia de este.**

No obstante, cabe precisar que, por ejemplo, en los seguros de responsabilidad civil, conforme con el artículo 1131 del C. de Co., para la exigibilidad de la obligación del asegurador es necesario que, además del siniestro, la víctima del daño causado por el asegurado formule contra éste una reclamación judicial o extrajudicial.

De modo que si bien en el derecho comercial, en punto de los contratos de seguro (i) el siniestro es requisito necesario para la exigibilidad de la

obligación a cargo del asegurador y (ii) la exigibilidad de esta puede surgir -aunque no siempre- a partir de la ocurrencia de aquel; cada uno de estos significantes tiene su respectivo significado ontológico, con identidad propia y diferenciada.

El siniestro, por su parte, conforme con el artículo 1072 del Código de Comercio, **es “la realización del riesgo asegurado”**; se refiere entonces a la **ocurrencia del hecho dañoso** que se estipula como condición para el surgimiento de la obligación del asegurador. **La exigibilidad de esta alude a la satisfacción de condiciones adicionales** a partir de las cuales emerge su responsabilidad contractual y el beneficiario queda válidamente facultado para pedir o reclamar el pago de la indemnización.

En consecuencia, **los conceptos de “siniestro” y “exigibilidad” de la obligación no son conceptos equiparables ni sustituibles entre sí.**

(v) El interés asegurable, de acuerdo con la sentencia C-269 de 1999, es el objeto del contrato de seguro, equivale a *“la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular”*, el cual presenta características diversas según se trate de seguros de daños o de personas.

En los seguros de daños **el interés asegurable es la relación económica que vincula a una persona o a un grupo de personas** -naturales o jurídicas- a **un determinado bien o patrimonio** -constitutivo del objeto sobre el que recae el aseguramiento- y cuya situación jurídica es digna de protección.

El objeto del contrato de seguro es entonces el interés asegurable - es decir, la relación económica antes mencionada- y el objeto asegurado es simplemente el bien o patrimonio que resultaría afectado al configurarse el siniestro.

Por su parte, **riesgo es la posibilidad de un suceso incierto** -que de llegar a ocurrir resulta dañoso para quien tiene el interés asegurable- el cual, por regla general no puede depender *“exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario”* y cuya realización configura la condición convenida que da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos,

salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por tanto, extraños al contrato de seguro (artículo 1054 del C. Co.).

El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, en principio no son asegurables (artículo 1055 ídem). Contrario sensu, **sí son asegurables la culpa grave y el dolo o actos potestativos de personas** que no constituye ninguna de aquellas calidades, cual es el caso, por ejemplo, de los seguros de hurto, cuyo acto constitutivo del siniestro sin duda es doloso, pero no proviene del tomador, asegurado o beneficiario.

No son asegurables las sanciones penales -incluidas las pecuniarias- debido a los fines que las justifica. Tampoco las sanciones de origen policivo, entre las que se cuentan las impuestas por autoridades que ejercen función de policía administrativa, toda vez que su imposición también suelen tener propósitos de interés general».

CONTRATO DE SEGUROS - Seguros de daños: seguro de cumplimiento: concepto / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguros de daños: seguro de cumplimiento: particularidades / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: riesgo asegurable, incluye la culpa grave y el dolo del tomador

«El seguro de cumplimiento.

Esta especie de aseguramiento **es una variante del seguro de daño** -patrimonial- regido por el “*principio indemnizatorio*” consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, por el cual **la obligación de la aseguradora consiste en resarcir al acreedor asegurado el perjuicio originado en el incumplimiento del deudor** -garantizado o “*afianzado*”, hasta máximo la suma amparada en la póliza. Se caracteriza en que (i) **es obligatoria su constitución “cuando se celebra contratos con entidades estatales”**; (ii) **“siempre es un contrato comercial sujeto a las normas del Código de Comercio”** (iii) “*sólo cubre obligaciones contractuales o legales*” y (vi) “*el asegurado es la parte que sufrirá el riesgo del incumplimiento*”.

Se diferencia de las demás modalidades de seguro de daño en que (i) la póliza no es revocable por falta de pago de la prima; (ii) debe ser aprobada por el asegurado; (iii) **protege el patrimonio del asegurado del incumplimiento de la obligación a cargo del tomador “afianzado”** -en el quantum convenido- y (iv) la aseguradora puede repetir contra éste, así como exigirle la constitución de algún título, regularmente pagará abierto o cerrado, que opera como contragarantía ejecutable en caso de que se haga exigible la obligación y el pago de la indemnización.

Esta modalidad de aseguramiento tuvo origen en Colombia en la Ley 225 de 1938 y su objeto, señalado en el artículo 2, fue reproducido en el numeral 1 del artículo 203 del Decreto Ley 663 de 1993. **Se instituyó precisamente para contar con la posibilidad jurídica de respaldar el cumplimiento de obligaciones que emanan de leyes o contratos.** Se convirtió en el principal mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público, para cuyo propósito **esa normativa especial no excluyó del amparo el originado en la culpa, el dolo o la voluntad del garantizado** o “*afianzado*”, pues de haberlo hecho lógicamente no cumpliría la finalidad para la que fue creada.

Ciertamente, así lo entendió la **Sala de Casación Civil** de la Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia proferida el 15 de marzo de 1983, señaló que **el objeto del seguro de cumplimiento es el de servir de garantía al acreedor de las obligaciones de su deudor, originadas en “un contrato o en la ley”**. De esta manera la aseguradora, por el pago de una prima, ampara el patrimonio del asegurado (acreedor) del eventual incumplimiento de las obligaciones “*de la estirpe señalada*” a cargo del deudor.

La misma colegiatura en sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, reiterada en sentencia del 3 de abril de 2017, radicación N° 11001-31-03-023-1996-02422-01, indicó cómo ese tipo de aseguramiento específico previsto en la Ley 225 de 1938:

(i) Continuó vigente con la expedición del Código de Comercio;

(ii) Para servir de garantía en la observancia de las obligaciones el asegurador “*no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por*

contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor”;

(iii) Su base legal especial excluye en punto del actuar del tomador “*la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio*” y;

(iv) No es jurídicamente plausible desconocer la certeza propia de los pactos “*ajustados por las personas*” y dejar sin efecto su propio compromiso. En ese sentido, se explica, **sería muy nociva la conducta de la aseguradora que con conocimiento propiciara “la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora -sumaría- a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño”.**

De similar postura es la **Sección Tercera del Consejo de Estado**, la cual, al resolver respecto de la nulidad de varios apartes del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, por medio del cual se expidió el régimen de garantías en la contratación de la Administración Pública, señaló que en razón de la finalidad que se persigue con la exigencia de las garantías de cumplimiento en materia contractual -la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los fines estatales-, **la administración no puede quedar expuesta a las excepciones que se formulen y que tengan origen en la conducta del tomador del seguro -el contratista afianzado-, o en su comportamiento, no solo ante su eventual incumplimiento del contrato garantizado, sino también ante la reticencia e inexactitud en que haya incurrido al momento de adquirir la póliza.**

De manera que, agregó esa corporación, el haber establecido en el decreto antes mencionado “*los amparos, las exclusiones, las reglas de cesión del contrato, la improcedencia de la terminación automática del seguro -por falta de pago- y la inoponibilidad de las excepciones por la conducta del tomador, entre otras, como se hace en el artículo 15 acusado, no es otra cosa que la definición de las condiciones generales que debe contener toda garantía de cumplimiento*”. (Subrayado fuera de texto, sentencia de 14 de

junio de 2019, Radicación 11001 03 26 000 2009 00047 00).

En síntesis, en el seguro de cumplimiento el riesgo asegurable es el eventual incumplimiento de la obligación del tomador “afianzado”, lo cual incluye tanto su culpa grave como sus actos potestativos, entre los que, por su puesto, se cuenta el dolo».

CONTRATO DE SEGUROS - Seguro de cumplimiento: el asegurado no es el contribuyente, sino la Administración / **CONTRATO DE SEGUROS** - Los actos potestativos del tomador, entre los que se cuenta su propio dolo, no constituyen riesgo asegurable, excepción / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: riesgo asegurable, incluye la culpa grave y el dolo del tomador

“Señala la sentencia que las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales no podían amparar “los actos dolosos en que incurrieran los contribuyentes”; pues siendo “asegurados” sabían que no cumplirían con las disposiciones que regulan la devolución o compensación del tributo. Afirmación a partir de la cual también indicó que los contratos carecen de interés asegurable.

Se equivoca conceptualmente el Tribunal al haber dado tratamiento de “asegurados” a los “contribuyentes”, pues en los contratos de seguro de cumplimiento de disposiciones legales establecidos en el artículo 2 de la Ley 225 de 1938 y empleados en el procedimiento de devolución de impuestos -artículo 860 del Estatuto Tributario-, el asegurado no es el contribuyente, sino la Administración de impuestos por ser la que soporta el riesgo del incumplimiento de las obligaciones de aquél.

Hecha esta precisión, cabe señalar que ciertamente, de acuerdo con los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio, por regla general los actos potestativos del tomador, entre los que se cuenta su propio dolo, no constituyen riesgo asegurable.

Sin embargo, como se anticipó en el numeral anterior, **ese componente normativo no es aplicable a los seguros de cumplimiento**, porque de serlo se desnaturalizaría esta modalidad contractual, en la que el “afianzado” es a su vez el tomador, **cuyo proceder eventualmente contrario a sus obligaciones,**

constituye el riesgo que amenaza el patrimonio del asegurado y por el que, precisamente, este es objeto de aseguramiento.

Ahora, acorde con el artículo 1083 del Código de Comercio, *“tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo”*.

El Tribunal encontró que no se configuró el anterior elemento esencial de los seguros, el interés asegurable, porque los contribuyentes sabían que no cumplirían con las disposiciones que regulan la devolución o compensación del tributo, pues conocían la inexistencia de los fundamentos fácticos *“acreditados”* ante la DIAN para solicitar la devolución de impuestos.

Confianza S.A. alega que siendo las únicas partes del contrato del seguro el tomador y el asegurador, y el interés asegurable un elemento esencial del contrato de seguro, la falta de este *“determina la ausencia del contrato de seguro y por ende surge la exoneración de responsabilidad del asegurador, como así fue declarado judicialmente”*.

Tanto el Tribunal como la aseguradora pasan por alto que el patrimonio que podía resultar afectado con la configuración del riesgo previsto en los contratos de seguro de cumplimiento de disposiciones legales, **no es el del contribuyente** -*“afianzado”* y tomador del seguro-, **sino el del asegurado** -la DIAN- por hallarse amenazado por el riesgo de incumplimiento atribuible al primero.

De allí que algunos doctrinantes, en relación con el seguro de cumplimiento, propusieron que el asegurado -no el afianzado- debe ser considerado el tomador del seguro a través de tercera persona. Tesis que si bien no ha sido acogida en la jurisprudencia, es precisamente porque a diferencia de las demás modalidades de seguro, en el de cumplimiento el **asegurado necesariamente debe aprobar la póliza**, como se exige en el artículo 7° de la Ley 150 de 2007, cuya norma, como lo reconoce la doctrina especializada, ha sido guía para el funcionamiento de todos los contratos de la misma naturaleza, incluso para los celebrados entre particulares. De manera que **el asegurado, quien soporta el riesgo, expresa su voluntad sobre las condiciones en las que admite la garantía**.

Considerando entonces las especificidades propias del seguro de cumplimiento, **la relación económica sobre la que el Tribunal debió**

verificar la concurrencia del “interés asegurable” no es la de los contribuyentes y su patrimonio, sino la de la DIAN y el patrimonio público. De haberlo hecho, lógicamente habría llegado a la conclusión de que sí se estructuró ese elemento esencial del contrato de seguro contenido en el artículo 1083 del Código de Comercio.

En síntesis, la sentencia está incurso (i) en aplicación indebida de los componentes normativos de los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio que excluyen del riesgo asegurable el dolo del tomador o sus actos potestativos, pues, como viene de verse, estas concretas exclusiones no tienen cabida en los seguros de cumplimiento y (ii) en falta de aplicación del artículo 1083 ídem, con base en el cual, contrario a lo establecido en la sentencia, sí se configura el interés asegurable, pues no está en cabeza del contribuyente -tomador-, sino de la DIAN -asegurada- en relación con el patrimonio público amparado».

CONTRATO DE SEGUROS - Siniestro y exigibilidad: diferencia / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: riesgo asegurable diferente a la configuración del siniestro y el acto que lo declara / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: las normas que lo regulan no se pueden modificar por la voluntad de las partes / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: requisitos de la póliza

«El artículo 860 del Estatuto Tributario con las modificaciones introducidas en la Ley 223 de 1995, vigente al momento de la celebración de los contratos de seguro objeto de examen (todos suscritos entre los años 2005 a 2008), contenido en el Título X sobre las “devoluciones” de impuestos, señala lo siguiente:

Cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o de compañías de seguros, por valor equivalente al monto objeto de devolución, la Administración de Impuestos, dentro de los diez (10) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro.

La garantía de que trata este artículo tendrá una vigencia de dos años. Si dentro de este lapso, la Administración Tributaria notifica liquidación oficial de revisión, el garante será solidariamente responsable por las

obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de la sanción por improcedencia de la devolución, las cuales se harán efectivas junto con los intereses correspondientes, una vez quede en firme en la vía gubernativa, o en la vía jurisdiccional cuando se interponga demanda ante la jurisdicción administrativa, el acto administrativo de liquidación oficial o de improcedencia de la devolución, aún si éste se produce con posterioridad a los dos años.

Como se ve, **el precitado artículo no contiene concepto alguno de siniestro**. Establece (i) el término en el que la Administración tributaria deberá proceder a la devolución de impuestos cuando su reclamación esté acompañada de una garantía a favor de la Nación; (ii) el término de vigencia que debe tener la garantía para que aquélla pueda proceder a la devolución en el término de 10 días y (iii) la consecuencia jurídica que debe asumir el garante en el caso de que la Dirección de impuestos notifique liquidación oficial de revisión, cuál es su responsabilidad solidaria respecto tanto de la obligación garantizada como de la sanción y los intereses -moratorios-.

Sin embargo, efectivamente **la Sección Cuarta del Consejo de Estado** en sentencias emitidas el 19 de mayo de 2016 (radicación 540012333000201300305) y 14 de noviembre de 2019 (radicación número:25000-23-37-000-2013-00452-01) señaló, en su orden lo siguiente:

(i) (...). En esas condiciones, el siniestro cubierto por la garantía ocurre con la expedición de la resolución sanción, y en ese momento nace el interés y la legitimación del garante (compañía de seguros) para actuar en el procedimiento que se adelanta ante la administración, pues en ese acto se declara la improcedencia de la devolución y se ordena el reintegro a que haya lugar.

(ii) [E]l siniestro ocurre cuando se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante.

Pero **en las precitadas decisiones el Consejo de Estado no tuvo como objeto discernir sobre la configuración del riesgo** asegurado ni interpretar o fijar el alcance de los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio, **sino establecer el momento a partir del cual la Administración tributaria debe convocar la**

intervención del asegurador en garantía de su derecho al debido proceso administrativo.

En la primera providencia el Consejo de Estado concluyó que *“la resolución sanción”* debe ser notificada a la compañía aseguradora para que pueda ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, y para que, en los términos del artículo 829 del Estatuto Tributario, ese acto administrativo quede ejecutoriado frente al garante y pueda servir de fundamento del procedimiento de cobro coactivo.

En la segunda, corrigió esa postura, pues tras indicar que hasta ese momento la misma colegiatura le había dado *“un alcance restrictivo a las disposiciones del Estatuto Tributario que regulan la materia y a la sentencia C-1201 de 2003, lo que ha generado, en ciertas ocasiones, una limitación de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso de las compañías aseguradoras”*, señaló necesario *“un pronunciamiento que precise la intervención de los deudores solidarios, garantes y aseguradoras”*; y concluyó que dicha intervención debe habilitarse desde cuando *“se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante”*.

De modo que, **examinadas esas providencias**, se advierte que **en ellas no se distinguió entre el nacimiento de la obligación** -el siniestro- **y el requisito de exigibilidad** de la misma, constituido por el acto administrativo que lo declara o establece el quantum del perjuicio, lo cual se entiende frente al problema jurídico entonces resuelto, pero que **la Corte no puede reproducir para resolver este caso**, por las razones que se pasan a ver:

(i) Afirmar que *“el siniestro ocurre cuando se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante”*, **configura una contradicción en sus mismos términos**, toda vez que si mediante la liquidación oficial o la resolución sanción se determina la suma que puede ser cobrada por la Administración de impuestos al asegurador, ello **implica la existencia previa del siniestro** -o del hecho generador del daño-, pues de otra manera no habría lugar a establecer suma alguna que deba ser pagada por la aseguradora. De manera que lógicamente **el siniestro no puede estar**

constituido por el acto que declara o especifica el quantum del perjuicio.

(ii) **El artículo 1072 del Código de Comercio instituye que siniestro es “la realización del riesgo asegurado”.**

Como ya se indicó en el numeral anterior, la Sala de Casación Civil tiene precisado que (i) el objeto del contrato de seguro de cumplimiento es “*servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado*”; (ii) **el siniestro** o, lo que es lo mismo, **la ocurrencia del riesgo “consiste en el no cumplimiento”**, situación en la cual (iii) el “*asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ amparada*”. (C.S.J., SC del 15 de marzo de 1983 reiterada en SC4659 de 3 de abril de 2017, radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01).

Por su parte, **el Consejo de Estado** en sentencia del 12 de mayo de 2010 (radicado 25000-2327-000-2004) **distinguió** nitidamente (i) **el nacimiento de la obligación** a cargo del asegurador **de (ii) su exigibilidad**. Indicó cómo **lo primero tiene lugar con la ocurrencia del siniestro**, -o hecho dañoso previsto por las partes-; mientras que **lo segundo surge**, acorde con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, **cuando el asegurado acredita judicial, o incluso extrajudicialmente, la ocurrencia del siniestro**, momento a partir del cual la aseguradora cuenta con un mes para pagar la indemnización.

[...]

La misma corporación en sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 (25000-23-37-000-2015-00385-01), también indicó que la resolución sancionó por la que la Administración de impuestos declara la improcedencia de la devolución y ordena el correspondiente reintegro “*determina la exigibilidad de la obligación garantizada*”. Afirmación en la cual se apoyó para señalar que a partir de ese acto surge el interés o legitimación de las compañías de seguros en calidad de garantes “*para recurrir la decisión y demandarla en vía judicial*”.

En síntesis, el riesgo asegurable es la eventual e incierta insatisfacción de las obligaciones a cargo del deudor -afianzado y tomador del seguro-; **el siniestro es la realización del riesgo**. En consecuencia, **ninguna duda hay en**

que el siniestro en el contrato de seguro de cumplimiento de disposiciones legales exigido en el artículo 860 del E.T. para la pronta devolución de impuestos, **es** -acorde con la norma contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio- **el incumplimiento del tomador, de las disposiciones que rigen la devolución, mas no el proferimiento de algún acto administrativo** por parte del asegurado en el que lo declare y determine el quantum del perjuicio. **Dicho acto solo materializa el requisito de exigibilidad de la obligación** y con el que se integra el título ejecutivo complejo para que la entidad estatal pueda proceder al cobro coactivo [...].

[...]

Por su parte, el artículo 1162 ídem establece que son inmodificables, además de las normas expresamente relacionadas en la misma disposición, las contenidas en el Título V del Código de Comercio, denominado “*del contrato de seguro*”, en razón de su naturaleza o redacción.

Ahora, **siendo el riesgo asegurable un elemento esencial del contrato de seguro** (artículo 1045 ídem) **y el siniestro la configuración del mencionado riesgo** (artículo 1072 ídem), **estas normas no pueden ser suplidas por la voluntad de las partes**, pues de ocurrir (i) degeneraría el contrato en especies diferentes a la de los seguros comerciales nominados y establecidos por ministerio de la ley, y (ii) las compañías aseguradoras terminarían celebrando negocios jurídicos para las que no están legalmente autorizadas.

Sobre esto último cabe precisar que el numeral 3 -inciso 1- del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) establece que “el objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la ley con carácter especial. Así mismo, podrán efectuar operaciones de reaseguro, en los términos que establezca el Gobierno Nacional”. (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 184 ídem, dispone que las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que

resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.

En síntesis, la sentencia está incurso en falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 1072 y 1162 del Código de Comercio, por cuya inobservancia **el Tribunal ignoró** que, conforme con los artículos precitados, **el siniestro es la realización del riesgo asegurado, no su declaración mediante acto administrativo**- proveniente del asegurado, y que aquel concepto, no es sustituible por “la autonomía de la voluntad que gobierna los negocios de los particulares”.

CONTRATO DE SEGUROS - Seguro de cumplimiento: siniestro, no se acredita a través de acto administrativo / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: se rige por el Código de Comercio, no por el Estatuto Tributario / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: obligación del asegurador, nace con la realización del siniestro / **LLAMADO EN GARANTÍA** - Su vinculación al incidente de reparación integral no es con ánimo conciliatorio / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: se puede reclamar el pago por vía judicial o extrajudicial / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: las normas legales no pueden ser suplidas por cláusulas contractuales / **NORMA SUSTANCIAL** - Prevalencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: vinculación de compañías de seguros

«Frente a la prueba del siniestro y la cuantía del perjuicio en el incidente de reparación integral, el asegurador no puede excusar su responsabilidad con el argumento de que esos hechos sólo pueden ser acreditados mediante acto administrativo proferido en trámite adelantado por la DIAN, como se pasa a demostrar:

(i) Si bien la vía administrativa es una posibilidad prevista en el Estatuto Tributario, lo cierto es que **el Código de Comercio, el cual rige los**

contratos de seguro, también habilita la demostración del siniestro y la cuantía del perjuicio en sede jurisdiccional, sin que la existencia de aquella opción excluya o invalide ésta, como tampoco se verifica alguna razón jurídica que imponga un entendimiento opuesto o diferente.

(ii) Por el contrario, como viene de verse [en el numeral 7.4.2.1., (iii)], **la obligación a cargo del asegurador nace con la realización del riesgo amparado, y la misma es exigible simplemente cuando el asegurado o el beneficiario prueba tanto el siniestro como la cuantía del perjuicio**; para cuyo fin al asegurador le resulta irrelevante si ello ocurre en sede judicial o administrativa, pues en ambas el Ordenamiento garantiza el debido proceso.

Ciertamente, los artículos 1077 y 1080 ídem establecen en su orden (a) que al asegurado le corresponde acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida, frente a lo cual (b) el asegurador está en el deber jurídico de pagarla dentro del mes siguiente a la fecha de la demostración del derecho “*aún extrajudicialmente*”, lo cual cobija la posibilidad de que ello se surta en sede jurisdiccional.

(iii) **La norma contenida en el artículo 1080 antes citada es imperativa para el asegurador, pues sólo puede ser modificada a favor de la parte asegurada**, conforme lo establece el artículo 1162 del Código de Comercio al señalar que “*sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario -las normas consignadas- en los artículos (...) 1080, (...) y 1161*”

(iv) Mediante las facultades concedidas en el Estatuto Tributario a la Administración de impuestos para declarar el siniestro y el quantum del perjuicio -como ya se indicó en el numeral 7.4.2.1.-, se integra un título ejecutivo complejo con el cual la Administración Tributaria queda facultada a activar, de ser necesario frente al no pago, el cobro coactivo. De manera que por este procedimiento se pretende hacer efectivo un derecho cierto o formalmente acreditado -expreso, claro y exigible- en contra del deudor obligado, mientras que por la vía judicial se busca la declaración del derecho subjetivo carente de certeza -o la modificación o extinción de una relación jurídica - y, de ser necesario, la consecuente impartición de la orden al deudor para que satisfaga la prestación debida.

Ahora bien, **la carencia de los presupuestos para el cobro coactivo o la acción ejecutiva, no implica imposibilidad jurídica para activar el trámite declarativo**, cual es el caso, en asuntos como el que es objeto de estudio, el del incidente de reparación integral en el que tiene cabida el llamamiento en garantía de las aseguradoras, acorde con normas de orden público contenidas en los artículos 102 y 108 del Código de Procedimiento Penal de 2004, comprendido este último en armonía con la sentencia C-409 de 2009, reiterada en la C-059 de 2010, en la cual **la Corte Constitucional declaró inexecutable que la citación al asegurador al incidente tuviera alcance meramente facultativo para éste y “exclusivamente” para efectos de la conciliación**, con el fin de que el aseguramiento pueda servir al propósito de reparar a la víctima y hacerlo prontamente, de modo que no se convierta en una medida nugatoria del derecho de la víctima a la reparación integral y en burla a la legítima esperanza indemnizatoria que el contrato inspira “(art. 250 núm. 6º y 7º CP, arts. 11, lit. c) y 102-107 CPP)”.

(v) **Tampoco** a partir, per se, de **la inactividad del acreedor asegurado en orden a propender por la constitución de un título ejecutivo** para el consecuente cobro ejecutivo, **la Corte puede derivar alguna sanción o limitación al derecho fundamental** de acceder a la administración de justicia mediante el ejercicio de la acción ordinaria, pues incluso el artículo 2536 del Código Civil frente a la prescripción de la primera, habilita la posibilidad de que el acreedor acuda a la segunda.

(vi) De otra parte, la Sala no puede pasar inadvertido que **en asuntos como el presente** -donde los hechos que se postulan como constitutivos del siniestro están originados en conductas delictivas de concierto para delinquir, falsedad en documentos privados y fraude procesal, entre otras-, **se desborda la capacidad de las verificaciones que le compete adelantar a la DIAN mediante el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario**; pues **ese comportamiento delictual es perpetrado precisamente para victimizarla**, es decir, para **inducirla y mantenerla en error** de modo que no logre detectar, mediante el procedimiento de verificación administrativa, irregularidades en las solicitudes de devolución que le permita expedir algún acto administrativo sancionatorio

o de liquidación oficial dentro del plazo establecido en el artículo 860 ídem.

Es así cómo **aquellos hechos exigen para su verificación**, una compleja investigación, que en estos asuntos tienen cabida, como corresponde, mediante el trámite establecido en el Código de Procedimiento Penal; y cuya activación puede concluir en **sentencia condenatoria**.

En firme esa decisión judicial, la víctima queda habilitada para, en el marco del incidente de reparación integral, **demandar una “pronta e integral reparación”**, no sólo en contra de las personas penalizadas, sino **también de “los terceros llamados a responder en los términos de este Código”**, (literal c) del artículo 11 del C.P.P. de 2004) lo cual, como viene de verse -en el literal anterior-, incluye a las aseguradoras en razón de contrato de seguro válidamente celebrado (artículo 108 ídem y sentencia C-409 de 2009).

En este evento **el Estado tiene el deber constitucional de garantizarle a la víctima real acceso a la administración de justicia** (artículo 229 de la Constitución Política), **en actuación donde prevalezca el derecho sustancial** (artículo 228 ídem), y la **“vigencia de un orden justo”** (artículo 2 ídem).

Estos postulados le imponen a la Corte (i) descartar cualquier interpretación o comprensión del derecho dirigida a impedirle al órgano jurisdiccional que, en el incidente de reparación integral, pueda dirimir de fondo sobre la responsabilidad de las llamadas en garantía, y (ii) **considerar ineficaz cualquier cláusula del contrato que implique el mismo efecto**, es decir, **le imposibilite al juez dirimir el debate sobre los aspectos medulares con los que se determina la responsabilidad contractual de las aseguradoras**, señalados en el artículo 1080 del Código de Comercio.

[...]

Como se ve, **la norma contenida en el artículo 1080 del Código de Comercio**, contrario a lo propuesto por Axa Colpatria Seguros S.A., **no puede ser suplida o restringida por cláusulas contractuales en detrimento del derecho del asegurado**, consistente en que el asegurador frente a la demostración del siniestro y la cuantía de la pérdida, ya sea por vía judicial o extrajudicial, responda por su obligación de pagar la indemnización.

En resumen, los yerros de la sentencia relacionados con la validez de los contratos de seguro de cumplimiento y el concepto de siniestro, generaron consecuentemente (i) la violación del artículo 1080 del Código de Comercio, cuya naturaleza imperativa obliga su aplicación; (ii) el desconocimiento del alcance integral de la reparación, instituida para el presente trámite en normas de orden público del Código de Procedimiento Penal; y (iii) la violación de la Constitución Política, en cuanto subvirtió la prevalencia del derecho sustancial, restringió a la víctima el acceso a la administración de justicia previsto en el Código antes mencionado y desconoció el deber de las autoridades jurisdiccionales de propender por la vigencia de un orden justo.

Ahora, este último fin esencial del Estado en el caso concreto se materializa -de manera

contraria a la propuesta por las aseguradoras- **dejando a salvo la posibilidad de que, en el incidente de reparación integral, el juez pueda resolver sobre la responsabilidad del asegurador en contratos de seguro válidamente celebrados**, a partir de verificar sus elementos medulares, cuales son precisamente los señalados en el artículo 1080 del Código de Comercio, esto es, si el asegurado probó el siniestro, el consecuente perjuicio y la cuantía de la pérdida, sin la interferencia de estipulaciones que frustren “su efectividad o extensión cuantitativa” como en efecto, ya lo tiene precisado la Sala de Casación Civil en la sentencia antes citada».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

7. DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO

Testimonio adjunto: las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones.

Al resolver una impugnación especial la Sala precisó de manera detallada el uso que se puede dar a las declaraciones anteriores al juicio, especialmente en los casos de retractación o modificación sustancial de los testimonios a través del denominado testimonio adjunto, precisando sus requisitos y manera de apreciación. Finalmente, confirma la sentencia condenatoria de segunda instancia, valorando estas declaraciones.

SP1875-2021 (55959) del 12/05/2021

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS:

En la noche del 21 de mayo de 2017, en una residencia ubicada en [...], departían [...] RZC, RZC (hermano del anterior) y EGG ingiriendo licor, hasta que se suscitó una riña entre los dos últimos.

Entonces, RZ se fue del lugar y minutos más tarde regresó con un revólver en la mano, con el cual disparó contra JM e hizo lo propio con EG cuando trató de huir, causándoles su deceso.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, facilitar el interrogatorio cruzado (refrescar la memoria o impugnar la credibilidad) o como medio de prueba (prueba de referencia, prueba anticipada o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción

«La figura del testimonio adjunto, también llamada declaración complementaria, ha sido

desarrollada por la jurisprudencia, pues como al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que **cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones**, proceder en ocasiones determinado por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera, y que atenta contra la recta y eficaz administración de justicia.

A su vez, tal variación en lo expuesto por el declarante puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

[...]

Tiene dilucidado la Sala que por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen lugar fuera de tal escenario son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como testimonio adjunto. En ambos casos es necesario cumplir los requisitos definidos en la jurisprudencia, respectivamente.

Entonces, **la Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo**, en orden a conseguir los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción (artículo 16 de la Ley 906 de 2004), la parte interesada pueda integrar como testimonio adjunto, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: incorporación, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: en casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de

confrontación mediante contrainterrogatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de prueba, eventos de admisión excepcional

«[...] **para incorporar al juicio una declaración previa se precisa de lo siguiente:**

(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión, atañe al fundamento del instituto.

Esa disponibilidad del testigo para ser contrainterrogado permite desarrollar el derecho a la confrontación, constituye la principal diferencia entre prueba de referencia y testimonio adjunto, y es uno de los principales fundamentos de la admisión de tal declaración anterior al juicio como prueba, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

De ninguna manera se quiere significar que la primera versión de los testigos recoja de manera fidedigna la forma en que ocurrieron los sucesos, sino resaltar la importancia de que el fallador pueda discernir entre la declaración anterior y la expuesta en el juicio a cuál o a qué segmentos otorga credibilidad, motivando debidamente su decisión.

La incorporación de dicho texto permite que todos conozcan su contenido, máxime si tendrá el carácter de medio probatorio, a partir de lo cual se podrán ejercer los derechos de contradicción y

confrontación, además de que el juez estará en condición de dimensionar su aporte demostrativo, en especial al momento de expresar por qué le otorga mayor credibilidad a la declaración anterior al juicio o a la recibida en él, sin perjuicio de que ambas puedan ser razonadamente desestimadas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Esa solicitud de parte cumple dos importantes funciones:

En primer lugar, **le permite a la contraparte oponerse**, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, **brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo**, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobrevenida.

Dentro de la misma función se constata que **si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada**, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el testimonio adjunto, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o

complementario, apreciación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: impugnación de credibilidad, por la misma parte que lo solicitó / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: cuando se utilizan para impugnar credibilidad o como testimonio adjunto, diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, imprecisiones durante el proceso de incorporación deben tener la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción

«[...] constata la Sala que lo expuesto por BMTB y ONC en el juicio, denotó su **evidente retractación voluntaria de lo informado de manera detallada en las entrevistas rendidas a los investigadores antes del debate**, para lo cual adujeron que al momento de los hechos estaban embriagados, no recordaban, estaban durmiendo o firmaron sin dar lectura al escrito en el cual aparece la rúbrica y huella que reconocieron como suyas.

Sin dificultad se advierte cómo en sus entrevistas fueron prolíficos, de modo que la coincidencia de aducir su estado de embriaguez, de sueño o de falseamiento de cuanto expusieron pone de presente su interés en retractarse para favorecer a RZC, muy seguramente por el miedo que expresamente dijeron en sus entrevistas le tenían.

[...]

[...] **aunque no resulte frecuente, es posible que una parte se vea forzada a impugnar la credibilidad de un testigo solicitado por ella misma**, como cuando, en medio del juicio, se percata que el declarante ha mentado. Es más, es posible que el testigo no se retracte o cambie su versión y sea posible que su credibilidad deba ser impugnada, si en un momento específico de su declaración se constata que ha faltado a la verdad (antes y/o durante el juicio).

En este asunto, en el desarrollo de las referidas declaraciones en el juicio oral y a instancia de la Fiscalía, se dio lectura a cuanto expusieron previamente a los investigadores, reconocieron como suyas las firmas y huellas que allí aparecen, fueron interrogados acerca de las

razones para haber variado sustancialmente sus asertos y se le permitió a la defensa intervenir sobre el particular en orden a activar la facultad de ejercer la contradicción y confrontación, sin que procediera a ello.

En ese contexto, **materialmente las declaraciones anteriores fueron utilizadas para demostrar la retractación y/o cambio de versión.** Esto es importante, porque la juez utilizó un término inapropiado (impugnación de credibilidad) cuando preguntó a la Fiscal por su intención de incorporar tales exposiciones.

Al respecto se tiene que **la impugnación de la credibilidad es un procedimiento diferente a la incorporación de una declaración a título de testimonio adjunto.** La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al testigo, mientras que **el testimonio adjunto supone la incorporación de una prueba** -en este caso la versión rendida por fuera del juicio—, **con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como soporte de la condena.**

A partir de lo anterior, colige la Corte que en este caso la Fiscalía utilizó las declaraciones anteriores con el claro propósito de que las mismas fueran valoradas por la juez, esto es, que fueran tenidas como testimonios adjuntos.

Así fue asumido por todos los intervinientes, pues, en primer lugar, la Fiscalía nunca expresó su intención de restarle credibilidad a los declarantes. En segundo término, su finalidad estaba claramente dirigida a demostrar que las versiones rendidas por fuera del juicio oral, que fueron soporte trascendente de la acusación, así como de la solicitud de medida aseguramiento formulada por la Fiscalía -la cual fue negada en primera instancia, pero concedida en segundo grado—, daban cuenta de lo realmente acontecido. En tercer lugar, en vez de acreditar contradicciones puntuales en las versiones -lo que es propio de la impugnación de credibilidad—, la Fiscalía incorporó el contenido de las declaraciones anteriores.

En cuarto término, cuando la juez indagó por la intención de incorporar las declaraciones anteriores -lo que no procede cuando simplemente se impugna credibilidad, ya que en esos casos es suficiente con leer el punto específico de contradicción—, **la Fiscalía hizo manifiesto su propósito de que las mismas**

hicieran parte del acervo probatorio. Por último, aunque la juez utilizó el término “impugnación de credibilidad”, de lo acontecido se desprendía unívocamente que el propósito era que las mismas se tuvieran como testimonios adjuntos.

Así, se tiene que los testigos comparecieron al juicio oral, donde la Fiscalía demostró que se retractaron o cambiaron sustancialmente sus versiones. El ente acusador de manera poco ortodoxa expresó su intención de que las declaraciones anteriores fueran incorporadas como pruebas, lo que fue aceptado por la juez, pese a que cuando preguntó a la Fiscal por el propósito de incorporar dichas declaraciones aludiera a la impugnación de credibilidad.

Es atinente destacar que la defensa tuvo la oportunidad de oponerse y pudo contrainterrogar a los testigos sobre lo declarado dentro y fuera del juicio oral, pero renunció a ello. En suma, si bien es cierto ocurrieron imprecisiones durante el proceso de incorporación de las declaraciones anteriores a título de testimonios adjuntos, las mismas no tienen la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas.

Debe destacarse que los testimonios recibidos en la vista pública no versaron únicamente sobre la imposibilidad de los declarantes de haber percibido la comisión de los homicidios, pues también se abordó el tema de lo expuesto antes del juicio, de modo que, se reitera, no fue sorprendida la defensa al respecto, estando en posibilidad de confrontar y contradecir, pues todo ocurrió en su presencia.

Así las cosas, **le asiste razón a la Corporación de segundo grado,** pues conforme al mandato legal y en especial, a los principios de inmediatez, contradicción y confrontación, **las entrevistas rendidas previamente al juicio, en especial las de BMT y ONC, corresponden materialmente a testimonios adjuntos y, como tales, sirvieron de fundamento al fallo de condena.**

[...]

Como tantas veces lo ha dicho la Corte, es necesario armonizar los derechos de confrontación y contradicción del sujeto pasivo de la acción penal, con la eficacia de la administración de justicia, esto es, no incurrir en arbitrariedades violadoras de los derechos y garantías de los procesados, pero tampoco en ingenuidades frente a la tozudez de una realidad

procesal capaz de soportar la justicia material del caso, que como la ocurrida en este asunto, pone de presente el indebido propósito de los declarantes de no reiterar en el juicio -a partir del temor revelado respecto del acusado— lo ya dicho, al punto que dieron cuenta de los momentos previos y posteriores a los atentados a la vida, pero invocaron unas inverosímiles

condiciones para sustraerse del teatro de los acontecimientos, todo lo cual no compagina con la reconstrucción de los sucesos investigados».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

8. DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Concurso homogéneo y sucesivo ocurrido durante tránsito legislativo.

Al resolver una acción de revisión basada en la causal séptima por cambio de jurisprudencia, la Sala ratifica y consolida los requisitos de procedencia de esta causal y la manera como debe determinarse el monto de la pena, cuando se ha cometido la conducta penal durante la vigencia de dos o más normas punitivas.

SP3943-2021 (55484) del 08/09/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Ocurrieron entre los años 2005 a 2009, cuando la niña [...], quien tenía 9 años de edad para el 2005, fue víctima de abuso sexual por parte del procesado, quien era su abuelastro [...].

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos

«[...], a tono con la previsión normativa y los precedentes de esta Corporación antes citados, se tiene que **los presupuestos sustanciales para invocar la causal 7ª de revisión son los siguientes:**

i)Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un

criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal;

ii)Que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, hubiese variado su jurisprudencia o entendido de manera diversa una norma o instituto jurídico;

iii)Que exista identidad entre los supuestos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial;

iv)La falta de aplicación del criterio jurídico por virtud del desconocimiento de su existencia o la emisión de la sentencia atacada con anterioridad a su formulación;

v)Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante, frente a su responsabilidad o su punibilidad, de modo que el criterio planteado en el fallo contra el cual se dirige la acción resulte injusto;

vi)Que el concepto judicial soporte de la solicitud, provenga de la Corte Suprema de Justicia, por ser esta Corporación el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, atendiendo la función que cumple de unificar la jurisprudencia nacional como ente de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos, sentencia ejecutoriada fundada en criterio jurisprudencial anterior / **ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: dosificación punitiva, frente al concurso homogéneo y sucesivo ocurrido durante tránsito legislativo, en vigencia de la Ley 890 de 2004 y luego de la ley 1236 de 2008

«[...] la Sala procederá a analizar si en el presente asunto los referidos presupuestos se encuentran cumplidos o no.

i) **Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada** cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

La acción de revisión se dirige contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria emitida el 13 de septiembre de 2012 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, que condenó a LMAC, en calidad de autor penalmente responsable de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambas conductas agravadas y en concurso homogéneo; decisión que quedó ejecutoriada el 13 de septiembre de 2013, conforme la constancia suscrita por la secretaria del juzgado, de fecha 19 de marzo de 2019; por lo que estos requisitos se encuentran satisfechos.

En punto a la dosificación punitiva -tema que se discute en este asunto- **el Juez de primera instancia indicó lo siguiente:**

*“Atendiendo a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, que los mismos iniciaron cuando la menor víctima tenía 9 años, es decir, **desde 2005 y se mantuvieron hasta el mes de diciembre de 2009**, cuando la señora ARGC tuvo conocimiento de los mismos y formuló la correspondiente denuncia, **el Despacho en atención a la tesis de la razón objetiva, utilizada por la Corte Suprema de Justicia, para considerar que dado que en el presente caso aun cuando los hechos ocurrieron en vigencia de diferentes legislaciones procedimentales y penales, al haber sido tramitados bajo una misma cuerda procesal y estar en presencia de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos** respecto a la conducta de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, **se aplicará la pena contenida en los artículos 208 y 211 numeral 2° del C.P., modificados por los artículos 4° y 7° de la Ley 1236 de 2008, por ser la que resulta mayor**”.*

Aspecto que fue confirmado integralmente por el Tribunal.

Dicho esto, se debe indicar que **la Ley 1236 de 2008** -Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual- **entró en vigencia el 23 de julio de 2008**, y **significó un aumento de las penas** previstas para los tipos penales descritos en los artículos 205 a 219A del Código Penal.

Ahora bien, frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cuyas penas fueron aumentadas en virtud de la Ley 1236 de 2008, relacionadas con **hechos ocurridos antes y después de su promulgación**, la Corte en la decisión CSJ AP, 9 agost. 2011, Rad. 34738, manifestó **que en esos casos las penas debían dosificarse de manera individual** para cada delito, atendiendo la norma vigente para la fecha de la comisión de **cada uno de ellos**.

[...]

[...] **con posterioridad** a esta decisión, **la Sala adoptó una postura contraria** y en reiteradas oportunidades manifestó que frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cuyas penas fueron aumentadas en virtud de la Ley 1236 de 2008, relacionadas con hechos ocurridos antes y después de su promulgación, **la dosificación punitiva** para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, **debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito**.

Así, por ejemplo, en la decisión CSJ SP, 5 sept. 2012, Rad. 38164, en un caso en donde el procesado fue condenado por un concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ocurrido en el periodo comprendido entre el año 2005 y el 2010, la Corte al dosificar la pena tuvo en cuenta la norma vigente para la fecha de la comisión del último delito concursal, esto es, la Ley 1236 de 2008 [...].

[...]

Lo mismo ocurrió en la decisión CSJ SP, 10 oct. 2012, Rad. 36860, caso en el que el implicado fue condenado por un concurso heterogéneo de delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos en concurso homogéneo, por hechos ocurridos entre los años 2005 y 2009.

Por la misma línea, en la decisión CSJ AP2833-2014, Rad. 42259, frente a un caso en donde los hechos ocurrieron entre el año 2007 y mediados del 2009 [...]».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos, sentencia ejecutoriada fundada en criterio jurisprudencial anterior / **ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: dosificación punitiva, frente al concurso homogéneo y sucesivo ocurrido durante tránsito legislativo, en vigencia de la Ley 890 de 2004 y luego de la ley 1236 de 2008

«En conclusión, no cabe duda que la acción de revisión se dirige contra una sentencia ejecutoriada -la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria emitida el 13 de septiembre de 2012 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad-.

Y, de otro lado, que **la sentencia que se revisa se fundamentó en el criterio jurisprudencial de la Sala vigente para esa época, según el cual**, frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cuyas penas fueron aumentadas en virtud de la Ley 1236 de 2008, relacionadas con hechos ocurridos antes y después de su promulgación, **la dosificación punitiva para todas las infracciones** que concursan (de manera homogénea o heterogénea), incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, **debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito**.

Por lo tanto, el requisito analizado se encuentra cumplido».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos, variación jurisprudencial favorable / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA** - Se vulnera: por aplicación indebida de la Ley 1236 de 2008, cuando no se encontraba vigente

«Que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, **hubiese variado su jurisprudencia** o entendido de manera diversa una norma o instituto jurídico.

La defensora de LMAC invocó la aplicación de la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, del 7 de octubre de 2015, que, en su sentir, incluye una variación favorable al criterio jurídico que sirvió de base para sustentar la sentencia condenatoria.

Pues bien, **en la decisión referida la Corte nuevamente analizó el concepto de aplicación de la ley en el tiempo y el principio de legalidad**, según el ámbito temporal en que se suscitó el hecho, de cara a las situaciones concursales que involucren delitos sucesivos cometidos en el lapso del tránsito legislativo acaecido entre la ley 599 de 2000, con el aumento punitivo de generalizado de la Ley 890 de 2004, y el régimen descrito en la Ley 1236 de 2008, e indicó que para efectos de la dosificación punitiva, **debe obligatoriamente distinguirse lo ocurrido en vigencia de una y otra normatividades**.

[...]

La anterior postura ha sido reiterada por la Sala. Así, en la decisión CSJ SP4349-2019, Rad. 50825, la Corte señaló [...]

[...]

[...] Y, en la decisión CSJ SP1028-2020, Rad. 51230[...]

[...]

Como se ve, entonces, debe entenderse que **a partir de la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, la Sala recogió su postura**, según la cual, la dosificación punitiva para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), por hechos ocurridos antes y después de la promulgación de la Ley 1236 de 2008, debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito, incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley.

Y volvió a aquella posición, conforme con la cual, en esos eventos, para efectos de la dosificación punitiva **se debe obligatoriamente distinguir lo ocurrido en vigencia de una y otra normatividades**, con el fin de salvaguardar los principios de legalidad y favorabilidad.

Por lo anterior, este requisito también se encuentra cumplido».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos, identidad entre los supuestos del fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial

«Que exista identidad entre los supuestos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial.

En la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, los hechos juzgados ocurrieron en la ciudad de Bogotá, entre los años 2001 -época para la cual la víctima tenía 5 años de edad- y julio de 2010, época en que la menor L.V.C.G. fue objeto de múltiples tocamientos en su zona genital, por parte del procesado; quien por estos hechos fue condenado como autor penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

El Tribunal, **al momento de realizar la dosificación punitiva, tuvo en cuenta las penas dispuestas en la Ley 1236 de 2008 para todos los sucesos, incluyendo los ocurridos antes de la vigencia de la referida norma.**

La Sala, como ya se indicó, señaló que respecto de los delitos perfeccionados antes de que entrara a operar la Ley 1236 de 2008, esto es, el 23 de julio del mentado año, el juzgador colegiado estaba impedido para imponer las sanciones conforme a esa normativa, pues, **debía atenerse a la norma vigente al tiempo de los hechos,** que, entonces, era la Ley 599 de 2000, artículos 208 y 209, con el incremento autorizado por el canon 14 de la Ley 890 de 2004, por lo que redosificó la pena de los delitos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008.

En este caso, los hechos juzgados ocurrieron entre el 16 de octubre de 2005 -época para la cual la víctima tenía 9 años de edad- y el 25 de diciembre de 2009, período en el que la menor J.H.P.G. fue objeto de múltiples tocamientos y penetraciones en su zona genital por parte del procesado, quien, por estos hechos fue condenado como autor penalmente responsable de los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambas conductas agravadas y en concurso homogéneo y sucesivo.

El Juez de primera instancia al momento de realizar la dosificación punitiva tuvo en cuenta las penas dispuestas en la Ley 1236 de 2008, para todos los sucesos, incluyendo los ocurridos antes de la vigencia de la referida norma.

Por lo tanto, existe identidad entre los supuestos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial, por lo que este requisito también se encuentra satisfecho».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos, falta de aplicación del criterio jurídico vigente

«La falta de aplicación del criterio jurídico por virtud del desconocimiento de su existencia o la emisión de la sentencia atacada con anterioridad a su formulación

Para la época en que se emitieron las decisiones atacadas -13 de septiembre de 2012 y 26 de agosto de 2013-, **la Corte no había emitido la decisión** CSJ SP11648-2015, Rad. 46482 -ello ocurrió el 7 de octubre de 2015- **mediante la cual varió la postura jurisprudencial anterior,** vigente para el momento en que se emitieron las providencias referidas, según la cual, frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cometidas antes y después de la Ley 1236 de 2008, la dosificación punitiva para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos, análisis comparativo de beneficios

«Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante, frente a su responsabilidad o su punibilidad, de modo que el criterio planteado en el fallo contra el cual se dirige la acción resulte injusto

No cabe duda que la aplicación del nuevo razonamiento jurídico planteado por la Corte en la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, **al caso que aquí se analiza, implicaría un tratamiento más beneficioso para LMAC en punto a la punibilidad,** pues, su aplicación obligaría a que se redosifique la pena para los delitos ocurridos antes de la entrada en vigencia

de la Ley 1236 de 2008, lo que significaría una disminución en la pena».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia: requisitos, que el concepto judicial soporte de la solicitud provenga de la Corte Suprema de Justicia

«Que el concepto judicial soporte de la solicitud, provenga de la Corte Suprema de Justicia

Al respecto, basta decir que el pronunciamiento judicial que se pide aplicar proviene de esta Corporación, por lo que este requisito se encuentra cumplido».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Cambio de jurisprudencia / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA** - Se vulnera: por aplicación indebida de la Ley 1236 de 2008, cuando no se encontraba vigente / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Se configura la causal alegada

«[...] LMAC fue condenado como autor penalmente responsable de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años, ambas conductas agravadas y en concurso homogéneo, por hechos ocurridos entre el 16 de octubre de 2005 y el 25 de diciembre de 2009, sin embargo, **la penas por todos los delitos fueron dosificadas atendiendo la última modificación normativa** -Ley 1236 de 2008-, **la cual resulta más gravosa** que la Ley 599 de 2000, con la modificación de las penas introducida por la Ley 890 de 2004.

La Corte, mediante la sentencia CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, recogió su postura según la cual, la dosificación punitiva para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), por hechos ocurridos antes y después de la promulgación de la Ley 1236 de 2008, debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito, incluso aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, y volvió a aquella posición conforme con la cual, en esos eventos, **para efectos de la dosificación punitiva se debe obligatoriamente distinguir lo ocurrido en vigencia de una y otra normatividad**, con el fin de salvaguardar los principios de legalidad y favorabilidad; la cual resulta más favorable a los intereses del actor.

No atender la variación jurisprudencial referida, implicaría avalar decisiones injustas, contrarias al debido proceso y atentatorias de los principios de legalidad y favorabilidad, fundantes del sistema penal y procesal.

Por tanto, ante la concurrencia de todos los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico para la procedencia de la causal de revisión objeto de invocación, se declarará fundada la misma, lo que obliga a que se redosifique la pena impuesta a LMAC [...].»

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

9. ENFONQUE DE GÉNERO

Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas

Al resolver una demanda de casación en un caso de presunto acceso carnal violento, la Sala recuerda los elementos del enfoque de género con que las autoridades judiciales deben adelantar los procesos de este tipo, evitando caer en prejuicios y estereotipos que

revictimizan a las mujeres negándoles el derecho a una justicia pronta, eficiente e imparcial. Por otra parte, se casa la sentencia y condena al procesado.

SP1793-2021 (51936) del 12/05/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] a eso de las nueve de la mañana del día 23 de agosto de 2015, MOH, para entonces mayor de

70 años, acompañó a su hermana mayor H al consultorio de CEAB, quien ejercía como médico acupunturista en la ciudad de [...].

Encontrándose en la sala de espera del consultorio, AB se arrimó donde MO, quien le manifestó que la aquejaban dolores en el cuello, por lo que le propuso realizarle algunos masajes, haciéndola pasar al consultorio y recostándola sobre una camilla.

En el curso de dicha terapia, el acusado comenzó a acariciarla en sus partes íntimas, procediendo a continuación a taponarle la boca con una mano y, mientras le pedía que guardara silencio, sacó su miembro viril, le bajó parte de sus pantalones y la accedió por vía vaginal.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ENFOQUE DE GÉNERO - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas / **FALSO RACIOCINIO** - Configuración: estereotipos sobre comportamiento sexual de la mujer / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, evolución del concepto, enfatiza en la anuencia libre de la víctima y no en el rompimiento de su resistencia mediante actos instrumentales de violencia física o moral / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - No siempre hay actos de defensa ante la violencia / **DERECHOS DE LA MUJER** - Discriminación: en el ámbito judicial, a través de los argumentos de una decisión judicial / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima

«El juez colegiado dio por cierto el encuentro sexual. Admitió que la hipótesis planteada por la Fiscalía encontró demostración en la prueba testimonial de la víctima MOHA, corroborada por la prueba científica relacionada en precedencia.

Sin embargo, **entendió que no se alcanzó el estándar de prueba para dar por demostrado que el acusado CEÁB realizó el tipo penal de Acceso carnal violento** previsto en el artículo 205 del Código Penal, puesto que, según fundamentó, no existe un conocimiento que

supere la duda razonable en relación con el elemento típico alusivo a la violencia. Su tesis se sustenta en que *«al analizar la víctima, encontramos que es imposible deducir, con grado de certeza racional, una resistencia real de su parte tendiente a malograr o prevenir el presunto ataque»*.

[...]

Así, entonces, **lo que finalmente plantea el Tribunal es la presencia de una duda probatoria fundada en la ausencia de actos de resistencia física o de manifestaciones verbales** de contradicción o de auxilio como indicadores de la aquiescencia de la titular del bien jurídico en la realización de la conducta sexual en la que se vio involucrada con el acusado CEÁB.

Entiende el Tribunal, de manera equivocada, con fundamento en una dogmática penal y en una doctrina jurisprudencial elaboradas en otras épocas y bajo condiciones sociales muy diversas a la actual, que para predicar la violencia sexual no se requería de *«actitudes heroicas»* de parte de la víctima, pero sí de una resistencia seria y constante que ofreciera *«un resultado no consentido y seriamente rechazado»*.

[...]

Dichas fuentes provienen, como puede observarse, de sociedades que no habían adoptado una perspectiva de género y en las que, por consiguiente, las ideas de discriminación e inferioridad de la mujer dominaban en las ciencias sociales, a lo que no escapaba la dogmática penal. **Hoy en día se impone «un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción»**. Bajo una perspectiva de género **no le es exigible a la mujer agredida sexualmente ejercer ningún rechazo serio o constante**, de hecho, como se verá a continuación, no se le puede demandar ninguna clase de oposición para manifestar su falta de consentimiento.

En efecto, una mirada con enfoque de género tiene que eliminar definitivamente aquella clase de estereotipos que, como en el presente caso, hacían gravitar en la mujer como sujeto pasivo de la conducta punible unas obligaciones o *«demandas»*, según el término empleado por el juez colegiado, sobre un determinado comportamiento que estaba llamado a asumir en su condición de víctima, como si ello hiciera parte

del tipo penal a manera de necesaria oposición a la agresión.

La Corte debe subrayar que precisamente la sexualidad voluntaria como derecho de no ceder a otros el poder para decidir cuándo quiere tener relaciones íntimas, ha sido uno de los fundamentos para la emancipación de la mujer de la dominación patriarcal, para que se sientan y sean tratadas como miembros iguales en la sociedad moderna.

En ese sentido, se ha venido insistiendo en que, en el ámbito penal, **el necesario abordaje de los casos con un enfoque de género implica**, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que:

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.

La vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de género les impone la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, por lo que, según se ha enfatizado, **se incurre en un error por falso raciocinio cuando se incorporan en su valoración falsas** reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual, puesto que *«fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres»*

En realidad, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, **el tipo de Acceso carnal violento consagrado en el artículo 205 del Código Penal no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna.**

En ese sentido, la Sala ha señalado que, en aquellos delitos en los cuales confluye el elemento de la violencia, **la figura del consentimiento como excluyente del tipo debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo**, y no la de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en una desigualdad material:

[...]

Así mismo, se subrayó en lo concerniente al ingrediente de la violencia, que dicho *«elemento normativo del tipo [...] no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de esta)»*.

Este criterio, por otro lado, tiene sustento legislativo. El numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagró como recomendación para los funcionarios en la valoración judicial de la prueba que **el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual**. Así mismo, estipuló en el numeral 1 de tal precepto que la aquiescencia tampoco podrá derivarse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre:

[...]

Tales recomendaciones establecidas en la citada Ley 1719 de 2014 bajo los criterios que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, tal como se acabó de precisar, son de aplicación general, es decir, para todos aquellos casos que impliquen la realización del elemento de violencia en los delitos sexuales, incluido el tipo de acceso carnal violento de que trata el artículo 205 de la Ley 599 de 2000.

Dicha ley entró en vigencia el 18 de junio de 2014. Pero, antes de eso, el artículo 38 de la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, o Ley de Víctimas (por medio de la cual se dictaron medidas de protección a *«aquellas personas que individual o*

colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985 [...] con ocasión del conflicto armado interno» -artículo 3), señaló dentro del ámbito de los principios probatorios en casos de violencia sexual que el consentimiento (i) «no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual» (numeral 3), (ii) tampoco «de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento voluntario y libre» (numeral 2), ni (iii) «cuando la fuerza, la amenaza de fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad [para consentir]» (numeral 1).

[...]

En suma, **la víctima no está obligada a actuar de determinada forma para que se pueda establecer que la acción del autor fue violenta**, tampoco tiene que hacer manifestaciones de repudio ni proferir palabras de auxilio, bastando con la determinación de su voluntad, la misma que debe ser inferida del contexto de los acontecimientos, bajo el claro sentido de la naturaleza de las relaciones surgidas entre víctima y victimario».

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, apreciación probatoria / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Dolo / **DELITOS SEXUALES** - Juez: debe verificar el comportamiento del victimario y no las posibles omisiones de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Bien jurídico protegido: la libertad, integridad y formación sexuales, no el honor / **DELITOS SEXUALES** - No configuración: encuentro sexual, requiere el consentimiento expreso de aceptación de quien está autorizado legalmente para consentirlo / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura

«Encuentra la Sala que las condiciones en que se desarrollaron los acontecimientos en el asunto que es objeto de estudio, **permiten identificar con claridad un evento de violencia contra la mujer o de género**, en la medida en que el autor de la conducta actuó con un claro carácter punitivista al someter a su víctima a una agresión

sexual en virtud de su condición de mujer. Ello obliga a contextualizar en esa perspectiva lo sucedido evitando los sesgos y prejuicios que ponen a la mujer en un plano de inferioridad y subordinación frente al agresor.

[...]

Ya se ha dicho en esta decisión que es un hecho inconcuso la existencia del encuentro sexual entre MOHA y el acusado CEÁB, conclusión a la que se llegó no solamente por la claridad que en ese sentido ofrece el testimonio de la mujer sino porque además existe poderosa evidencia científica que corrobora esa circunstancia, puesto que en el protector vaginal que usaba en esa oportunidad MO se encontraron rastros de semen y, además, se halló una mezcla genética aportada por los dos.

Ahora bien, el debate se viene suscitando especialmente sobre la determinación de si esa conjunción sexual fue un acto permitido por MOHA o, por el contrario, si fue violento en la medida en que ella no prestó su concurso voluntario para la consumación de la conducta.

[...]

En ese contexto de los hechos, **surge evidente para la Corte la ausencia de consentimiento de MOHA**, pues aparte de que el agresor la sometió por la fuerza, ella no hizo ninguna manifestación que permitiera inferir su aquiescencia con el contacto sexual.

Lo primero, porque el acusado ÁB desplegó sobre su víctima actos físicos de dominación claramente dirigidos a doblegar su voluntad. No otra cosa podría desprenderse del hecho de que una vez inició sus maniobras eróticas y cuando sintió la menor repulsa por parte de la mujer, le cubrió con su mano la cara y le introdujo un dedo en la boca, lo que le impedía hacer alguna manifestación verbal de oposición y ofrecer la mínima resistencia física. Por eso manifestó que «No hice nada porque yo me sentía ahí como aprisionada» y que «yo trataba de hacer una fuerza pero él tenía más que yo».

Lo segundo, porque la intempestiva conducta desarrollada por el procesado cuando supuestamente se dedicaba a ofrecer una terapia para aliviar el dolor, creó tal perturbación en MOHA que le impidió exteriorizar con alguna vehemencia su contrariedad con lo sucedido.

[...]

Con lo anterior **queda develado el desacierto del ad quem cuando puso en duda la imposibilidad de resistencia física de la víctima**, aduciéndose en el fallo recurrido que bien pudo levantarse de la camilla porque nada le impedía hacerlo. No es cierta esa afirmación. **La mujer se encontraba sometida físicamente por el agresor**, quien no solamente estaba de pie con ventaja sobre ella que yacía en la camilla, sino que también la sometió empleando la fuerza sobre su cara.

Además, según narró, *«Hice repulsa pero él me decía que chito, porque mi hermana estaba afuera»*. Fue entonces que *«obedecí la orden de callarme»*.

Se puede concluir, entonces, que el procesado ÁB ejerció una coerción física y moral sobre MOHA idónea para sojuzgarla y someterla a sus designios.

[...]

De manera que **la objetividad de los hechos muestra a las claras que MOHA no quiso ni consintió lo sucedido**. De parte de ella resulta apenas comprensible que su pasiva respuesta física y emocional ante lo acontecido estuviera condicionada por el estado de shock, de angustia y de incredulidad por lo que estaba ocurriendo, según lo manifestó. Y, en todo caso, ninguna razón objetiva reveló que con su silencio haya prestado su consentimiento como una manifestación del libre albedrío en el contexto de los acontecimientos, lo que de suyo representa un claro indicador de su oposición o rechazo al acto sexual.

[...]

Resulta falaz, además, desde todo punto de vista **el argumento esgrimido por el Tribunal en el sentido de que el procesado interpretó la resistencia de la mujer como una maniobra para defender su honor**, pero que jamás la consideró un rechazo serio y vehemente, que le permitiera imaginar un actuar lesivo a la norma. Pareciera una percepción de las cosas enclavada en una arcaica protección penal del bien jurídico del honor y de la honestidad de la mujer, **conceptos asociados a la castidad de la mujer, y no, como es hoy, fundado esencialmente en la libertad, integridad y formación sexuales.**

No era el honor lo que claramente pretendió defender la víctima, sino su misma libertad sexual.

[...]

Así, **es posible que no haya verbalización de la aquiescencia en la relación** por parte de la mujer, **pero siempre debe existir la explicitud de su querer**, la cual debe ser definida por el contexto de los acontecimientos en concreto. Es así como, según acaba de verse, el acusado ÁB tenía un conocimiento pleno sobre los componentes del tipo penal y, en especial, sobre el elemento de violencia que acompañó su comportamiento, por lo que sabía que acceder carnalmente a MOHA sin atender a su voluntad es de por sí una vía de hecho constitutiva de violencia.

[...]

Por el contrario, es imperioso concluir que **la Fiscalía demostró con un grado de conocimiento más allá de duda razonable que el acusado ÁB realizó el tipo penal del artículo 205 del Código Penal**, emergiendo la presencia de un yerro que atañe a la formulación de la experiencia insostenible, según la cual la frágil o nula oposición, a través de gritos y actos de resistencia, de parte de la víctima de un delito sexual, se traduce en su aquiescencia por la realización de la conducta.

Por último, **la Corte debe llamar la atención sobre la necesaria introducción de una perspectiva de género por parte de los funcionarios no solamente en la sentencia sino en todos los momentos de la actuación judicial**. Ello a propósito de que la jueza de conocimiento realizó algunas preguntas complementarias a la víctima relacionadas con sus años de viudez y la ausencia de parejas, como si ese fuera un factor del que se podía inferir su consentimiento para la relación sexual. **Tal interrogatorio por parte de la jueza no solamente se ofreció impertinente sino claramente ofensivo y prejuicioso frente a los derechos de la mujer**, por lo que resulta inadmisibles, con mayor razón proviniendo de la misma jueza».

(Texto resaltado por la Relatoría)

10. ESPIONAJE – Concepto y elementos

Por espionaje, en términos generales, se entiende la actividad dedicada a obtener, de modo oculto o fraudulento, información reservada o secreta

Al resolver un recurso de casación la Sala analiza si el suministrar información sobre vigilancia marítima dentro de un grupo delincuenciaal dedicado al narcotráfico, además de constituir el delito de concierto para delinquir también actualizaría la conducta de espionaje, para ello explica este delito y señala en qué momento realmente se puede cometer, estableciendo la diferencia entre el espionaje que pone en peligro la seguridad del Estado y otras conductas con que se puede confundir fácilmente.

SP2692-2021 (53835) del 30/06/2021

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 12 de abril de 2012, la inteligencia de la Fuerza Aérea Colombiana informó que, mediante interceptación de comunicaciones telefónicas, mensajes de texto, seguimiento de personas y la acción de agentes encubiertos, se pudo establecer la vinculación de personal oficial a una organización de narcotraficantes.

La organización la lideraba [...], alias “La Señora”. [...], alias “El Negro”, se encargaba de la producción y transporte del estupefaciente. [...], alias “Primo”, Mayor del Ejército Nacional, coordinaba y verificaba los operativos en contra de la organización y reclutaba personal activo de la Fuerza Pública para el servicio de la misma. [...], alias “Parrado”, integrante de la FAC, se encargaba de revelar información sensible acerca de los movimientos de los aviones; y [...], alias “Pescado”, Capitán de la Armada Nacional, informaba la ubicación de embarcaciones de la Armada Nacional y lugares en donde se encontraban los buques custodios de la soberanía del territorio colombiano, y elaboraba rutas para el envío de lanchas rápidas con estupefacientes hacia destinos internacionales.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ESPIONAJE - Concepto / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferencias con el espionaje / **ESPIONAJE** - Elementos: no requiere sujeto activo cualificado / **ESPIONAJE** - Elementos: ingredientes normativos / **ESPIONAJE** - Bien Jurídico Tutelado: seguridad del Estado / **ESPIONAJE** - Pone en riesgo la seguridad del Estado frente a otros Estados, no la seguridad pública interior / **BIEN JURÍDICO** - Concepto / **ESPIONAJE** - Tipos penales con que se relaciona, pero no constituyen el delito de espionaje / **ESPIONAJE** - No se configura: al no verse afectado el bien jurídico tutelado

«Con la doble conformidad se pretende examinar la legalidad fáctica, probatoria y jurídica del primer fallo condenatorio.

El demandante, en el primer cargo, planteó problemas de adecuación típica de la conducta, bajo la consideración de que el delito de concierto para delinquir carecía de referentes fácticos, puesto que el Tribunal consideró que el aporte a la organización ilegal constituía la base del delito de espionaje.

Según se explicó, el delito de concierto para delinquir, acuñado sobre la idea de la anticipación de la barrera de protección criminal, se configura, en este caso, por el acuerdo de voluntades para cometer delitos de narcotráfico. Obtener y brindar información sobre la ubicación de navíos a la organización ilegal es la forma como se manifiesta el aporte del acusado a la organización ilegal. El problema, entonces, no consiste en que se haya vaciado el delito de concierto para delinquir, sino si al brindar ese tipo de información el acusado incurrió también en el delito de espionaje.

Por espionaje, en términos generales, se entiende la actividad dedicada a obtener, de modo oculto o fraudulento, información reservada o secreta. De acuerdo con esa noción semántica, habría incurrido en ese comportamiento, como en el lenguaje del común se dice de quienes “*espían*” a personas o incluso instituciones, para obtener información de ellas. De acuerdo con esa lectura general, en esa categoría se incluyen los delitos de revelación de secretos, la utilización de asunto sometido a reserva y la utilización indebida de información oficial privilegiada (artículos 417, 419 y 420 del Código Penal).

De otra parte, **el delito de concierto para delinquir se concibe como un delito contra la seguridad pública**, mientras que **el de espionaje es una infracción contra la seguridad del Estado**. La primera conducta está inmersa en el propósito de traficar drogas, un elemento sustancial de la tipicidad del delito de concierto

para delinquir agravado que obra a la manera de ingrediente subjetivo del tipo.

El delito de espionaje contra la Seguridad del Estado es mucho más complejo, tanto por su contenido como por el bien jurídico que protege. Incurrir en él, el que *“indebidamente obtenga, emplee o revele secreto político, económico o militar relacionado con la seguridad del Estado.”*

No requiere de un sujeto activo calificado, pero contiene ingredientes normativos complicados, tales como secreto militar, político o económico, y está diseñado en función de la protección de la seguridad del Estado, es decir, en función de la inmunidad del Estado en su seguridad exterior; del Estado como parte de la comunidad de naciones, al igual que la violación de tregua o armisticio entre la República y un Estado enemigo o fuerzas beligerantes, la violación de inmunidades diplomáticas y ofensa a diplomáticos, conductas todas del capítulo II del Título XVII del Código Penal, que destacan el sentido de dichas conductas.

Al margen del bien jurídico -elemento que limita y legitima la intervención penal y que sirve para definir el contenido material del injusto —, **se puede sostener que la conducta de PDBC corresponde a la noción lingüística de espionaje**, a la manera de como la opinión entiende esa conducta gramaticalmente. **Desde el punto de vista del bien jurídico protegido la situación es distinta. Incurrir en el delito de espionaje** quien, **con la obtención y revelación de informes secretos de carácter militar, pone en riesgo la seguridad del Estado frente a otros Estados, no la seguridad pública interior.**

En ese margen, véase que **la conducta que interesa al derecho penal es la que interfiere un bien jurídico concreto**. Esta definición permite explicar que el sentido y contenido de la conducta lo define el bien jurídico como relación social comunicativa, prejurídica y dialéctica que el legislador selecciona y protege. Desde esta visión, **es diferente obtener información secreta para atentar contra el Estado, que hacerlo para una organización ilícita** como parte de un acuerdo para traficar estupefacientes. Ontológicamente pueden ser similares, valorativamente no.

Es más, **otros tipos penales sancionan conductas similares que en el argot popular se consideran actos de espionaje**. Así, entre otros, los siguientes:

El artículo 194 de la Ley 599 de 2000, sanciona la divulgación y empleo de documentos en los siguientes términos:

“El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.”

Y, entre los delitos contra la administración pública, el artículo 416 de la misma ley, describe el delito de revelación de secreto, así:

“El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.”

El artículo 419, por su parte, describe el delito de utilización de asunto sometido a secreto o reserva en los siguientes términos:

“El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.”

Y el artículo 420 del mismo Código Penal, penaliza la utilización indebida de información privilegiada, así:

El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el

fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Incluso, por fuera de toda discusión en este caso del vínculo entre delito y función, el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, en el artículo 130, sanciona la revelación de secreto, en los siguientes términos:

“El miembro de la Fuerza Pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio, con clasificación de seguridad secreto, o ultrasecreto, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años.

Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Lo anterior permite mostrar que **existe una amplia gama de conductas que se refieren a lo que en el lenguaje común se trata como espionaje, sin que por esa razón la conducta del ahora acusado se pueda adecuar sin más al delito de espionaje** que jurídicamente se concibe como un atentado contra la seguridad del Estado, **bien jurídico con el cual su comportamiento no tiene nexo de imputación,**

y tampoco con otros que hablan de obtención de información, pues no se acreditó el deber concreto de conservar la custodia de la información secreta.

La conducta analizada, por lo tanto, en este caso, **se considera parte integral del acuerdo de voluntades para realizar delitos de narcotráfico**, acto único que fue adecuado por la fiscalía y el Tribunal en dos normas -una de ellas inaplicable por las razones que se acaban de esbozar—, sin reparar que existen diferencias sustanciales entre la expresión ontológica del comportamiento y la manera como la conducta es valorada en relación con el bien jurídico por el legislador.

Como consecuencia de ese error de adecuación típica que corresponde a una infracción directa de la ley, **la Corte casará oficiosa y parcialmente la sentencia del Tribunal, excluyendo la condena por el delito de espionaje** y disminuyendo en consecuencia la pena impuesta por este comportamiento».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

11. HOMICIDIO CON DOLO EVENTUAL EN ACTIVIDADES RELIGIOSAS O DE ÍNDOLE ESPIRITUAL

El hecho de que el derecho proteja la libertad de cultos y de practicar actos de oración y culto no significa que exista también el de matar en desarrollo de tales actos rituales.

Al resolver una demanda de casación en un caso de presunto homicidio preterintencional, la

Sala analizó varios aspectos como son, la inimputabilidad por enfermedad mental, el dolo eventual y su diferencia con la preterintención, la complicidad, la libertad de cultos y la causal de ausencia de responsabilidad, entre otras, por

cometerse el delito en desarrollo de un ritual de exorcismo.

SP3218-2021(47063) del 28/07/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Para el año 2010, EAGR llevaba más de una década siendo observado y tratado por un trastorno afectivo bipolar con manifestaciones psicóticas de contenido mágico religioso. Fue internado varias veces por ese padecimiento, pero entre septiembre y octubre del mencionado año

su psiquiatra le dio de alta tras encontrarlo estable. Se hacía llamar “padre Ángel” y se arrogaba falsamente la condición de sacerdote ordenado de la iglesia católica.

En ejercicio de tal impostura, organizó y realizó, a finales del año 2010, una sesión de oración de la que participó EPMP, a quien en esa ocasión convenció de estar poseída por “el negro Felipe”, un “espíritu maligno” que abusaba sexualmente de ella durante las noches. Acordaron entonces la celebración de una ceremonia para expulsarlo de su cuerpo.

El rito comenzó el jueves 4 de noviembre de ese año y se extendió hasta el sábado siguiente. Se llevó a cabo en la vivienda de los esposos JRPP y MCPT, [...] en la que estuvieron, además de la víctima, EAGR (como director de la ceremonia) y LJDD (como su asistente) [...].

En el curso de esos días, EP fue sometida a vejámenes y maltratos de todo tipo. El “padre Ángel” la penetró con los dedos en la vagina y el ano, y en las mismas cavidades le fueron introducidos billetes. En sus oídos y nariz le clavaron agujas. Recibió golpes en varias partes del cuerpo, se le causó gastritis hemorrágica (al parecer por la ingesta forzada de sal y miel) y le fueron infligidas laceraciones en la lengua [...].

Finalmente, MP fue estrangulada y falleció por asfixia mecánica alrededor de las 2:00 P.M. del sábado 6 de noviembre de 2010 [...].

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

COMPLICIDAD - Exige coincidencia intencional entre el autor y los colaboradores / **COMPLICIDAD** - Únicamente se da en conductas dolosas / **DELITO IMPRUDENTE** - No puede haber ni tentativa ni participación / **DELITO IMPRUDENTE** - Si lo realiza un número plural de personas cada una responde en calidad de autor / **DETERMINADOR** - Desvíos o excesos del inducido: concepto

«[...] el ad quem, **a pesar de haber sentenciado que el delito fue cometido con preterintención, decidió mantener la condena irrogada a MCPP y JRPP como cómplices del punible sin la menor reflexión en torno a la posibilidad conceptual y dogmática de contribuir en tal calidad** - la de cómplice - a una infracción de esa naturaleza.

En efecto, es cómplice “quien dolosamente ha prestado una ayuda a otro respecto del hecho

antijurídico que este ha cometido dolosamente”, siempre que tal ayuda, sin ser esencial, sea “causal para el resultado”, y en tanto exista entre el autor y quien le asiste “coincidencia... en cuanto a la acción básica común”, esto es, convergencia intencional, de manera que el segundo debe “querer contribuir” a la acción del primero. En palabras de la Sala, **la complicidad requiere “que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice”,** y que uno y otro se pongan de acuerdo, antes de su ejecución o concomitantemente a ésta, no sólo “en cuanto al delito o delitos que quieren cometer”, sino también “en aquello que cada uno de ellos va a realizar”.

Entonces, si **la complicidad** exige coincidencia intencional entre el autor y los colaboradores, aquella **sólo puede darse respecto de conductas dolosas**; no puede consolidarse un designio común - o, en la redacción del Código Penal nacional, un «*concierto previo o concomitante*» - sobre aquello que sucede por culpa y no porque se quiera o se asuma con indiferencia, es decir, sobre algo que no corresponde al resultado pretendido, aceptado o si quiera previsto por quien lo ha causado.

Justamente por lo anterior, está decantado que “**en los delitos imprudentes no hay ni tentativa ni participación**”, de manera que “**cuando varios causan imprudentemente un resultado típico, cada uno de ellos es responsable por el todo**”. Es que “*sólo se puede infringir el deber propio*”, de modo que “*si en un mismo hecho varios sujetos incurren en tal inobservancia, cada uno responde de su particular infracción, de manera que no procede la coautoría, que presupone concierto previo, ni la complicidad, que requiere colaboración para alcanzar el resultado prohibido*”. En otros términos,

[...]

En suma, la inconsistencia teórica de lo resuelto en segundo grado es patente».

DOLO - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Concepto

«De acuerdo con el artículo 21 del Código Penal, “la conducta es dolosa, culposa o preterintencional”.

Será dolosa, establece el precepto que le sigue, “cuando el agente conoce los hechos constitutivos

de la infracción penal y quiere su realización” (construcción que alude al dolo directo y de la cual nada interesa considerar ahora), ora “cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”, situación última que corresponde al **denominado dolo eventual**. Será en cambio **preterintencional**, conforme el artículo 24 ibídem, “cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

El dolo eventual, ha dicho la Sala,

«...**exige**, entonces, **dos condiciones**: i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico... (y); (ii) que la no producción del resultado dañoso se deje al azar, lo que implica que el agente emprende o mantiene su conducta, con absoluta indiferencia por el resultado o la situación de riesgo que genera, no obstante haberse representado que en ella existe un peligro inminente y concreto para el bien jurídico» .

Se trata, pues, de una postura subjetiva en la cual el agente no pretende el resultado típico pero, no obstante habérselo representado como una consecuencia probable de su conducta, persiste en la ejecución de ésta **con indiferencia de si ocurre**; es decir, **le da lo mismo si de da o no, no le importa**, con lo cual el reproche que se hace sobre su esfera volitiva es el de asumir con apatía, indiferencia o indolencia su producción».

PRETERINTENCION - Estructura y requisitos

«[...] la consagración normativa del delito preterintencional proviene del reconocimiento de que **una misma conducta humana puede reunir elementos dolosos y culposos**, así como de la inconveniencia político criminal e incongruencia dogmática de reprimir una tal conducta como si fuese exclusivamente dolosa o únicamente negligente:

“El que golpea a una persona que tras de sí tiene una escalera actúa dolosamente al golpearle en el rostro y actúa imprudentemente al no contemplar o valorar adecuadamente la posibilidad de que a causa de ese golpe puede caer de espalda y golpearse la nuca contra el borde de un escalón, lo que le causa la muerte. Estimar que la totalidad del suceso cabe en el dolo de la primera parte de la acción es excesivo bajo cualquier punto de vista”.

Lo esencial de la infracción preterintencional, pues, es que el resultado típico no se produce porque el agente lo quiera, sino porque, siendo consecuencia previsible de su actuación dolosa, ha dejado de representárselo por una violación del deber de cuidado y da lugar, con ello, a su realización».

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL - Elementos / **DOLO EVENTUAL** - Homicidio / **DOLO EVENTUAL** - Configuración / **DOLO EVENTUAL** - Demostración / **HOMICIDIO** - Preterintencional y con dolo eventual: como diferenciarlos / **DELITO DE RESULTADO** - conductas especialmente aptas y conductas neutras: concepto / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Demostración

«[...] **la configuración del homicidio preterintencional requiere** (i) un comportamiento inicial de naturaleza dolosa orientado a causar lesiones corporales; (ii) la muerte de la persona cuya integridad pretendió afectar el agente, siempre que el deceso pueda calificarse como una consecuencia previsible de dicho comportamiento, y; (iii) **la constatación de que, a pesar de la previsibilidad de dicho resultado, el agente no lo previó por su propia culpa**.

Desde luego, si la muerte no podía visualizarse como una consecuencia previsible de la conducta dolosa, mal podría imputársele al sujeto activo, quien en tal evento la habría ocasionado sólo en términos de estricta causalidad natural; en cambio, **si la muerte no sólo era previsible sino que fue efectivamente prevista por el agente** y éste, a pesar de tal representación, **decidió seguir adelante con su actuar**, el comportamiento corresponderá al ámbito del dolo eventual.

Como se ve, ni en el homicidio cometido con dolo eventual ni en el perpetrado con preterintención el agente quiere el resultado típico. **Lo fundamental para optar por una u otra modalidad** de atentado contra la vida (o para decantarse, acaso, por la modalidad culposa, aunque en este caso no hay lugar a ello) **es dilucidar** (i) si el deceso era consecuencia previsible del comportamiento; de ser así, (ii) si el agente lo previó o no y, en tal evento, (iii) si la previsión fue en grado de probabilidad, que no de simple posibilidad.

Claro está, como lo ha señalado ya la Sala, que **la cuestión de si el actor se ha representado como probable el resultado rara vez encuentra demostración directa en el proceso** y, por ende, normalmente **debe inferirse a partir de sus comportamientos o manifestaciones externas**, ora de los hechos objetivos acreditados en la actuación. A tal efecto, resultan útiles las reglas de la experiencia y la ciencia y, tratándose en particular de los delitos de resultado, las nociones de **conductas especialmente aptas** para provocarlo **y conductas neutras**, así:

«... la experiencia social distingue, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, entre **conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados** y conductas que, **si bien son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento**. La distinción entre conductas especialmente aptas y este segundo grupos de conductas —que en adelante serán denominadas “*conductas neutras*”— debe ser el criterio rector en la práctica para decidir cuándo una alegación de desconocimiento del riesgo concreto deberá ser creída.

En esta distinción influyen cuestiones muy diversas, como la utilidad social de determinadas actividades, la habituación que existe a ellas o la frecuencia estadística con la que su ejecución lleva al acaecimiento del resultado. **En el caso del homicidio**, por ejemplo, **pueden citarse como especialmente aptas para causar una muerte conductas como disparar contra el cuerpo de otra persona** o hacer explotar una potente bomba en un lugar concurrido. En cambio, **otros comportamientos como conducir un automóvil son sólo neutros en relación con el resultado**, pues, aunque objetivamente pueden ocasionar una muerte, **en la experiencia social esta consecuencia no es algo indisociablemente ligado a su realización**».

Por supuesto, cada caso debe analizarse con atención a sus particularidades: de un hombre adulto ordinario que causa la muerte a otro de similares características físicas y etarias tras propinarle un puño en el rostro es plausible que no se haya representado ese resultado, pues una agresión como aquélla no es especialmente apta para ocasionarlo. Tal análisis, sin embargo,

puede variar si el golpeador resulta ser un boxeador profesional y el ofendido, por ejemplo, un anciano. En igual sentido, si una persona dispara a otra con un arma de fuego en el pecho con el fin de lesionarla pero lo que hace es matarla, difícilmente podrá asumirse como verosímil, ante la especial aptitud de ese acto para quitar la vida, que no se representase la probabilidad del deceso. Pero el razonamiento puede ser distinto si el disparo no lo dirige a torso de la víctima sino a una de sus extremidades, y el fallecimiento se produce por la circunstancia de haberse impactado una arteria.

Aplicadas estas consideraciones al caso en examen, y como ya se anticipó, se observa que la valoración integral de las pruebas permite concluir que **el homicidio de EP fue doloso y no preterintencional**. Su **deceso era consecuencia previsible de las conductas desplegadas por quienes obraron como autores**, las cuales se mostraban, apreciadas desde las reglas de la experiencia y la ciencia, especialmente aptas para producir la muerte. En esas condiciones, no puede razonablemente admitirse que no se representasen la altísima probabilidad de ocurrencia del resultado típico.

Para comenzar, el informe de necropsia - cuyos hallazgos fueron estipulados - demuestra que **el fallecimiento de la ofendida se produjo por asfixia mecánica ocasionada por maniobras de estrangulamiento**. Así lo indica la presencia de “*surcos equimóticos lineal en diagonal... sólo evidentes en la cara anterior del cuello*”. Ello es suficiente para afirmar la previsibilidad y alta probabilidad de la muerte, en tanto **es conocimiento común** (adquirido incluso intuitivamente por los seres humanos a partir de su propia existencia) **que la supresión sostenida del suministro de oxígeno al cerebro siempre o casi siempre lleva a la muerte**.

A lo anterior debe agregarse que, conforme lo acredita ese mismo elemento, **los maltratos a los que se le sometió durante tres días fueron de una intensidad y sevicia tales que hacen evidente la previsibilidad del resultado típico**:

[...]

Esta pieza revela que **la víctima fue golpeada varias veces en prácticamente todo su cuerpo**, no con suavidad o moderación, sino de una manera que en la pericia se calificó como “*severa*”; se le ocasionó gastritis hemorrágica y fue penetrada vaginalmente con tanta violencia

que el cuello uterino resultó lesionado. Se le laceró la lengua con «un objeto punzante». Todo esto llevó a la experta forense a dictaminar que EP «*requería de atención médica urgente la cual no fue suministrada*» para preservar su vida, y ello, ante el brutal carácter de la golpiza, tenía que resultar evidente también para cualquier persona que la presenciase.

Y es que **la especial aptitud que ese martirio tenía para producir la muerte no sólo deviene de su naturaleza misma**, esto es, de su carácter cruel y despiadado, su intensidad y duración (más aún en tanto, se insiste, comprendió actos de asfixia mecánica, que son causa adecuada de la extinción de cualquier organismo aerobio), **sino también de las circunstancias contextuales específicas en que le fue causado a la víctima.**

Ciertamente, **los ejecutores materiales del homicidio impidieron que sus familiares accedieran a la habitación en donde estaban sucediendo los hechos.** Así lo declararon unánimemente SMP e IEPB. De ese modo, la sometieron a un aislamiento que trunció cualquier posibilidad de prestarle atención médica, lo cual hacía aún más previsible y probable la posterior defunción, **máxime en tanto pasó esos tres días «sin comer nada»**, conforme se verificó en la necropsia, por lo cual es dable deducir que estaba débil y vulnerable.

No puede soslayarse, por demás, que LJDD, quien para la fecha de los hechos tenía la edad de 25 años, es una persona con estudios en salud ocupacional, mientras que ÉAGR, cuyo nivel de escolaridad es de postgrado, ejercía como docente. A su vez, MCPT tenía 56 años y, aunque carece de estudios profesionales, trabajaba como modista. No se trata, pues, de individuos ajenos a la ordinaria vida en comunidad a quienes por sus condiciones personales pudiera resultarles extraña la asociación causal de probabilidad entre los atroces maltratos propinados a la víctima y su posterior deceso.

Ninguna duda cabe, pues, de que los autores materiales del hecho necesariamente visualizaron la muerte de la víctima a partir de los vejámenes y actos de asfixia a los que la sometieron, pero además, vista la especial aptitud de estos comportamientos para ocasionar ese resultado, tal representación debió aparecerles como probable.

El reproche que sustenta el juicio de subsunción típica, entonces, no consiste en haber causado la muerte de EP como consecuencia de un exceso negligente de la voluntad de lesionarla, sino en que, **a pesar de haberse representado como probable que aquélla podría morir a causa de las lesiones que se le estaban infligiendo** y por las maniobras de estrangulamiento a que fue sometida (así tuviesen por móvil final “sanarla espiritualmente”), **los autores siguieron adelante con tales conductas**, lo cual únicamente puede explicarse desde una postura de absoluta apatía o indiferencia por el eventual resultado.

Suficiente lo expuesto para reiterar que el razonamiento del Tribunal, más allá de las deficiencias conceptuales y teóricas antes identificadas, es contraevidente y se encuentra en oposición al resultado del debate probatorio.

El primer cargo formulado por la apoderada de las víctimas, por lo tanto, ha de prosperar. En tal virtud, se casará la providencia impugnada para reestablecer la de primer grado, específicamente en cuanto sentenció que la muerte de **EPMP fue producto de un homicidio agravado cometido con dolo eventual**.

CULPABILIDAD - Conciencia de la ilicitud / **CULPABILIDAD** - Elementos básicos de la exigibilidad / **CULPABILIDAD** - Capacidad de autodeterminación: normalidad motivacional, de acuerdo a las características de sanidad y madurez mental y de inserción en la cultura hegemónica / **CULPABILIDAD** - Capacidad de autodeterminación: no es obligación de la Fiscalía el demostrarla / **IMPUTABILIDAD** - Concepto / **INIMPUTABILIDAD** - Supuestos normativos: por incapacidad del agente de comprender la ilicitud de su comportamiento / **INIMPUTABILIDAD** - Supuestos normativos: por incapacidad de determinarse conforme a la comprensión de la ilicitud / **INIMPUTABILIDAD** - Se debe probar su existencia al momento de ejecutar la conducta

«Irrebatible es que en el actual orden constitucional sólo pueden ser sancionados con pena los comportamientos típicos y antijurídicos realizados con culpabilidad. En palabras de la Corte Constitucional, “**ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión**” y, por ende, “**no puede ser castigado si no es**

intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad... De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto". Así lo recoge el Código Penal, cuyo artículo decimosegundo expresamente prevé que *"sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad"*.

[...]

La conducta es culpable, pues, **cuando su autor ha optado libremente por ella**, es decir, la ha elegido, en ejercicio de su autonomía y albedrío, sobre otras conductas ajustadas a derecho que podría también haber asumido. Estas facultades - la autonomía y el albedrío -, desde luego, no pueden probarse, pero *"una organización liberal y democrática se expresa en que el Derecho considera libre al hombre, séalo o no en verdad"*, al modo de una presunción sin la cual la actual teoría del delito devendría ilegítima.

Lo anterior explica que quienes obran en situaciones motivacionales anormales, por ejemplo, de coacción ajena o miedo insuperables, lo hacen sin culpabilidad, pues en tales eventos la realización del injusto no es producto de su elección libre y voluntaria, sino de fuerzas externas que truncan su capacidad de optar por el comportamiento ajustado a derecho [...].

Ahora bien, **el juicio de culpabilidad requiere que aquél contra quien se formula tenga la capacidad de ser culpable**, pues a quien sencillamente no tiene la facultad de optar por un comportamiento ajustado a derecho no puede exigírsele que lo haga.

Eso - **la capacidad de ser culpable** - es la **imputabilidad**, elemento integrante de la culpabilidad que se presume de *"quienes exhiben características de sanidad y madurez mental, por un lado, y de inserción en la cultura hegemónica, por otro"*, y de la que carece, al tenor del artículo 33 del Código Penal, *"quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares"*.

Ese precepto, ha dicho la Sala,

"... contempla dos supuestos normativos de inimputabilidad; el primero, la incapacidad del agente de comprender la ilicitud de su

comportamiento y, el segundo, la de determinarse conforme a dicha comprensión.

Se trata de situaciones marcadamente distintas. En la primera es imposible para el autor aprehender el sentido de su comportamiento y el desvalor que entraña; no puede discernir el significado ético-social de la acción, es decir, que ésta *"contrasta con las exigencias de la vida en sociedad"* porque falla su capacidad de comprensión, su facultad de *"aislar, identificar y entender datos externos e integrarlos de forma coherente con la información de la cual la persona dispone, para aplicarlos con flexibilidad ante una situación determinada"*.

En la segunda, en cambio, el sujeto puede comprender que lo que hace es jurídico-socialmente reprochado. **Sus facultades intelectivas no son defectuosas**. Lo que sucede es que, a pesar de entender el significado de la acción, no puede abstenerse de ejecutarla y orientar su comportamiento consecuentemente a ese entendimiento, porque **carece de "autosuficiencia... autodirección individual... y autorregulación"**. **Lo que aquí falla, pues, no es su órbita intelectual sino la volitiva**, *"la habilidad para desempeñar una conducta con libertad, autonomía, conocimiento y comprensión"*.

La incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión puede devenir, de acuerdo con el artículo en examen, de inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. Para el caso que ahora se examina, basta enfatizar que el trastorno mental se entiende como *"una disfunción o anomalía mental"* que generalmente *"se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE o el DSM"*, así:

"... (los trastornos mentales permanentes)" *"son aquellas afectaciones mentales graves, perfectamente instauradas, de evolución crónica y difícil recuperación, que al momento de los hechos investigados alteran de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requieren tratamiento médico especializado, de manera inicial en un centro hospitalario y por definición son incurables. Sin embargo, con tratamiento se puede lograr una remisión de la sintomatología aguda que le permita a la persona reintegrarse a la sociedad."*

De igual manera, **el trastorno mental puede ser transitorio** y tener o no base patológica, el transitorio con base patológica consiste en *“la alteración mental severa que se genera en una disfunción biológica o de personalidad, de presentación aguda o crónica episódica (como en los casos de patología dual), que recidiva si no se somete a tratamiento y que, durante la ocurrencia de los hechos investigados, altera de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requiere tratamiento psiquiátrico que, de acuerdo al caso, puede ser hospitalario o ambulatorio”*.

Resta precisar que el artículo 33 en comento expresamente prevé que **para la declaración judicial de la inimputabilidad no basta con la constatación de que el agente padece de un trastorno mental** (o de inmadurez psicológica, o que se encuentra en una condición de diversidad sociocultural). Ello constituye apenas el presupuesto fáctico del posterior **juicio valorativo que debe adelantar el Juez**, a quien entonces **corresponde discernir** con exclusividad, a partir de las pruebas practicadas, **si dicho trastorno efectivamente comportó para el autor del injusto, al momento de realizarlo**, la incapacidad de comprender su ilicitud o, comprendiéndola, de ajustar su comportamiento a ese entendimiento.

Es que *“la comprobación del elemento biológico no resulta suficiente para aceptar la exclusión de culpabilidad. Al mismo debe añadirse que el trastorno psíquico repercute sobre la capacidad de comprensión o de autocontrol”*. En palabras de la Sala,

[...]

Así las cosas, y en síntesis, **la declaración de inimputabilidad está supeditada a la verificación de dos condiciones:**

"Primero, la existencia de la condición mental que afecta al agente (inmadurez psicológica o trastorno mental), lo cual corresponde a una cuestión propia de las ciencias naturales y se acredita, debate y controvierte, por tanto, según los estándares epistemológicos de aquéllas. El conocimiento de esa circunstancia, por consecuencia, habrá de llevarse al juicio preferentemente a través de prueba pericial, y su valoración estará ceñida a los criterios establecidos para ese fin en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo, el juicio valorativo-normativo sobre la incidencia que dicha condición haya tenido, en el caso concreto, en la comisión del injusto, o lo que es igual, a la constatación de que entre aquélla y el hecho investigado existe un vínculo que permite sostener que el autor, en ese momento, no comprendía su ilicitud, o bien, que sí la entendía pero no podía determinarse consecuentemente”.

SECRETO PROFESIONAL - Psiquiatra / **SECRETO PROFESIONAL** - Inviolabilidad / **SECRETO PROFESIONAL** - Es un derecho en cabeza del paciente o usuario / **SECRETO PROFESIONAL** - Se puede levantar cuando el paciente renuncia al derecho

«Sobre el trastorno bipolar que padece ÉAGR rindió testimonio el psiquiatra JCBT, quien declaró así:

[...]

Este elemento - que tiene inequívoco respaldo en la copia de la historia clínica de GR allegada a la carpeta - **permite dar por constatado que el nombrado efectivamente sufre de trastorno bipolar afectivo** (lo cual de hecho no es debatido por las partes e intervinientes), desorden que se expresó hace varios años y que ha requerido tratamiento psiquiátrico reiterado.

No está de más precisar que, **en tanto BT fue psiquiatra tratante de ÉAG** por varios años y conoció los hechos sobre los cuales declaró justamente por razón de esa relación, **aquél estaba cobijado por el secreto profesional**; mismo que, conforme lo prevé el artículo 74 Superior y lo ha señalado la Corte Constitucional, **es inviolable**, lo que significa - entre otras cosas - que *“no sea siquiera optativo para el profesional vinculado... revelarlo o abstenerse de hacerlo”*. Es decir, **«el secreto profesional no es un privilegio que reside en cabeza del médico, sino en el procesado, razón por la cual la obligación de reserva prevalece aun cuando el profesional o también los auxiliares adscritos a la institución hospitalaria decidan revelar el secreto en forma voluntaria durante de la actuación”**.

De acuerdo con lo anterior, es irrefutable que **el profesional de la salud no está facultado para revelar por iniciativa propia hechos cubiertos por el sigilo profesional** en el proceso, y **si lo hace, tal información** - en tanto obtenida con violación del derecho constitucional al secreto

profesional - **deberá ser excluida del acervo probatorio.**

En este caso, sin embargo, **la legalidad del testimonio del psiquiatra BT no suscita ninguna inquietud**, pues aquél **no reveló la información tutelada a iniciativa propia** ni por exigencia de la Fiscalía o el despacho, **sino a instancias del propio GR**, quien, a través de su apoderada, solicitó y obtuvo el decreto de esa prueba.

[...]

Si fue el mismo acusado quien, por conducto de su mandataria, **pidió como prueba el testimonio del psiquiatra tratante** - por demás, con el explícito fin de que diera a conocer hechos y circunstancias que conoció en el marco de la relación profesional con su paciente - **ningún reparo puede hacerse a la validez de su declaración**, pues tal pretensión, como es obvio, comportó la renuncia al sigilo que cubre la información revelada. Se insiste en que «el titular del derecho al secreto profesional es el paciente», y es éste quien, como sucedió en este asunto, puede disponer su levantamiento».

IMPUTABILIDAD - Valoración probatoria / **INIMPUTABILIDAD** - Configuración: no está supeditada únicamente a la comprobación científica del padecimiento psicológico o psiquiátrico del agente / **INIMPUTABILIDAD** - Se debe probar su existencia al momento de ejecutar la conducta / **INIMPUTABILIDAD** - Configuración: supone la demostración de la existencia de una perturbación del psiquismo coetánea a la realización de la conducta

«De lo explicado por el médico BT se sigue que **la condición padecida por el acusado no se manifiesta de manera permanente** (como sucede, por ejemplo, con la inmadurez psicológica) sino episódicamente a través de crisis [...].

[...]

En esas condiciones, **la primera constatación que debe efectuarse en orden a discernir si GR obró como inimputable** (luego de verificado que sí sufre de trastorno bipolar) **es si para la fecha de comisión de los hechos se encontraba en crisis** (en cuyo caso lo subsiguiente será discernir si esa crisis afectó su capacidad de comprender la ilicitud de los hechos o de determinarse conforme ese entendimiento) o si,

por el contrario, para entonces tal padecimiento estaba en una fase remisiva sin incidencia alguna en sus facultades mentales y volitivas (evento en el cual habrá de afirmarse indefectiblemente su imputabilidad).

[...]

Se acreditó así mismo, por el dictamen de la experta SF (en lo que, conforme se explicó, puede ser objeto de valoración), **que para el 24 de diciembre de 2010 el nombrado mostraba signos y síntomas consistentes con un episodio de crisis**, pues lo encontró “intrusivo, carente de límites... disproséxico... hiperactivo... con ideas delirantes de características megalomaniacas, paranoides, místicas, mágicas, con pérdida de las asociaciones normales... eufórico, exaltado”.

De cuál era su estado mental en el interregno - justo cuando sucedió el delito, los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2010 - **no hay, entonces, prueba directa**, y ello debe, por lo tanto, inferirse racionalmente de los hechos probados y conocidos.

La apreciación contextual de lo acaecido, y especialmente del comportamiento asumido por GR durante esos días, **no permite concluir que aquél estuviese sufriendo una crisis psicótica cuando cometió los delitos**. Lo que se desprende de tal ponderación es, por el contrario, que **para ese momento su padecimiento no se estaba manifestando** - es decir, estaba latente - y, por ende, **que sus facultades cognoscitivas y volitivas no estaban afectadas**. Véase:

(i) De acuerdo con el psiquiatra tratante de ÉAG, cuando “*ese señor hacía episodio... presentaba ideas delirantes de tipo persecutorio*”, definidas estas como la convicción de que terceras personas quieren “*hacer(le) daño cuando realmente no es así*”. Así mismo, sus crisis se caracterizaban, al decir del experto, por “*un aumento de la actividad psicomotora impresionante*”, al punto en que “*no lo (podía) parar... y en muchas ocasiones (tenía) que inmovilizarlo o ponerle medicamento*”.

Aseguró que “*durante las crisis era complejo de manejar*” porque “*la agresividad física era muy marcada*”, tanto así que “*fue un hombre que hubo necesidad de sedar con medicación parenteral (porque)... nunca fue posible ningún tipo de negociación*”. Añadió que “*no toleraba la confrontación*”.

También asoció los ataques maniaco psicóticos de GR con “*atención distráctil o dispersa*”, esto es, lo sucedido cuando “*se empiezan varias cosas y no se termina ninguna*”, así como a la ocurrencia de “*laxitud de ideas*”, manifestada en que “*no hay ninguna continuidad en el discurso del paciente*”.

(ii) **Durante los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2010, GR**, más allá de haber exteriorizado convicciones místicas (esto es, la aserción de ser un exorcista y de que en EP, y en algunos otros de los presentes, moraban demonios) **no exhibió ninguna de esas señales.**

SMMP, hermana de EP, arribó a la casa donde se realizó el ritual el sábado 6 de noviembre después de las 2:00 P.M. Luego acompañó a DJPP al hospital y regresó a la vivienda alrededor de las 6:00 P.M. A partir de ese momento **interactuó con el nombrado, a quien no atribuyó ninguna actitud compatible con las atrás mencionadas.** No exhibió agresividad, hiperactividad motora o verbal ni ideas paranoides. Por el contrario, **lo describió como una persona en absoluto control de su ánimo** («normal, una persona normal... muy coherente»), incluso ante la confrontación (que, al decir de su psiquiatra, no toleraba cuando estaba en un episodio psicótico) por la muerte de la víctima («y yo le decía al supuesto sacerdote “¿qué le hiciste, por qué, me la mataste”, “tranquilízate, ella no tiene absolutamente nada, ya ella va a reaccionar»; «cogí al supuesto sacerdote y lo estremecí y le decía “pónmela a caminar, si está viva, pónmela a caminar” y fue así cuando mandó a bajarla»; «el supuesto sacerdote, yo lo interrogué, lo interrogaba, **le hacía todas las preguntas que se me ocurrían**, ¿qué le hiciste?, ¿por qué está así?, todo, **y él normal**, cálmate, no ha pasado nada, tranquilízate, se le bajó la presión»). No le arrogó, pues, ninguna exaltación (ni siquiera, se insiste, ante la confrontación).

Por su parte, IEP y su hija LJM, madre y hermana de la difunta, respectivamente, declararon que arribaron al lugar alrededor de las 10:30 A.M. del 6 de noviembre, luego de que EP las llamara, les contara que la habían “*orado*” en la casa de su prima MCPT y les pidiera que fueran hasta allá para ser así mismo “*bendecidas*” por el “*padre Ángel*”. **La primera describió el comportamiento de GR como el de “una persona normal”**; aseguró que estuvo «*muy tranquilo*» y “*contestó todo lo que S le preguntó*» y la «*saludó normal*”. La segunda precisó que “*estaba muy tranquilo, muy fresco*”.

El patrullero EDR, quien ingresó a la vivienda en la noche del 6 de noviembre, encontró el cadáver y realizó las primeras capturas, también **aseguró que el comportamiento de GR en ese momento fue “totalmente normal”** y siempre “habló coherentemente”.

MMDD, hermana de LJDD, explicó en juicio que conoce a ÉAGR hace años porque es hijo de un amigo de su madre y padrino de un hijo suyo. Evocó que el nombrado pernoctó en su casa entre el 4 y el 5 de noviembre de 2010 porque le pidió alojamiento para, supuestamente, atender una cita médica en Barranquilla. Arribó a las 8:00 P.M. del primer día y se fue “*a primera hora*” del siguiente. Expuso que “*cuando él llegó se sentó a la mesa, le (sirvió) la comida, hizo una oración por los alimentos y (se quedaron) hablando un rato*”.

[...]

De este relato se sigue que incluso ante la aparición de la patrulla de Policía y su intrusión en la edificación - es decir, *ante una confrontación intensa* respecto de la actividad “*espiritual*” que **el acusado** llevaba a cabo - éste **mantuvo un ánimo parco y calmado, ajeno a cualquier rasgo de belicosidad** e, incluso, a la exteriorización de ideas paranoides o persecutorias.

En suma, pues, la conducta de GR durante los días 4, 5 y 6 de noviembre (demostrada por varios testigos que son en esto coincidentes) **contrasta frontal y radicalmente con la que, según el relato de su propio psiquiatra tratante, aquél exhibía cuando padecía crisis psicóticas** derivadas del trastorno bipolar que lo aqueja: mientras los episodios maníacos se caracterizaban por agresividad y discursos incoherentes, **para la época de los hechos se mostró pacífico y elocuente**; cuando sufría crisis era intolerante a la confrontación y contradicción, y durante los días en que sucedió el “*exorcismo*” las aceptó sin ninguna reacción notoria; los ataques maniacos iban acompañados con lo que el profesional denominó “*atención distráctil*”, pero lo que enseña la prueba es que durante el fin de semana del 4 al 6 de noviembre el acusado adelantó y agotó varias tareas de principio a fin sin dispersarse.

[...]

Desde luego, **la Sala no ignora que durante estos días el acusado también desplegó algunos actos que, en principio, podrían coincidir con actitudes y signos**

característicos de una crisis psicótica: además de los que tienen que ver con el exorcismo mismo de EP (en los que se observa despliegue de violencia y pensamiento místico), se sabe que también sometió a DJPP a golpes con el pretexto de expulsar de su cuerpo el demonio “María Leoncia”. Incluso, la actitud asumida frente al cadáver de la ofendida (sentarlo en una mecedora, torcer sus extremidades ya rígidas, intentar darle de beber té y reclamarle que reviviera) impacta en principio como “*patológica*” o “*anómala*”, pues no coincide con lo que enseña la práctica judicial respecto de la manera como normalmente se conducen los homicidas. **Pero tales conductas**, aisladas de cualquier otra de las que caracterizaba y definía los ataques (se itera, verborrea, ideas persecutorias, movilidad exagerada, agresividad), **resultan insuficientes para colegir que en esos momentos estaba en crisis**, es decir, para atribuirles a un episodio maniaco y no a una expresión libre e inteligente de la voluntad criminal.

De hecho, la neutralidad probatoria de esos comportamientos e ideas se hace evidente al constatar que **varios de los presentes, quienes no padecen ninguna afectación psiquiátrica, asumieron actitudes similares** y expresaron pensamientos análogos [...].

Para concluir, (i) no se rebate que ÉGR padece trastorno bipolar; (ii) sin embargo, esta condición sólo afecta sus capacidades cognitivas y volitivas cuando le aflige una crisis y únicamente por la duración de la misma; en los periodos de “inter-crisis” sus facultades mentales son ordinarias; (iii) tales episodios se acompañan por signos bien definidos, como agresividad física, fuga de ideas, ideas persecutorias e incremento de la actividad motora e intolerancia a la confrontación y, al decir de su médico tratante, son de tal intensidad que suelen requerir sedación porque «nunca (es) posible ningún tipo de negociación» con el acusado cuando está en medio de una de tales crisis; (iv) ninguno de los testigos que tuvo interacción con GR durante esos días le atribuyó conductas o comportamientos de tal naturaleza, sino que, muy por el contrario, lo describieron como un individuo con un discurso coherente, pacífico y tranquilo, incluso ante la confrontación y la intrusión explícitas; (v) en esas condiciones, la inferencia razonable es que para la fecha de los hechos el acusado no estaba padeciendo un episodio psicótico y, **por lo mismo, que sus facultades cognitivas y volitivas en ese**

momento no estaban afectadas por su trastorno bipolar.

La conclusión que antecede se refuerza al advertirse que las pruebas practicadas dan cuenta de que GR sí comprendió la ilicitud de su comportamiento.

Ciertamente, varios de los testigos que concurrieron a la vista pública proveyeron información indicativa de que **el nombrado, luego de la ocurrencia de los hechos, intentó evadirse del lugar y eludir la acción de las autoridades**, lo cual sólo puede explicarse en el entendimiento de que su comportamiento reñía con lo jurídico-socialmente aceptado y de que, en tal virtud, podría acarrearle consecuencias negativas.

[...]

Lo anterior resulta suficiente para concluir que **el Tribunal se equivocó al declarar la inimputabilidad de GR**. En consecuencia, la sentencia de segundo grado debe casarse para, en su lugar, restablecer la proferida por el a quo en tanto condenó al nombrado como autor imputable de los delitos imputados».

ERROR DE PROHIBICIÓN - Concepto / **ERROR DE PROHIBICIÓN** - Directo invencible: no se configura, cuando el sujeto activo tuvo la oportunidad de actualizar, de manera razonable, el conocimiento de lo injusto de su conducta / **ERROR DE PROHIBICIÓN** - Indirecto: no se configura / **CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN** - Creencias religiosas o espirituales: no se configura

«El numeral decimoprimer del artículo 32 del Código Penal establece como causal de ausencia de responsabilidad penal que “*se obre con **error invencible** de la licitud de su conducta*”. Se trata, en concreto, de circunstancia que anula la culpabilidad; “*afecta la conciencia de la licitud de la conducta y... surge del desconocimiento o ignorancia de la norma que establece la prohibición o el mandato, o por error sobre su vigencia, interpretación o alcance, que determina en el agente el conocimiento equivocado sobre la permisión de su comportamiento*”.

Así pues, **lo esencial es que el agente obre con la convicción de que su conducta le es permitida, o lo que es igual, sin conciencia de la antijuridicidad del comportamiento.**

A ese respecto, el mismo artículo 32.11 precitado dispone que *“para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”*.

[...]

Visto lo anterior, **debe descartarse de plano**, y sin necesidad de mayores disquisiciones, la posibilidad de **que una persona en las condiciones de LJDD** - esto es, **con estudios en salud ocupacional, enteramente insertada en las dinámicas sociales democráticas del estado de derecho y radicada en un centro urbano - pudiese ignorar el reproche jurídico-social de matar sin justificación** de una manera tan aleve como lo hizo, o de la agresión sexual. Lo anterior es especialmente obvio tratándose del comportamiento atentatorio de la vida, es decir, del bien jurídico de mayor importancia y protección normativa, que no de algún interés tutelado extraño a las interacciones cotidiana y ajeno a las dinámicas humanas primordiales.

Quizás lo que pretendió argumentar el defensor es que la convicción de DD respecto de la presencia de un *“espíritu maligno”* en el cuerpo de EP pudo suscitar en ella la idea de estar legitimada o autorizada para extinguir la vida de la persona poseída y de vulnerar su sexualidad, acaso por constituir ello una suerte de estado de necesidad en los términos del numeral 7° del artículo 32 del Código Penal (aunque en realidad, y por varias razones, no hay tal). Se trataría entonces de un error de prohibición pero en la modalidad indirecta, vinculado con la representación equivocada de que concurrían los hechos configurativos de la mentada causal de justificación.

Tampoco en esto, sin embargo, podría dársele la razón.

[...]

Así, el reconocimiento de tal error - es decir, del que recae sobre la configuración de una causal justificante - reclama que la representación equivocada no sea *«fantasiosa y alejada totalmente de lo objetivo»*, sino que se sustente en una apreciación *«razonable frente a las circunstancias»*.

[...]

En esas condiciones, **una posesión demoníaca, en tanto fenómeno que se manifiesta en el**

ámbito de la espiritualidad individual y que no es susceptible de confrontación racional intersubjetiva, no puede tenerse como presupuesto fáctico de un error de prohibición indirecto.».

COAUTORÍA - Se configura / COAUTORÍA - Demostración

«Descartado que LJDD actuase cobijada por un error, pierde sentido la alegación de su defensor según la cual obró como instrumento de GR, quien, a su decir - y como lo habría admitido el ad quem - ostentaba el dominio del hecho.

[...]

En cualquier caso, y al margen de los reparos que puedan formularse contra el fallo de segundo grado a este respecto, lo cierto es que la prueba practicada acredita suficientemente y sin duda que **DD actuó como verdadera co-autora** con dominio compartido de los hechos.

En efecto, los testimonios en su conjunto demuestran que ÉAGR estuvo acompañado por la procesada durante el 6 de noviembre de 2010. Ambos permanecieron en la habitación del segundo piso donde EPMP fue asesinada. Durante ese período, DD comunicó a quienes se encontraban en la primera planta que *“estaban orando a E”*, e incluso, **fue ella quien subió una jarra con hielo, miel y sal, los cuales, según puede colegirse, fueron usados para maltratar a la víctima**, no solo porque se encontraron en el dormitorio (de acuerdo con el registro fotográfico), sino por la deshidratación extrema y gastritis hemorrágica que presentó la ofendida, al parecer y justamente, por la ingesta de sal. También puede inferirse que **fue quien maquilló y vistió el cadáver de la ofendida**, pues ÉG, alrededor de las 8:00 P.M. - es decir, cuando ya se había producido el deceso - manifestó ante IEPB y sus hijas que EP y LJDD se estaban *«arreglando»*.

En síntesis, y como, en últimas, el defensor no rebate que la nombrada sí participó en la comisión del delito, basta recordar, luego de constatado que **su intervención no fue al modo de un simple instrumento**, lo que al respecto consideró el a quo con la corroboración del superior:

[...]

El cargo único formulado por el defensor de la acusada, por lo expuesto, no está llamado a prosperar».

COMPLICIDAD - Concepto / **COMPLICIDAD** - Demostración / **COMPLICIDAD** - Se configura

«[...] **asistió razón al fallador colegiado al dar por probado que MPT obró como cómplice del homicidio de EP.**

Aunque **es posible que en un principio la nombrada ignorase que la conducta de GR comprendería la realización de lesiones corporales capaces de provocar la muerte** de EP en grado de probabilidad, de ello, conforme lo enseña inequívocamente la prueba, se enteró **en el curso de los días** y, a partir de ese momento, **se conformó un acuerdo tácito entre ella y el autor**, no sólo respecto del ilícito cometido, sino también de la naturaleza de su aporte.

El 5 de noviembre de 2010 su hijo DJPP fue sometido, a instancias de la propia MP, a una “liberación” por parte de ÉAGR [...].

[...]

De lo expuesto se desprende, sin asomo de dudas, que desde el 5 de noviembre, es decir, un día antes de la muerte de EP, MP **había sido enterada de que las supuestas liberaciones de GR comportaban en realidad actos de maltrato físico. Sabía que su hijo, luego de ser “orado”, escupió sangre y que sus ojos quedaron fuertemente lastimados.** Al día siguiente conoció que las afectaciones eran suficientemente graves para motivarlo a buscar atención de urgencia. También puede inferirse, dado que D afirmó que *«jamás en (su) vida había gritado tan fuerte como gritaba en ese momento»* y considerando que la casa donde sucedieron los hechos, según se ve en las respectivas fotografías, no era especialmente amplia o extensa, que escuchó sus alaridos.

Incluso, DP fue claro al señalar que, cuando le mostró a su madre MP que había escupido sangre, ésta, con total desidia, le respondió que *«seguramente eran residuos del vino que habían quedado en la boca»*. La importancia medular de ese preciso contenido probatorio radica en que **demuestra que la acusada fue enterada de lo sucedido durante el ritual al que su hijo fue sometido**, no sólo en términos generales, sino de manera detallada y concreta: **si sabía que GR dio vino a su hijo es porque conoció las minucias**

de la ceremonia (quizás porque aquél se las contó) **y de ello se sigue razonablemente que supo también de los fuertes golpes y las maniobras de estrangulamiento que le infligió.**

Pero hay más. Se conoció por el patrullero EDR que en la noche del mismo 5 de noviembre - es decir, antes de que se consumara el deceso de la víctima - la Policía acudió al lugar luego de que un vecino solicitara su apoyo tras escuchar gritos.

[...]

Si los lamentos fueron percibidos en las viviendas vecinas, es obvio que lo fueron también por quienes se encontraban dentro de la residencia y, en concreto, por MP. Ello tendría que haberle indicado - o más bien, corroborado, pues ya lo sabía - que las “liberaciones” a cargo de GR no eran otra cosa que actos de incisivo maltrato físico.

Tan diciente como lo anterior, de cara a examinar el acuerdo tácito que existió entre los autores y PT, **es que ésta haya manifestado ante el uniformado que «(estaba) en (su) casa, y en (su) casa (hace) lo que se (le) de la gana».** Con ello exteriorizó tanto el conocimiento de los rituales que se estaban llevando a cabo, como la voluntad consciente de contribuir a ellos, cuando menos, prestando su residencia.

[...]

Es verdad que **la conducta desplegada en ese momento por MG no puede calificarse como un aporte al delito**, no sólo porque para ese instante la muerte de EP ya se había producido - y *“los actos de cooperación tras la consumación del hecho principal no pueden fundamentar una complicidad”* -, sino también porque, más allá de haber respondido al requerimiento de la autoridad que *“nada sucedía”*, de todas maneras permitió la entrada del uniformado sin oponer ninguna resistencia potencialmente capaz de impedir o dilatar el descubrimiento del punible.

[...]

Lo expuesto revela que a MP no le fue ajeno lo acaecido. **Conocía lo que estaba sucediendo y lo aceptó tácita pero inequívocamente**, en una postura subjetiva que - se insiste - ninguna duda suscita respecto de su participación criminal.

[...]

Así pues, **con su conducta, pasiva y omisiva, la nombrada favoreció causal y convenientemente**

el delito, aunque sin dominarlo; a más de prestar el entorno privado en que pudo llevarse a cabo, proveyó instrumentos para su realización y, renunciando conscientemente a ejercer el rol de dueña de casa - que le hubiese permitido superar la prohibición de acceso al segundo piso, verificar el estado de EP y, con ello, facilitarle atención médica o cuando menos, la provisión de alimentos y agua - incrementó la probabilidad de que el resultado típico previsto se configurara; contribuyó a la golpiza y asumió con total indiferencia el potencial deceso de la víctima».

TIPICIDAD - Principio de insignificancia: tesis de la adecuación social, concepto / **TIPICIDAD** - Principio de insignificancia: tesis de la adecuación social, cuando se refiere a una costumbre contraria a la ley (contra legem), no prima sobre la disposición sancionatoria / **TIPICIDAD** - Principio de insignificancia: tesis de la adecuación social, no lo constituye el homicidio doloso dentro de rituales religiosos o espirituales

«La teoría de la adecuación social pretende sustraer del juicio de tipicidad objetiva algunos comportamientos que, aunque correspondan nominalmente a una conducta erigida en delito, no deben ser sancionados por corresponder a costumbres o usos legitimados en el contexto socio-histórico en que se producen. En palabras de la Corte, *“la teoría de la adecuación social de la conducta... fue desarrollada... para excluir de los tipos penales toda acción que desde el punto de vista de la colectividad fuese aprobada, tolerada...”*. Permite, pues, trazar un límite entre lo que es penalmente relevante y lo que no lo es en un caso concreto, es decir, dejando a salvo la reprobación genérica de comportamientos que realiza el legislador mediante la tipificación abstracta de conductas humanas.

Piénsese en los padres que permiten la perforación de los lóbulos de su hija recientemente nacida a efectos de adornarlos con aretes. Con ello, a no dudarlo, le han causado una herida y, formalmente, realizado el tipo de lesiones personales. Pero con dificultad podría sostenerse la necesidad de perseguirles mediante el derecho penal porque se trata de una acción que la tradición ha legitimado, de mínima trascendencia frente a la integridad del bien jurídico, fincada en la existencia de ciertas

estéticas corporales dominantes (aunque cada vez menos) asociadas al sexo.

Con todo, **la utilidad de dicho postulado en la actualidad es bien reducida**, no sólo porque los desarrollos conceptuales asociados a la teoría de la imputación objetiva proveen otras herramientas más consistentes para la adecuada atribución jurídica de resultados típicos, sino también por cuanto las controversias a las que resulta aplicable pueden solucionarse mediante otras categorías, por ejemplo, la ausencia de antijuridicidad material o la interpretación teleológico-restrictiva del ámbito de protección de los tipos penales, entre otras.

Y es que, en cualquier caso, oponer la adecuación social de la conducta al juicio subsunción típica objetiva no parece consistente con un sistema de justicia fundado en el principio de legalidad, en el que el ordenamiento de las fuentes de derecho explícitamente prevé que **“la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley”**, y en el cual a esta última se le comprende como **“una declaración de la voluntad soberana”**. Es decir, **si la voluntad soberana materializada en la Ley es la de reprobar una determinada conducta al punto de convertirla en delito, no puede sostenerse** - al menos no sin incurrir en una contradicción - **que esa misma voluntad soberana simultáneamente admite tal comportamiento como válido o legítimo.**

Más allá de lo expuesto, es claro que la invocación que hace el defensor de MP de la teoría de la adecuación social parte de una comprensión errada del objeto de este proceso. **A la nombrada no se le sometió a juicio criminal por haber participado en una ceremonia religiosa.** Ello sería una conducta absolutamente atípica que, por reflejar un comportamiento tutelado por la constitución (y en efecto admitido por la sociedad), no podría ser erigido en delito por el legislador. Para llegar a esa conclusión en realidad ninguna necesidad habría de apelar al mencionado postulado.

Lejos de ello, **el reproche que suscitó la imputación y posterior acusación en su contra tiene origen en el hecho de que contribuyó a un homicidio doloso**, conducta, esa sí, reprochada social y normativamente, elevada a la categoría de infracción criminal y constitutiva del más deleznado ataque a los bienes jurídicos protegidos por el derecho, **así se haya perpetrado en el contexto de un ritual con fines espirituales.**

Y es que, de todas maneras, no deja de llamar la atención que el apoderado invoque la supuesta adecuación social de la ceremonia de la que tomó parte PT aduciendo que se trató de un acto ceñido a la praxis de la religión católica, cuando lo que enseña la prueba es que nada tuvo que ver con las dinámicas rituales de ese credo.

En efecto, **al juicio concurrió** (a instancias, justamente, del mandatario de MP) **FRZ, exsacerdote de la iglesia católica con estudios en filosofía y teología, quien explicó, desde esas áreas del conocimiento y a partir de su experiencia eclesial, las características actuales de la práctica cristiana de expulsión demoníaca.**

[...]

Explícitamente **afirmó**, ante los cuestionamientos que al respecto le hizo la Fiscalía, **que en esas ceremonias no se usan alfileres, maniobras de asfixia o ahogamiento.**

Así pues, lo que ese elemento de juicio enseña - en frontal oposición a lo que alega el defensor de PT sin ningún fundamento suasorio - es que **el rito en cuyo desarrollo murió EP nada tuvo de socialmente aceptado.** Muy por el contrario, **se adelantó en un modo que contravino la práctica católica en la cual supuestamente estaba inscrito.** El hecho acá investigado no sólo comportó un ayuno que se extendió más allá de lo razonable, sino que conllevó brutales lesiones físicas extrañas a un verdadero rito cristiano (conforme fue descrito por el declarante).

PRINCIPIO DE CONFIANZA - Concepto / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No aplica para quien aporta dolosamente a la realización de la conducta / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No se configura

«El principio de confianza es una herramienta para la adecuada imputación de resultados típicos más allá de la simple causalidad natural, cuya aplicabilidad se encuentra limitada fundamentalmente al ámbito de los delitos culposos. Al respecto, la Sala ha sostenido:

[...]

Dicho de otra forma, **si en una concreta situación se entiende que existe el principio de confianza, será lícito obrar como si los otros participantes (intervinientes) también**

actuaran de modo correcto, aunque no lo hagan.

Piénsese, pues, en una fábrica de medicamentos, en la cual las tareas están divididas entre quien prepara la mezcla de fármacos, quien la empaqueta y quien la distribuye para su consumo final. Supóngase, así mismo, que el primero, dolosa o culposamente, altera la mezcla y crea un compuesto tóxico. Los dos segundos, confiando en que aquél obró de acuerdo con su rol, esto es, conforme a derecho, empaquetan y distribuyen el lote de la medicina adulterada y, como consecuencia de ello, fallecen por envenenamiento algunas personas que lo consumen.

Aunque en este ejemplo el empaquetador y el distribuidor del fármaco co-causaron, en términos puramente naturales, las muertes, éstas no pueden serles imputadas porque su participación en el curso causal estuvo determinada por la confianza en que quien los precedió en la cadena de producción había actuado conforme se lo imponía su rol; confianza que los eximía de preocuparse por las características de la mezcla farmacológica y les permitía, a su vez, realizar sus respectivos roles bajo la asunción de que era adecuada para el consumo.

Con todo, **el principio de confianza no tiene ninguna incidencia en el juicio de imputación del resultado cuando quien lo invoca ha obrado dolosamente;** en palabras de la Sala, aplica *“siempre y cuando... quien se escuda en el principio de confianza haya acomodado su actuación a las normas que disciplinan la concreta actividad”*.

En el escenario hipotético que se plantea, pues, los decesos serían imputables al empaquetador y al distribuidor si uno y otro hubiesen seguido adelante con el empaquetamiento y despacho de la mezcla farmacológica aún sabiendo que había sido alterada, bien sea por simple indiferencia frente a lo que podría suceder a quienes lo consumieren (típico dolo eventual), ora por un acuerdo previo o concomitante, explícito o tácito, con quien lo alteró.

Y es que **quien**, como en el ejemplo antecedente, **aporta con conocimiento y voluntad a un curso causal comenzado por un tercero, ya no ubica su comportamiento en el campo del riesgo permitido** (y, con ello, en el universo de nociones que truncan la imputación por

comportamientos negligentes o imprudentes) **sino en el de la participación criminal**, sencillamente porque con ello asume como suyo el resultado, bien sea dominándolo o aportando no esencialmente a su producción, de manera que **allí el principal criterio de imputación es el dolo [...]**.

Las consideraciones que anteceden ponen en evidencia la sinrazón de lo alegado a este respecto por el defensor de MP. Como quedó ampliamente explicado (§ 5.3.1), **lo que enseña la prueba es que la nombrada acordó con los autores materiales su contribución** no esencial al homicidio **y participó de éste con conocimiento y voluntad**, es decir, **previendo como probable la muerte de la víctima y dejando su ocurrencia al azar**. Se le condenó, pues, por su contribución dolosa al delito, de manera que la invocación del principio de confianza es inocua y en nada refuta los fundamentos de la providencia cuestionada.

LIBERTAD DE CULTOS - Concepto
/ **LIBERTAD DE CULTOS** - Alcance
/ **LIBERTAD DE CULTOS** - No puede afectar
derechos fundamentales de terceros
/ **CAUSALES DE AUSENCIA DE**
RESPONSABILIDAD - Se obre en legítimo
ejercicio de un derecho: alcance

«No se discute que **la libertad de cultos es un derecho fundamental protegido en la Constitución Política y en tratados internacionales [...]**.

[...].

Se trata, pues, de una **garantía que tiene manifestaciones referidas exclusivamente al fuero interno del individuo** (en esencia, la de creer en cualquier religión o en ninguna), pero así mismo, algunas aristas que se materializan tangiblemente en la sociedad, en concreto, y en cuanto interesa enfatizar ahora, las de practicar el credo elegido y realizar actos de oración y de culto. Es que **“la libertad religiosa, garantizada por la Constitución, no se detiene en la asunción de un determinado credo, sino que se extiende a los actos externos en los que éste se manifiesta”**.

Así lo contempla explícitamente la Ley 133 de 1994, por la cual el legislador reguló y desarrolló los citados preceptos superiores:

«La libertad religiosa y de cultos garantizada por la Constitución comprende... los derechos de toda persona:

(...)

*b) De **practicar**, individual o colectivamente, en privado o en público, **actos de oración y culto**; conmemorar sus festividades; y no ser perturbado en el ejercicio de estos derecho».*

[...]

Con todo, **el hecho de que MP tuviese el derecho protegido de practicar actos de oración y culto no significa que tuviese también el de matar en desarrollo de tales actos rituales**. Con tal planteamiento, el defensor no sólo confunde el objeto de protección de la aludida garantía constitucional, sino que ignora las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone, una de ellas - y la más obvia - la señalada en el artículo 4° de la precitada Ley 133, cual es *“la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales”*.

Claro, entonces, que **la libertad de cultos no comprende el derecho de afectar bienes jurídicos fundamentales ajenos**, menos aún el de la vida, calificado por el orden jurídico como *«inviolable»*.

Articuladas las anteriores consideraciones de orden constitucional con la controversia penal acá formulada, surge evidente que **la conducta de MP no se encuentra amparada por la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 32 del Código Penal**, esto es, que **“se obre en legítimo ejercicio de un derecho”**.

De acuerdo con ese precepto, es justificada la afectación de un bien jurídico que se produce en el ejercicio de un derecho legítimo, desde luego, siempre que ello se haga *“dentro de los límites legales y conforme (al orden jurídico)”*. Se trata, pues, de una circunstancia que anula la antijuridicidad material del comportamiento típico.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que *“aquella disposición no se refiere a cualquier ejercicio del derecho... sino al ejercicio del derecho que importa, en sí mismo y primordialmente, un ataque a bienes jurídicos de terceros”*. Es decir, **la causal de justificación en comento se configura si el ejercicio del derecho corresponde a la descripción objetiva del**

delito, o lo que es igual, en tanto comprenda, formalmente y en sí mismo, una categoría típica.

Tal es el caso, verbigracia, del ciudadano que, en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, captura a quien ha descubierto en flagrante delito. Ello corresponde formalmente a un secuestro; es el caso también del hotelero que, en ejercicio del derecho de retención contractualmente pactado, rehúsa devolver al huésped moroso su equipaje, lo cual nominalmente podría ajustarse a la descripción objetiva del abuso de confianza. Otro ejemplo, aunque cada vez más discutible, es el de los padres que, en ejercicio del derecho de corrección derivado de la patria potestad, castigan a su hijo prohibiéndole asistir a una fiesta, al modo de un constreñimiento ilegal.

Nótese cómo en estos ejemplos el ejercicio del derecho conlleva inherente y necesariamente, por sí mismo, la afectación de otro interés jurídico. Es por ello que las conductas se subsumen en la causal de justificación mencionada.

Distinto sucede cuando el ejercicio del derecho legítimo, en vez de actualizar formalmente y por sí mismo los tipos penales, representa apenas el antecedente o el contexto de su realización. Es que de buena

parte de los delitos puede decirse que son cometidos en el marco de la materialización de un derecho, y no por ello pueden considerarse justificados: quien reclama ante los jueces civiles el cobro de un título valor espurio lo hace en ejercicio del de acceso a la administración de justicia; el que acapara artículos de primera necesidad actúa en el marco del derecho de concurrir al tráfico comercial; quien transporta consigo un arma ilegal lo hace en ejercicio de su derecho de locomoción.

Lo anterior pone en evidencia que **la alegación de defensor de PT en este punto se sustenta en una comprensión equivocada de la causal de justificación invocada**, pues **la afectación de intereses jurídicos ajenos no es intrínseca al ejercicio del derecho a la libertad de cultos**, el cual, muy por el contrario y como quedó visto, se extiende hasta donde empieza el derecho de los demás (a)... sus libertades públicas y derechos fundamentales». En otras palabras, **la muerte de personas no es una consecuencia necesaria de la práctica religiosa**, sino que **el ejercicio de ésta, en el caso examinado, fue apenas el contexto en el cual se perpetró el delito**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

12. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Juicio de peligrosidad, previsibilidad: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

La Sala de Casación Penal establece la necesidad de un análisis particular para lograr la imputación objetiva en los casos de homicidio preterintencional. Para ello se analiza el elemento “previsibilidad” del resultado final, requerido para imputar la responsabilidad penal. Tras dicho análisis se observa su imposibilidad y por ende se revoca la sentencia y absuelve al procesado, pero modificando la conducta por lesiones y declarando su prescripción ante el vencimiento del término de juzgamiento.

SP352-2021 (52857) del 10/02/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Aproximadamente a las 10:30 p.m. del 12 de octubre de 2007, en [...], se presentó una riña entre NGMA y GRV. En ese momento, intervino ARV en favor del último, y, con ocasión de ello, MA lo golpeó en el rostro. Como consecuencia del impacto, ARV cayó al piso y quedó inconsciente por un instante, circunstancia por la que fue trasladado a un Centro Médico y, luego, dado de alta.

Al día siguiente, el agredido ingresó a la Clínica de Especialistas de Girardot, donde se le diagnosticó «*traumatismo cerebral focal*», después fue trasladado a la Clínica Calambeo de Ibagué, en la cual, el 14 de ese mes y año, se le practicó una «*craneotomía*», por presentar «*trauma*

craneoencefálico cerrado severo y hemorragia subdural e intracerebral aguda frontotemporal derecho». Falleció el 18 de octubre de esa anualidad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Concepto / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Elementos para su existencia / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Juicio de valor: se concreta en la imputación del comportamiento y del resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado

«Al respecto, debe acotarse, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, que en virtud de lo previsto en el artículo 9º del Código Penal, *«(L)a causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado»*. **Para atribuir responsabilidad penal no es suficiente establecer que una determinada acción u omisión fue la causa de un resultado lesivo**, pues la determinación de la responsabilidad penal descansa no sólo sobre supuestos fácticos o naturales, sino también sobre presupuestos valorativos de contenido jurídico-penal, lo que se ha denominado imputación objetiva. Por lo tanto, **aparte de la causalidad es necesario acudir a criterios adicionales para considerar la imputación al tipo objetivo**, como las que demuestran que la consecuencia lesiva es *«obra suya»*, o sea, *«que depende de su comportamiento como ser humano»*.

De allí que **en el planteamiento de la teoría de la imputación objetiva la realización del tipo objetivo se cumple cuando el hecho causado por una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado y el mismo se concreta en un resultado determinado, siempre y cuando exista relación de causalidad entre el riesgo creado y el resultado**.

De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, no es suficiente para imputar el resultado al tipo objetivo que un sujeto produzca un riesgo que pueda hacer parte de la **cadena de causalidad** que conduce al resultado; **es necesario**, además, **que ese riesgo no permitido creado por el autor, y no otro, sea el que se materialice en ese resultado**. De manera que no procede la imputación si, aunque el sujeto haya originado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado no se produce como concreción de ese peligro, sino sólo en conexión

causal con el mismo, como ocurre cuando el resultado es consecuencia de un curso causal imprevisible.

Es por lo anterior que en el presente caso, **para atribuir el resultado a la acción de riesgo que, según se dice, fue emprendida por el acusado NGMA, se debe verificar que el peligro por él originado fue el que se realizó en el resultado**, para lo cual no basta, como se ha dicho, establecer la simple relación de causalidad ontológica, sino que se requiere determinar, valorativamente, la relevancia para el tipo penal del nexo entre la acción y el resultado.

No se remite a duda alguna la relación de causalidad existente entre la acción desaprobada del acusado MA cuando asestó un puño en la cara de ARV, produciéndose la muerte de éste tras el acaecimiento de una serie de circunstancias subsiguientes: su caída al piso, el contragolpe recibido en su cabeza, la intervención médica y la existencia de una enfermedad de base que lo aquejaba.

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Nexo causal entre la conducta de la víctima y el resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Riesgo no permitido: se configura

«Interrupción del nexo de imputación del resultado:

Teniendo establecido que fue el acusado quien originó un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, se hace necesaria la comprobación de si ese riesgo fue el mismo que se concretó en el resultado o, por el contrario, el resultado fue producto de un riesgo distinto, creado con posterioridad y que no podría ser atribuido al autor.

La imputación al tipo objetivo se excluye cuando, no obstante el peligro para el bien jurídico tutelado, el riesgo creado por el autor carecería de relevancia debido a la irrupción de otro nexo de imputación por la presencia de una circunstancia extraordinaria o por formas de intervención de la víctima en la imputación del resultado lesivo, en la medida en que el resultado final no constituyó su realización, ora porque sólo contribuyó de modo causal-fenoménico a la producción del mismo, ora porque es la víctima quien introdujo un riesgo distinto .

En ese sentido, se plantea en la demanda la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado al procesado MA porque, según se

sustenta, la muerte de ARV se produjo como concreción de otros cursos causales diversos a la conducta inicial ejecutada por aquel. Se refiere, en primer lugar, a que la víctima padecía una enfermedad de base -hemofilia- y, en segundo lugar, que no obstante la gravedad de la lesión y la enfermedad que lo aquejaba, continuó consumiendo licor después de haber sido dado de alta en su primer ingreso al hospital.

En relación con la posible hemofilia que sufría la víctima RV, debe recordarse que, de acuerdo a lo dictaminado por el médico neurocirujano LAAL, **no existía ninguna evidencia científica que diera cuenta de la presencia de esa patología**, no obstante que se estableció que **padecía plaquetopenia**, discrasia sanguínea que dificultaba el proceso de coagulación y que es compatible con el medicamento antihemorrágico que, según se acreditó, le había sido prescrito. **Dicha condición, sin embargo**, a decir del mismo profesional, **no implicó en la víctima la merma en las plaquetas por el hecho de haber consumido licor antes de involucrarse en la reyerta y aún después de su lesión**, porque, según justificó dicho galeno, sólo tendría alguna importancia en caso de que padeciera cirrosis, lo que consideró improbable conforme a los hallazgos obtenidos en su hígado durante la necropsia.

De allí que no podría inferirse que el estado de salud de ARV haya incidido sobre el riesgo creado por la lesión recibida, pues la plaquetopenia -patología que le fue diagnosticada- solo vino a representar un obstáculo para el momento de la cirugía a la que fue sometido por la extensión de su hemorragia, remediado a través de las transfusiones de sangre y hemopreparados que recibió como medida terapéutica, según lo explicó el cirujano JECH, encargado de la intervención.

El perito médico AL fue aún más contundente al atribuir desde el punto de vista neurológico el resultado al trauma recibido por el ofendido, sosteniendo que un impacto de aquella naturaleza -golpe directo y contragolpe- puede desarrollar las lesiones intracraneales observadas, con prescindencia del déficit hemático que padecía la víctima, reconociendo que esa condición médica de RV pudo agravar su situación y precipitar el resultado.

[...]

Es cierto que el nexo de imputación al resultado puede verse superado por la conducta posterior imprudente de la víctima, cuando haya omitido realizar medidas de prevención o de tratamiento indicadas para neutralizar los riesgos derivados de la lesión inicial. Sin embargo, aparte del escueto hecho narrado por ORV, hermano del occiso, sobre que una vez fue dado de alta en el hospital de Melgar entraron a una cantina y tomaron otras cervezas antes de salir para sus casas, ninguno de los profesionales médicos que intervinieron en su tratamiento hace alusión a que ese factor haya tenido alguna incidencia en su fallecimiento. Al respecto, **el perito médico AL, sostuvo que el déficit plaquetario que el occiso padecía no sufrió alteración negativa por la ingesta de licor.**

[...]

Así las cosas, no es acertado sostener que la patología de base que padecía la víctima, así como su actuación descuidada desplegada con posterioridad a la primera observación médica, tuvieran la connotación de desplazar el riesgo jurídicamente desaprobado creado inicialmente por el acusado y pudieran originar una nueva relación de riesgo que se plasmara en el resultado, como fundamento para excluir su responsabilidad penal».

JUICIO DE PELIGROSIDAD - Previsibilidad: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Elementos / **PRETERINTENCIÓN** - Estructura y requisitos / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: antecedentes legislativos / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: requiere un análisis ex ante

«Homicidio preterintencional:

La configuración típica del delito de Homicidio preterintencional se encuentra previsto de manera concreta en el artículo 105 del Código Penal (El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad) y de manera general en el artículo 24 ibidem (La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente).

De allí se tiene que la conducta se configura como preterintencional cuando el sujeto activo, habiendo dirigido su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y

antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza, pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.

La preterintención es una figura compleja que tiene una composición mixta de tipicidad dolosa y culposa, en tanto una conducta que en principio se ejecuta con dolo deviene en un resultado típico que pueda atribuirse a la imprudencia del ejecutor, no existiendo coincidencia entre su propósito inicial y el resultado, al ocasionarse un efecto dañoso superior o más grave que en todo caso excede su intención.

Según lo ha sostenido la Sala, **la configuración de la conducta punible preterintencional requiere los siguientes requisitos**: i) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; ii) la verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que **era previsible** por él; iii) el nexo de causalidad entre el uno y otro evento; y, iv) la homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, la identidad del bien jurídico vulnerado como consecuencia de la progresión criminosa del resultado .

Es importante destacar que cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la intención o referente psíquico del agente, **está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito**, pues éste siempre es imprevisible o inevitable.

Lo anterior es consecuencia de lo normado en el artículo 12 del Código Penal, que establece como característica del hecho punible el principio de culpabilidad, en el sentido de que no pueden imponerse penas sin dolo, culpa o preterintención, y que del ordenamiento jurídico penal colombiano queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva, lo que se traduce en la proscripción de la responsabilidad fundada en el principio versari in re illicita que obliga a responder por cualquier resultado, aun los fortuitos; a su vez, el artículo 9 íbidem señala que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, advirtiendo perentoriamente que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

[...]

Previo al abordaje del contenido de la previsibilidad, es necesario acotar que, en virtud

del principio de responsabilidad subjetiva, **no todo riesgo para el bien jurídico concretado en el resultado es penalmente relevante**, pues sólo lo serán aquellos que pueden ser advertidos por el sujeto activo de la actuación y que corresponden a los que, en una perspectiva ex ante, puede aprehender en el momento de su realización, con la información que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede disponer en ese momento. La perspectiva ex ante, como criterio de valoración de la conducta, se determina en atención a lo que se hubiera representado un observador objetivo situado en la posición del autor.

Consecuente con ello, **desde una perspectiva ex ante no es posible sancionar conductas cuyos efectos no se hubieran podido prever por el sujeto activo**. Ese juicio de previsibilidad corresponde, normativamente, a los efectos de la actuación desplegada, de tal manera que el sujeto pudiera implementar acciones de neutralización o control del riesgo para evitar la afectación de los bienes jurídicos, constituyendo, por lo tanto, el objeto del juicio de previsibilidad el riesgo de causación del resultado disvalioso.

En los delitos de resultado, la exigencia de ese juicio de previsibilidad no responde a una abstracción sino a la concreta afectación de un bien jurídico, lo que impone la exigencia de que, para poderla neutralizar, el sujeto se haya podido representar la concreta peligrosidad de la actuación, lo cual, conforme a la clase de actividad desplegada, corresponde a que estuviera en la posibilidad o en el deber de hacerlo.

Bajo estas reglas **es preciso determinar si el acusado tuvo la posibilidad de advertir las circunstancias en las que se produjo su actuación y el desarrollo del proceso de riesgo hasta la ocurrencia del resultado**, lo que se determina a través del nivel de su conocimiento sobre la peligrosidad concreta de la actuación, que en el caso de la imprudencia consciente alude a la improbabilidad de afectación del bien jurídico con el comportamiento realizado bajo la racional convicción de que el resultado no se producirá en virtud de las propias capacidades de evitación o del mismo desarrollo del proceso de riesgo.

Lo anterior quiere decir que **para configurar la existencia de una conducta imprudente**, adicional al dolo que sirve de base en la

estructuración de la preterintención, **el sujeto activo debe por lo menos haber podido prever la situación de riesgo** -en la perspectiva de un hombre medio situado mentalmente en su posición en el momento de realizar la acción y con los conocimientos de la situación que pudiera tener-, sin advertir, por desatención a un deber de cuidado, que el proceso causal iba a desencadenar el resultado. De allí la consideración de la imprudencia como un error de tipo vencible sobre el desarrollo del proceso de riesgo.

Ahora bien, la razonabilidad en la confianza de no producción del resultado demanda probatoriamente, desde la perspectiva del conocimiento del acusado, desentrañar a través de un proceso lógico inductivo, la naturaleza de los actos ejecutados y su valoración, para lo cual deberán tenerse en cuenta, entre otros, aspectos acreditados relativos a la idoneidad del medio empleado para la lesión, su proporcionalidad en la situación concreta, la región corporal escogida, la situación personal frente al agredido, sus vínculos personales, los móviles en la actuación y demás circunstancias que puedan tener relevancia frente al juicio axiológico de su comportamiento».

PRETERINTENCIÓN - Previsibilidad: requiere un análisis ex ante / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor, que el golpe que diera a la víctima tendría un desenlace fatal / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor la existencia de una enfermedad de base en la víctima / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - No se configura

«[...] en este asunto **se tiene probado que el deceso de ARV se produjo por un shock neurogénico secundario a laceración y contusión cerebral severa producida por mecanismo contundente en cráneo**, lo cual se corresponde con el trauma que recibió cuando se golpeó la cabeza contra la superficie de concreto como consecuencia de haber caído tras el golpe recibido en su rostro por el acusado NGMA.

Concluye la Corte, tras el análisis de la prueba aducida a la actuación, que **ese resultado era imprevisible para el procesado, quien en el contexto de la riña golpeó en el rostro a su oponente**, con la definida intención de causarle un menoscabo en su integridad personal, **no encontrándose en condiciones de**

representarse en el momento de los hechos las consecuencias que de allí se derivarían: que el agredido, como derivación del golpe recibido, perdiera su equilibrio y se impactara la parte posterior de su cabeza contra un muro de cemento, en un efecto de contragolpe producido con tal intensidad que condujo a una contusión cerebral, causante de su deceso días después.

Según los mismos testigos presentados por el acusador, ARV intervino en defensa de su hermano G en la riña que este sostenía con el acusado MA, recibiendo un puño en el pómulo izquierdo con tanta fuerza que se cayó de espaldas, perdiendo el conocimiento cuando se golpeó su cabeza, de «*contragolpe*», con un muro de cemento.

Sin duda, la acción que de manera directa generó el severo trauma intracraneano padecido por ARV **no fue el golpe inicial sino aquel movimiento de «contragolpe»** descrito por los testigos y ratificado pericialmente cuando el médico neurólogo presentado en juicio sostuvo, con criterio científico, que esa fue la causa que desencadenó el grave cuadro neurológico, incontenible a pesar de la intervención quirúrgica.

Esa situación en particular, **resultaba imprevisible para el agresor**, quien, mirado el asunto en perspectiva ex ante, no se podría representar que el puñetazo que le asestó a su rival habría de provocar su caída hacia atrás y, de efecto, golpearse su cabeza en la zona anatómica con mayor vulnerabilidad sobre una superficie dura: el fragor de los sucesos no permitía adelantar un pronóstico de tan fatal desenlace.

El juez ad quem sostiene que con su acción el acusado podía prever que causaría un daño mayor a la víctima *«ya que como consecuencia del puño, aquel podía caer y golpearse su cabeza que es una parte vital del cuerpo humano, como en efecto ocurrió, además, si el ofendido se encontraba de pie cuando fue agredido, la caída fue de una altura mayor»*.

Tal razonamiento es equivocado porque traslada al campo objetivo de la previsibilidad una serie de factores que resultaron inesperados, pues si bien es cierto que de la conducta del acusado se podía anticipar el efecto de la caída -lo que además lo pudo haber deseado-, en las circunstancias concretas no estaba en condiciones de calcular que lo haría

sobre su cabeza y golpeándose en el lugar más sensible, mucho menos que pudiera pronosticar los efectos de su actuación considerando el dato de encontrarse de pie la víctima como factor de incremento del riesgo por la caída.

Por lo mismo, no resulta razonable la afirmación de que aunque el golpe asestado con el puño en la cara de la víctima pudo haber sido leve (conclusión extraída del hematoma percibido en la necropsia), el impacto contra el piso fue grave por la fuerza de la caída. **Esa circunstancia tampoco era previsible**, pues no puede habersele exigido al autor un cálculo en torno al influjo de la gravedad en el desplome de la víctima sustentado en su propio peso corporal.

Aparentemente, en el contexto de los acontecimientos, **ninguna desventaja sustancial jugaba en contra de la víctima y sobre la cual el ofensor haya podido prever las consecuencias de su acción**, pues ambos se encontraban al parecer bajo efectos del licor que habían consumido, se enfrentaron a los golpes sin hacer uso de arma alguna, se encontraban sobre una superficie plana sin presencia de algún accidente espacial que hiciera precaver algún daño adicional ante una caída (unas escaleras, un balcón, etc.) y se hacía evidente en cada uno de ellos su propósito de infligir daño al otro. La diferencia de edad y de contextura no representaba, per se, una notable superioridad para el acusado (el acusado tenía 26 años, la víctima con 51; el acusado medía 1,85 mts., la víctima 1,71; el acusado pesaba 90 kilos, la víctima 70).

Por último, **en la evolución del nexo causal por el riesgo creado se hace relevante la aparición de circunstancias que**, si bien no tuvieron la virtualidad de desplazar el peligro originado por el autor para inhibir la imputación objetiva, como ya se expuso en esta decisión, **pudieron elevar el riesgo de producción del resultado o acelerar el mismo**, aspectos que no podían haber sido previstos por el procesado.

Como se ha precisado, **la víctima ARV contaba con una patología de base** consistente en una plaquetopenia, discrasia sanguínea que le impedía a su organismo un adecuado proceso de coagulación, especialmente en la etapa posoperatoria por la reducción plaquetaria, lo que, conforme lo explicaron los médicos tratantes y peritos, fue un **factor que agravó aún más el cuadro clínico que condujo finalmente a la muerte**, aunque no la generó.

Esa condición médica de base, que elevó el riesgo creado por el autor de la conducta, no podía estar al alcance de su conocimiento, por lo que le era por completo imprevisible.

Por lo tanto, estima la Sala que ex ante el supuesto de un hombre medio ideal no habría considerado, conforme a las reglas de la común experiencia, el resultado finalmente producido como un riesgo inherente a la acción inicial. Sin duda que resultaba previsible que como consecuencia del normal forcejeo y del intercambio de golpes se produjeran caídas con consecuencias lesivas para la integridad personal -esa, además, era la intención de los contrincantes frente a sus opositores-; sin embargo, no era posible calcular, en las circunstancias concretas en que sucedieron los hechos, que el peligro de la caída iba a derivar en una cadena de condiciones materiales infortunadas que culminaría con la muerte de uno de los intervinientes.

En suma, **el resultado de la muerte de ARV fue un resultado imprevisible para el acusado MA, lo que impide atribuirle la comisión de un delito de Homicidio preterintencional, no obstante que su acción inicial estuvo gobernada por el propósito de lesionar**. De esa manera, el resultado desencadenado **solo puede ser entendido como un caso fortuito** que escapa a su responsabilidad penal por ausencia del elemento subjetivo relativo a la conducción de la voluntad».

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO - Se configura un caso fortuito / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor la existencia de una enfermedad de base en la víctima / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor, que el golpe que diera a la víctima tendría un desenlace fatal / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - No se configura / **PRESCRIPCIÓN** - Lesiones personales

«La muerte de ARV fue el resultado causal de la acción desplegada por el acusado NGMA, quien le propinó un puño en medio de la riña de la que participaban, lo que ocasionó que cayera al piso y se golpeará su cabeza en la región occipital, derivando en una severa lesión intracraneana asociada a deterioro neurológico, lo que obligó a un procedimiento quirúrgico de craneotomía, sin que ello pudiera evitar su deceso.

El comportamiento de la víctima no excluye la imputación objetiva, así como tampoco es posible atribuir el resultado a una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro, como lo reclamó el demandante.

Sin embargo, **se demostró que el riesgo jurídicamente desaprobado, originado en la conducta del procesado MA, no fue el mismo que se concretó en la producción del resultado muerte**, por lo que no le puede ser imputable objetivamente al no estructurarse el delito de Homicidio preterintencional toda vez que, atendidas las circunstancias y condiciones del hecho, el resultado, que excedió la voluntad del autor, no le era previsible, constituyendo un caso fortuito que no le es imputable a su responsabilidad penal, **resultando atípica la**

conducta objeto de juzgamiento frente al delito por el que fue acusado.

Como consecuencia de lo anterior, **la conducta se adecúa típicamente al delito de Lesiones, descrito en el artículo 111 del Código Penal**, sobre el cual acaeció la prescripción de la acción penal antes del fallo de segundo grado, por lo que procede casarlo y declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que sobrevino el fenómeno extintivo, así como la consecuente preclusión de la actuación.

El juzgado de conocimiento deberá librar las comunicaciones de rigor que sean pertinentes».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

13. INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DE FAMILIA EN EL PROCESO

El defensor de familia que participa en el proceso penal no se encuentra facultado para sustituir a los padres, representante legal o defensor de víctimas, por ello, no está facultado para interponer recursos - ordinarios o extraordinarios.

Resuelve la Sala la casación presentada contra la decisión de segunda instancia, que acogió la petición del defensor de familia, para agravar la situación de un adolescente imponiéndole una medida privativa de la libertad en centro especializado.

SP2791-2021(58261) del 30/06/2021

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] la Juez Segunda Penal para Adolescentes con funciones de control de garantías de la mencionada ciudad legalizó la captura y la imputación formulada por la Fiscalía contra H.R.C. por el delito de fabricación, tráfico, porte

o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, previsto en el artículo 365 del Código Penal, en calidad de autor, cargo al que se allanó. Igualmente, se le impuso medida de internación preventiva en centro de atención especializado.

Mediante sentencia del 19 de julio siguiente, el Juez Segundo Penal del Circuito para adolescentes con funciones de conocimiento de la capital huilense condenó a H.R.C., a título de autor del injusto imputado, a la sanción de amonestación.

Recurrido el fallo por el defensor de familia, el 18 de febrero de 2020 fue modificado por la Sala Cuarta de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Neiva, en el sentido de imponer a H.R.C. la «sanción privativa de la libertad en centro especializado por el término de doce (12) meses».

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Defensor de Familia: garante de los derechos del adolescente / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Defensor de Familia: falta de legitimidad para interponer recursos ordinarios o extraordinarios / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Defensor de Familia: funciones

«[...] es necesario recordar que, no obstante el carácter específico y diferenciado del SRPA, dirigido a proteger el interés superior del menor, por igual se rige por el sistema penal acusatorio, en todo cuanto no se encuentra expresamente contemplado en el compendio normativo de la Ley 1098 de 2006 (CSJ SP, 10 dic. 2012, rad. 40187 y CC C-740 de 2008).

Así es que, en **tratándose del recurso de apelación de la sentencia** -artículos 176-176A de la Ley 906 de 2004- **éste puede ser formulado por todas las partes e intervinientes, siempre que tengan interés** en discutir la decisión, al estar en desacuerdo con sus consideraciones y hagan evidente un perjuicio causado con la misma.

Esto, **a priori, vendría a sugerir que, el defensor de familia**, en tanto interviniente especial, **podría gozar de la facultad de recurrir el fallo. Sin embargo, la Corte se ha ocupado de precisar que**, tanto en los casos en los que el menor es el sujeto pasivo de la infracción penal, como en aquellos en que el infante o adolescente es el agresor y sujeto de la persecución estatal, **el defensor de familia que participa en el proceso penal no se encuentra facultado para sustituir a los padres, representante legal o defensor de víctimas**, en el primer caso, o al defensor técnico en el segundo, so pena de infringir el principio de igualdad de armas.

[...]

Y, en torno al segundo aspecto, se debe partir por recordar que, de acuerdo con el canon 146 de la Ley 1098 de 2006, **la función fundamental de la defensoría de familia** en el SRPA -al margen de su función propiamente administrativa de restablecimiento de derechos que le permite adoptar las medidas de protección que considere pertinentes- **es la de servir de acompañante del menor infractor**, durante la indagación, investigación y juicio, **a efecto de verificar que se garanticen sus derechos**.

Además de ese acompañamiento, sus funciones se ven estrictamente reflejadas en i) la presencia del defensor de familia en la diligencias adelantadas por la policía judicial de adolescentes (precepto 145); ii) el «*estudio de la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente*» y la rendición del informe correspondiente a petición del juez en la audiencia de imposición de la sanción, previo allanamiento del procesado (artículo 157); iii) ser

sujeto de notificación de la acusación, cuando quiera que no haya sido posible la ubicación del adolescente para que enfrente el proceso, iv) el control acerca de la vinculación del adolescente al sistema educativo para la aplicación de las sanciones (canon 177, parágrafo) y v) la participación en la audiencia de imposición de sanción indicando la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y cualquier otra materia que a juicio del funcionario sea de relevancia para el efecto, en los casos en que el menor haya sido sometido a juzgamiento (disposición 189).

Así las cosas, **no se previó otro tipo de intervención o participación en el SRPA a cargo del defensor de familia diversa a las recién reseñadas**, por manera que, el resto de actos procesales quedaron reservados a las partes e intervinientes, de acuerdo con el rol de cada uno, establecido en la ley.

Es por lo anterior que, **en sentencia CSJ SP, 10 dic. 2012, rad. 40187, se explicitó la imposibilidad de que el defensor de familia funja como recurrente de una decisión adversa a los intereses del menor procesado**, por cuanto **contraería una invasión en las facultades del defensor técnico**, generando un desequilibrio indeseable para los demás sujetos procesales y, en ocasiones, como en el caso bajo estudio, para el interés superior del adolescente.

[...]

En ese orden, es claro que **el defensor de familia no está facultado para interponer recursos -ordinarios o extraordinarios-** contra las decisiones jurisdiccionales o desplegar las funciones que le demanda el ejercicio de la representación judicial al abogado defensor del adolescente -contractual o público-. Su papel, se restringe, a velar por la garantía de los derechos del adolescente en el desarrollo del proceso y especialmente al momento de definir la medida sancionatoria a imponer, propósito en el que, se insiste, no puede suplantar a la defensa calificada, sin quebrantar el postulado de igualdad de armas».

RECURSO DE APELACIÓN - Legitimidad / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Defensor de Familia: falta de legitimidad para interponer recursos ordinarios o extraordinarios

«Según lo informa el expediente, pese a que la Fiscalía y el defensor de familia aconsejaron la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializada para H.R.C., el a quo lo condenó a la sanción de amonestación, aplicando para el efecto, el principio de flexibilidad y atendiendo la existencia de allanamiento a cargos, los cambios positivos obtenidos en el infractor, por razón del internamiento preventivo, y la ausencia de violencia contra las personas en la conducta desplegada.

Inconforme con esa determinación judicial, el defensor de familia apeló la decisión, al estimar que la medida a imponer era la sugerida por él: la privación de la libertad en centro de atención especializado, pretensión atendida por el Tribunal, al considerar que ella procede en los eventos señalados en el artículo 187 de la Ley 1098, esto es, cuando el delito tiene prevista pena mínima de 6 años o más de prisión y el adolescente cuenta con 16 a 18 años, o siendo mayor de 14 y menor de 18, ha sido declarado responsable de los punibles de homicidio doloso, secuestro, extorsión y reatos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Al respecto, además que, como lo pregonó el demandante, **el ad quem erró al asumir la competencia para conocer del asunto bajo el sustrato de que el recurso de apelación había sido interpuesto por la defensa del procesado**, pues bien se sabe que, quien recurrió ante el Tribunal fue **el defensor de familia**, inadvirtió que éste **no se encontraba legitimado para intentar la alzada**, considerando que, la agencia judicial de los derechos de H.R.C. estaba en cabeza de su defensor técnico.

El juez plural incurrió, entonces, en un yerro de estructura insalvable, lesivo del debido proceso que le impedía decidir de fondo sobre el recurso de apelación y, de paso, agravar la

situación jurídica del investigado al mutar la sanción de amonestación por la de privación de la libertad en centro especializado, por 12 meses, la cual, por cierto, resultaba claramente aflictiva a los intereses del adolescente y, denotaba, más allá de la acreditada falta de legitimidad en la causa, una evidente **ausencia de interés jurídico del impugnante** para acceder al recurso de apelación.

[...]

De otra parte, inobservó la señora Procuradora que **no es posible asimilar el evento en que el defensor de familia se encuentra facultado para asistir al menor víctima de un delito**, cuando quiera que no está representado por sus padres o un apoderado de víctimas, **con la potestad de mero acompañamiento** conferida a dicho funcionario en el régimen penal de adolescentes, **por la potísima razón de que**, a diferencia de la víctima, cuyos derechos pueden ser agenciados por aquellos o por el defensor de familia a falta de ellos -dado su carácter residual-, **el infante o adolescente infractor siempre tendrá que estar asistido por un defensor técnico**, en cuyo rol, se recaba, no puede ser desplazado por el defensor de familia.

En estas condiciones, la Sala casará el fallo impugnado y declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de la concesión del recurso de apelación, interpuesto por la defensoría de familia, contra la sentencia de primera instancia.

En estas condiciones, el fallo de primer nivel recobra plena vigencia y **se impone denegar la alzada elevada por el defensor de familia, por falta de legitimación en la causa».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

14. LESIONES PERSONALES - La víctima tenía lesiones anteriores

En las lesiones personales debe existir nexo de causalidad entre los hechos ocurridos y la incapacidad médico legal definitiva

Al resolver una impugnación especial, la Sala establece la manera de valorar correctamente los dictámenes periciales sobre lesiones personales, su relación con la conducta investigada y con hechos anteriores que pudieron afectar la salud de la persona ahora presunta víctima.

SP1864-2021(55754) del 19/05/2021

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 9 de febrero de 2013, en horas de la tarde, la señora MVBH hizo presencia en el apartamento ubicado en la Calle [...], que había arrendado a los padres de NDSM.

Cuando pretendía ingresar al inmueble, SM se lo impidió, presentándose entre ellos un encuentro físico que, a juicio de la Fiscalía, le ocasionó una incapacidad médico legal definitiva de cuarenta y cinco (45) días, sin secuelas.

NOTA DE RELATORÍA: sobre la causa del dolor lumbar la defensa trajo a colación que 9 años antes, la víctima sufrió un accidente en su columna vertebral, por lo que fue sometida a una vertebroplastia, estos hechos fueron motivo de debate en el juicio.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: el informe escrito no es por sí solo prueba autónoma / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: dictamen, perito, reglas de acreditación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: Compuesta por el informe pericial y el testimonio del perito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: imposibilidad de que el perito asista a la audiencia de juicio: excepcionalmente puede acudir otro o elaborarse un nuevo informe

«Considera la Sala desacertado que el a quo, culminada la práctica probatoria en juicio, haya admitido la aportación directa del informe de medicina legal del 4 de abril de 2013, so pretexto de que la perito LIAA, entonces adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se había pensionado, y que tanto Fiscalía como defensa habían coincidido en su incorporación, cual si se tratase de prueba documental.

Aunque ha sido postura de la Corte que pueden ingresar como prueba, directamente y por la parte interesada, los documentos que gozan de la presunción de autenticidad del artículo 425 de la Ley 906 de 2004 -esto es, sin testigo de acreditación- siempre que la

contraparte conozca su contenido, tal derrotero no se refiere a la prueba pericial.

En efecto, según el artículo 405 del C.P.P. la prueba pericial es procedente cuando es necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Dispone este artículo que, **a los peritos, en lo que corresponda, les serán aplicables las reglas del testimonio.** A su vez, el artículo 412 del mismo cuerpo normativo señala que las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público para ser interrogados sobre los informes periciales que hubiesen rendido.

Toda declaración de perito, dice el artículo 415 del C.P.P., deberá estar precedida de un informe en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Precisa el último inciso de este que **“en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”.**

De lo expuesto surge, como de antaño ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, que la prueba pericial es un elemento de persuasión compuesto, integrado por **el informe escrito base de la opinión pericial -que por sí mismo no constituye evidencia autónoma-** y, del testimonio del experto en juicio, quien concurre para ser interrogado y contrainterrogado sobre su concepto previo.

Aunque por regla general se reclama la presencia del mismo perito que realizó el informe, pues es quien puede explicar los hallazgos, técnicas empleadas y conclusiones a las que arribó y consignó en el escrito, **es factible,** cuando exista una imposibilidad absoluta de que el referido experto rinda su versión en juicio, **y por excepción, que concurra a la vista pública un perito diferente** de aquél que elaboró el examen y presentó el informe.

[...]

Con fundamento en lo expuesto, considera la Sala que, **tras advertir la no comparecencia del experto a juicio por haber adquirido el derecho a la pensión, debió la fiscalía proponer al funcionario judicial la comparecencia de otro** que depusiera sobre el informe del 4 de abril de 2013, pudiendo recurrir a los galenos que sí acudieron a la vista pública, los médicos legistas HVM y JF, inclusive.

Por consiguiente, **al haberse incorporado únicamente la base de opinión pericial sin la respectiva declaración del perito, dicho escrito carece de valor probatorio por sí mismo [...]**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: valoración probatoria, oportunidad / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria / **LESIONES PERSONALES** - Configuración / **LESIONES PERSONALES** - La víctima tenía lesiones anteriores / **LESIONES PERSONALES** - Debe existir nexo de causalidad entre los hechos ocurridos y la incapacidad médico legal definitiva

«[...] es del caso reiterar que, con respecto a la apreciación de la prueba pericial, el artículo 420 del C.P.P. dispone que se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios técnicos científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

Al respecto, la Corte ha precisado que **la prueba pericial debe ser valorada por el juez de manera racional, a partir de los parámetros de la sana crítica**, por ende, su aceptación no puede provenir de un proceder irreflexivo o mecánico de la autoridad judicial. En palabras de esta Corporación:

[...]

Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito .

Implica lo expuesto que **las explicaciones ofrecidas por el experto en el juicio revisten especial importancia, dado que es por medio de ellas que el funcionario judicial podrá valorar de manera adecuada el dictamen presentado**, siempre bajo la premisa de que **las**

conclusiones del perito no constituyen, en sí mismas, verdades absolutas, pues aun cuando la persona que las rinde es versada en los temas sobre los cuales se pretende profundizar, por la falibilidad humana no está exento de incurrir en yerros sobre el procedimiento técnico científico empleado, la coherencia lógica o precisión en sus respuestas y, en general, sobre cualquiera de los presupuestos que componen el dictamen.

[...]

[...] a manera de sinopsis se resalta que **según los médicos forenses** escuchados en juicio, **no existieron secuelas sobre la víctima** por el incidente presentado el 9 de febrero de 2013, aunque sí se generó la incapacidad médico legal definitiva de 45 días, con fundamento en la cual el Tribunal resolvió revocar la absolución y, proferir condena contra el procesado por el delito de lesiones personales dolosas.

Sin embargo, **advierte la Sala que los galenos incurrieron en varios yerros al momento de concluir que los hechos objeto de juzgamiento dieron lugar, en una relación de causa-efecto, a la incapacidad médico legal definitiva en comento**, toda vez que los hallazgos encontrados en la valoración física, la historia clínica y en el concepto del neurocirujano de la paciente, no se corresponden con los resultados expuestos.

[...]

[...]se aprecia que **la perito no escudriñó la historia clínica** de la paciente que le sirvió de insumo para su experticia, **para establecer cuáles eran sus antecedentes médicos**, con el fin de precisar que los hallazgos del examen actual no tenían relación con un hecho ocurrido en el pasado.

[...]

[...] **tampoco fue posible establecer el nexo de causalidad entre el fundamento de la incapacidad médico legal definitiva y los hechos ocurridos** el 9 de febrero de 2013, pues **como lo aclaró el especialista en neurocirugía es posible que los síntomas** consignados en la historia clínica para esa fecha, el espasmo muscular paravertebral y el dolor a la palpación en la región lumbar, **hayan sido secundarios del trauma del 2010**.

En consecuencia, comoquiera que el delito de lesiones personales dolosas en cuanto a su tipicidad objetiva, supone la materialidad de un resultado como afrenta a la integridad personal,

sea daño en el cuerpo ora en la salud, y en el caso concreto **no es posible afirmar**, sin hesitación alguna, **que la acción del procesado causó las dolencias que dieron lugar a la incapacidad médico legal definitiva** de cuarenta y cinco (45) días, fuerza concluir que no obra en el proceso el conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del delito y la consecuente responsabilidad penal del acusado.

En conclusión, como el órgano persecutor no logró desvirtuar la presunción de inocencia del enjuiciado, con fundamento en el principio de in dubio pro reo consagrado en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004, la Sala revocará la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, confirmará en su integridad la absolutoria de primera instancia».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

15. PECULADO POR APROPIACIÓN - Reintegro parcial de lo apropiado

Rebaja de pena se calcula según el porcentaje de lo reintegrado sobre la cuarta parte de la pena y en relación con el número de delitos.

Al resolver la apelación contra una sentencia donde se realizó un preacuerdo, la Sala analiza si se concedió un doble beneficio y explica como tasar la rebaja por el reintegro parcial de una parte del total apropiado. Además, llama la atención al Tribunal para que en casos como este se verifique de mejor manera el monto de lo apropiado por el procesado.

SP3738-2021 (57905) del 25/08/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] en calidad de Juez [...] Laboral del Circuito de [...], conoció de los radicados [...], correspondientes a las demandas ordinarias laborales y subsecuentes procesos ejecutivos promovidos contra Colpensiones para el reconocimiento de la pensión especial de vejez de alto riesgo en favor de [...].

Al interior de tales procesos y durante el lapso comprendido entre el mes de noviembre de 2013 y el 5 de junio de 2014, [...] concertado con [...] - apoderados de los demandantes-, incurrió en las

siguientes irregularidades: (i) omitió la notificación de las demandas de los procesos ordinarios a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contrario a lo establecido en el inciso 6°, artículo 610 de la Ley 1564 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1365 de 2013, (ii) reconoció la pensión de vejez de alto riesgo en favor de los demandantes, sin cumplimiento de requisitos legales, (iii) condenó a Colpensiones a pagar la diferencia de las mesadas causadas y no canceladas, agencias en derecho y costas y (iv) desconoció el contenido del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, por cuanto, no tramitó la consulta de dichas decisiones.

Las actuaciones de [...] ocasionaron un detrimento patrimonial a Colpensiones por valor de \$3.129.988.682; suma respecto de la cual él se apropió de valor correspondiente al 10%.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASACIÓN - Legitimación en la causa / **CASACIÓN** - Interés para recurrir: víctima / **CASACIÓN** - Interés para recurrir: identidad temática con la apelación, excepciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: Interés para recurrir, víctima / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derecho de las víctimas, impugnación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: Naturaleza, bilateral, sin perjuicio de escuchar a la víctima

«Podrá recurrir una decisión quien ostente legitimación dentro del proceso y demuestre tener interés. Éste existirá cuando la decisión

impugnada le hubiere causado un perjuicio o agravio al sujeto procesal, parte o interviniente, medido de manera real, material y efectiva, de cara a los intereses que representa dentro del proceso (CSJ SP 30 abr. 2014, rad. 41.543).

Así lo ha sostenido la Sala:

“La legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir propiamente dicho, ha puntualizado esta Corporación (CSJ SP, 15 jun. 2016, rad. 47666), es un requisito relacionado con el daño, el perjuicio, el gravamen que de manera real o efectiva hubiese causado la providencia al quejoso.

Ese detrimento se mide en relación con los intereses que defiende el sujeto procesal que postula el recurso, de manera que si la decisión judicial censurada se pronuncia en los específicos términos reclamados por el sujeto procesal, deriva obvio que la misma no puede perjudicarlo”.

Ese interés que legitima a la víctima para recurrir la sentencia de primera instancia está vigente en el sub exámine, pues, no sólo es un interviniente debidamente reconocido en el proceso, sino que, con la sentencia **se produjeron consecuencias adversas a sus demandas de justicia**, dado que, además del beneficio otorgado por vía del preacuerdo celebrado entre las partes, se concedió una rebaja adicional como consecuencia del reconocimiento de una atenuante, de manera que la decisión impugnada le causó un agravio que impacta negativamente su deseo de que se haga justicia en los términos por ella reclamados, pues, según se indica en el libelo, **entendió que ello generó un doble beneficio para el condenado**, sin posibilidad legal para hacerlo.

Por supuesto, la Sala ha sostenido en otras oportunidades que el interés para recurrir tiene ciertas limitaciones temáticas, justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales.

[...]

Empero, en el presente caso no **puede predicarse la falta de legitimidad del apoderado de Colpensiones para recurrir la decisión de primera instancia, bajo el argumento que estuvo de acuerdo en los términos del preacuerdo**. La razón es evidente:

si bien, participó activamente en la negociación por la cual culminó el proceso de manera anticipada, desde el momento en que se pronunció en relación con los tópicos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, es decir, una vez aprobado el preacuerdo, **manifestó su inconformidad en punto del eventual reconocimiento de la rebaja punitiva por la causal de atenuación**, actitud que descarta de plano mala fe o deslealtad.

En ese mismo sentido, debe agregarse que **el Tribunal Superior de Barranquilla**, luego de aprobar el preacuerdo, **no habilitó oportunidad para interponer recursos**; de suerte que el único momento para manifestar alguna inconformidad se constituyó luego de la lectura de la sentencia condenatoria.

Véase, además, cómo **la intervención de la víctima en sede del preacuerdo, si bien activa**, esto es, con posibilidades de presentar reparos al mismo, **no conduce a que sus términos puedan modificarse o impedir lo acordado**, razón por la cual, se resalta, la única manera efectiva, en términos procesales, de controvertir lo negociado, es a través de la interposición del recurso de apelación, en caso de su aceptación por el juez.

Junto con lo anotado, es pertinente señalar que, en principio, **el acuerdo en sí mismo no afectaba las perspectivas de la víctima**, en lo que corresponde al motivo de impugnación, dado que apenas se generaba una expectativa respecto de que el juez aceptase o no la atemperación por el reintegro parcial de lo apropiado. **Solo con ocasión del fallo, la expectativa en cuestión se materializó** en disfavor de la pretensión del afectado, razón por la cual fue este el momento adecuado para controvertirla, que no remite apenas a un desbordado apetito de venganza, sino a la alegada ilegalidad de la pena e incluso del acuerdo mismo, si se acepta su tesis de que producto de este se produjo un doble beneficio para el procesado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: límites, están supeditados al reintegro del incremento patrimonial obtenido a raíz del delito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: reintegro de lo apropiado, habilitación procesal para acudir a la justicia

premio y rebaja de pena, no constituye doble beneficio / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Reintegro de lo apropiado: efectos en el proceso penal

«Acorde con lo planteado, lo primero a precisar es que **los preacuerdos y negociaciones**, como forma de composición del conflicto y desarrollo de la **facultad otorgada a la Fiscalía** General de la Nación de orientar la anticipación de la sentencia condenatoria con base en los fines establecidos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, **tienen posibilidad de celebrarse dentro de un margen racional de maniobra**, con el fin de que el fiscal pueda adelantar su tarea de forma efectiva.

Por supuesto, como bien se conoce, tal prerrogativa no puede extenderse hasta el punto de desconocer los principios de legalidad penal o estricta tipicidad, pues, cada evento deberá atenderse con estricto apego a los parámetros y límites trazados por el artículo 29 Superior.

En ese cometido, dentro del ejercicio propio de la negociación será posible, de manera consensuada y razonada, excluir causales de agravación punitiva, como también algún cargo en específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena, **pero no podrá, bajo ninguna justificación, sobrepasar lo aceptado**, los pilares de la administración de justicia, a través de la concesión de beneficios que la desprestigien y que traduzcan escenarios de impunidad o atropello a la verdad.

De acuerdo con lo expuesto, como acertadamente lo coligió el recurrente, a la luz del artículo 350 inciso 2° de la Ley 906 de 2004, **el cambio favorable para el acusado con relación a la pena por imponer constituirá la única rebaja compensatoria** por el acuerdo; de suerte que **cualquier pacto adicional** que suponga una modificación complementaria a ello, **devendrá en violatoria de los presupuestos establecidos en esa norma y no podrá recibir el aval del juez de conocimiento**.

En este asunto, **el libelista parte por reconocer que** por virtud del acuerdo, el único beneficio **que se ofreció fue el reconocimiento de la complicidad para fines punitivos** a cambio de la aceptación de responsabilidad por los delitos imputados, de manera que no supone un esfuerzo significativo aceptar que el preacuerdo en sí mismo considerado respetó los presupuestos legales y que de modo alguno

emerge necesaria la intervención de la Colegiatura para su corrección.

[...] para justificar su postura el censor extiende el calificativo “*doble beneficio*” al **reconocimiento expreso que hizo el juez**, no del acuerdo, se repite, **de una circunstancia de atenuación post delictual que en estricto sentido fue ajena a la negociación culminada**.

[...]

Del desarrollo de la audiencia es claro que, **como cláusula del preacuerdo, se mencionó que nada se pactaría frente al reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva establecida en el canon 401 de la Ley 599 de 2000**, pues, **por corresponder a un derecho, su reconocimiento correspondería al fallador y no a las partes**.

Las cláusulas del preacuerdo, en esos términos, son válidas. Desde el momento en el cual la Fiscalía enunció los términos de la negociación, se dijo que el único beneficio ofrecido a cambio de la aceptación de responsabilidad, consistía en la imposición de la pena correspondiente al cómplice y bajo ese entendido, se definió la fijación de 84 meses de prisión, multa equivalente a 5.100 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 112 meses.

Se sostuvo que el Juez Colegiado, en su autonomía, sería quien dispusiera lo concerniente a las circunstancias de atenuación punitiva establecidas en el mencionado artículo 401 del Código Penal, en el entendido que no se trataba de un aspecto de libre negociación por cuenta de las partes e intervinientes, precisamente, porque la premisa normativa hace mención a un fenómeno post delictual, que como tal, tiene cabida una vez se determine la pena - bien sea producto del preacuerdo o de la individualización conforme lo dispone el artículo 61 ibidem -.

Desde luego, también era factible, pero no por consecuencia del acuerdo y sus beneficios anejos, sino en estricto cumplimiento de la función del Fiscal, que le impone adecuar los hechos a su correcta delimitación típica, también era factible que en ese espacio se corrigiese o adicionase la acusación, para advertir presente el fenómeno en cuestión, dada su objetividad.

Desde luego, **la verificación de su materialidad corresponde al administrador de justicia, a fin**

de determinar que no se trata de un doble beneficio embozado, sino de la efectiva materialización de una circunstancia objetiva con cabal definición normativa, en calidad de atenuante de pena, para este tipo de ilicitudes.

[...]

Como viene de verse, **dicha premisa normativa establece un tratamiento punitivo más favorable para el autor del delito de peculado que de forma voluntaria**, directamente o a través de terceras personas, **repare lo dañado o reintegre lo apropiado**, en el entendido que con tal proceder se mitiga el daño ocasionado al patrimonio público y se rescata, en cierta forma, el deber funcional de lealtad quebrantado con la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.

[...]

[...] conforme a las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, **la aprobación de los preacuerdos** respecto de aquellos delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo, **estará supeditada al reintegro al menos de la mitad de lo percibido y al aseguramiento del recaudo del remanente**.

La norma en cita, debe precisarse, comporta un evidente matiz procesal, que no impacta de manera directa en el monto de pena a imponer, en calidad de mecanismo necesario que habilita la posibilidad de acudir a los medios de terminación anticipada del proceso, en los casos en los que el delito es fuente de enriquecimiento o acrecimiento patrimonial para quien lo ejecuta.

Esto para delimitar, respecto de la discusión planteada por la representación de la víctima, que **se trata, la habilitación procesal para acudir a la justicia premial y la rebaja de pena por reintegro parcial, de dos figuras ontológica y jurídicamente distintas, que también comportan efectos diferentes**.

Descendiendo al caso de la especie, como consecuencia de la comisión del delito de peculado, CO obtuvo un incremento patrimonial de \$312.998.868, de los cuales devolvió el 50%, mediante consignación efectuada el 22 de mayo de 2019 en el Banco Agrario a nombre de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

El valor restante, es decir el otro 50%, lo garantizó mediante la imposición de un gravamen al bien inmueble identificado con

matrícula inmobiliaria número (...), ubicado en la ciudad de Santa Marta. La propiedad fue afectada con garantía real de embargo y se determinó que su valor es superior al dinero cuya entrega aún se encuentra pendiente.

A partir de lo anterior, erigido en exigencia expresa de la ley - aunado al análisis de los demás presupuestos de obligatorio cumplimiento -, el a quo determinó la viabilidad de aprobar el preacuerdo.

Ello no es óbice para que se estimase procedente, una vez impuesta la pena preacordada, esto es, 84 meses de prisión, multa equivalente a 5.100 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 112 meses, realizar el descuento punitivo consagrado en el canon 401 ibídem, por cuanto, dicha preceptiva consagra una situación favorable para el declarado penalmente responsable que de forma voluntaria, antes de dictarse sentencia de segundo grado, cese en el mal uso del bien público, repare lo dañado, corrija la aplicación oficial diferente o reintegre total o parcialmente lo apropiado o su valor equivalente.

Se trata de un beneficio cuyo reconocimiento depende de la demostración del supuesto de hecho que origina la diminuyente punitiva, esto es, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, producto de la voluntad del procesado. Por ende, **constituye una circunstancia de atenuación de la pena, cuya concesión no depende de la alegación o consenso de las partes**, pues, incluso debe ser decretada de manera oficiosa cuando se verifique su materialización.

Para el recurrente no es posible considerar el reintegro parcial de lo apropiado, como medio para impulsar una terminación anticipada del proceso, y al mismo tiempo, beneficiarse por idéntica razón, con una rebaja adicional a título de atenuante, precisamente porque ese presupuesto - el reintegro - ya fue valorado para el primer fin mencionado.

Pasa por alto el profesional del derecho, como se anotó antes, que ambos institutos, el de los preacuerdos y los fenómenos post delictuales, poseen una naturaleza disímil e independiente: **mientras que el reintegro**, conforme lo dispone el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, **es un presupuesto que condiciona la viabilidad de negociar, la devolución** de que trata el canon

401 de la Ley 599 de 2000, **alude a comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito**, que reflejan una situación objetiva de disminución punitiva como reconocimiento a la atenuación del daño causado al erario público, cuya incidencia se presenta frente a la sanción ya individualizada, ante la reparación del perjuicio, en porcentaje variable según se trate de reintegro parcial o total y de acuerdo con el momento procesal en el cual se verifique, *“siendo viable colegir que la diminuyente se refiere a todas las sanciones previstas para el tipo penal en cuestión, incluida la multa”*.

Agréguese a lo anterior, que la censura trae como punto de partida una apreciación equivocada, referida a la idea según la cual, un aspecto o presupuesto solo puede ser valorado desde una única perspectiva.

En efecto, **el reintegro, además de constituir requisito sine qua non para viabilizar una sentencia anticipada**, bien sea por la vía del preacuerdo, ora por la aceptación unilateral de cargos, **es un aspecto que nuevamente es de susceptible valoración para la individualización de la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente**, en los eventos en los cuales no se haya pactado de manera definitiva la pena a imponer; incluso, desde otra arista, su análisis confluye en el estudio de la prisión domiciliaria, por cuanto, la reparación del daño es presupuesto para su concesión, según lo dispone el artículo 38b del Código Penal.

El reproche, de acuerdo con lo expuesto, carece de vocación de prosperidad».

PECULADO POR APROPIACIÓN - Reintegro de lo apropiado: parcial / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Reintegro de lo apropiado: rebaja de pena se calcula según el porcentaje de lo reintegrado sobre la cuarta parte de la pena y en relación con el número de delitos

«Sobre este tópico, la Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, significando que **la rebaja de pena por la atenuante del artículo 401, lo será dependiendo del porcentaje de la apropiación**, sin superar el límite impuesto en el inciso 3° de la norma, esto es, **de una cuarta parte en los eventos de restitución parcial**.

Veamos:

“Por tanto, el reintegro hecho suma \$ 29.316.443,50, que frente a \$ 203.413.223,31, que los jueces demostraron, y la defensa no controvierte, fue la suma apropiada indebidamente, equivale aproximadamente a un 15%, desde donde consulta criterios de equidad y razonabilidad que el descuento punitivo sea igual al 15% del tope máximo del artículo 401 (una cuarta parte), que debe aplicarse a los 72 meses de prisión y \$ 203.413.223,31 de multa, que fueron las sanciones establecidas para el peculado, llegándose a 69 meses 9 días y \$ 195.785.227,43,”.

En ese entendido, siguiendo la teleología de la norma, **como aquí el reintegro se efectuó de manera parcial y no hay discusión sobre el monto de lo apropiado por C - 10% del desfaldo total** que ascendió a \$3.129.988.680 -, la Sala advierte que **el correcto ejercicio de dosificación consiste en otorgar como descuento punitivo por la atenuante en cita, el 10% del tope máximo del inciso tercero de la norma - una cuarta parte -**

En ese aspecto, **erró el Tribunal** al aplicar *“la diminuyente en cita en una décima parte de la pena impuesta dado que la devolución parcial solo fue del diez por ciento de lo apropiado y la disminución punitiva por mandato del legislador debe ser proporcional a lo restituido”*.

Así las cosas, como la cuarta parte de 84 meses equivale a 21 meses, el 10% de ese monto corresponde a 2 meses y 3 días de prisión. Valga aclarar que, **los 84 meses corresponden a la pena tasada por virtud del preacuerdo** en relación con los **cuatro delitos** cometidos por C, pero como **la rebaja establecida en ese artículo 401 del Código Penal sólo opera respecto del peculado** -en tanto de los cuatro punibles cometidos, es el único delito susceptible de reintegro patrimonial de lo apropiado-, **se concederá sólo el 2.5% de rebaja, resultado de dividir el 10% total en los cuatro crímenes**.

Eso arroja un total de 15 días, es decir, por la circunstancia de atenuación verificada, la pena impuesta en definitiva corresponde a 83 meses y 15 días de prisión. Igual corrección deberá realizarse en relación con la pena de multa y la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, las cuales, efectuada idéntica operación, se fijan en 5.068 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 111 meses y 15 días».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, comprende tanto la negociación como la conducta punible original

«[...] la Sala debe hacer un llamado de atención al Tribunal Superior de Barranquilla para que ajuste la manera como imparte aprobación a los preacuerdos celebrados entre las partes.

Ello por cuanto **los eventos culminados por esa vía de terminación anticipada, no eximen a la judicatura** de la obligación de verificar en debida forma los presupuestos habilitantes para la aplicabilidad de la figura en comento y, en ese orden, **resultaba imperativo demostrar que el dicho de JCCO acerca de que lo apropiado por él fue sólo el 10% del valor total de la**

defraudación, **encontraba respaldo en otros medios de convicción.**

Sin embargo, **al Tribunal de primer grado le bastó la afirmación del acusado en ese sentido sin propender por una adecuada y necesaria acreditación del asunto.** Por tal razón, **es razonable exigir a los funcionarios** encargados de revisar la legalidad de las actuaciones, **que realicen su labor con la diligencia debida**, con estricto apego a la normatividad, para que así se garanticen los derechos de los procesados, se salvaguarden los intereses de la víctima y, finalmente, se satisfaga la aspiración de la ciudadanía a que se imparta justicia de manera pronta y eficaz».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

16. TESTIMONIO

Testigo: oculto: prohibición

Al resolver una demanda de casación por el delito de homicidio, la Sala analiza la validez del testimonio de una persona que percibió directamente los hechos, pues su testimonio se recibió por teleconferencia y en el momento el testigo aparecía “disfrazado” ocultando sus rasgos físicos. Si bien, se recalca la prohibición de este tipo de testimonios, se logra determinar la plena identificación del testigo y su conocimiento por todas las partes, determinando su legalidad y confirmando la sentencia condenatoria.

SP920-2021 (57230) del 17/03/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

En la mañana del 24 de febrero de 2009, SO estaba esperando un bus en [...] cuando fue abordado por CACP, quien le disparó en la cabeza

con un arma para cuyo porte no tenía permiso. Inmediatamente después huyó del lugar en una camioneta conducida por HEGS.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba testimonial: tratamiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran

«Uno de los pilares del sistema de procedimiento criminal establecido en la Ley 906 de 2004 es el derecho de confrontación de la prueba, establecido expresamente en el artículo 16 de esa codificación (*«en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento»*) y derivado del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual *«quien sea sindicado tiene derecho a... presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra»*.

Se trata de una garantía integrante del debido proceso (en general) y del derecho de defensa (en particular) que tiene distintas manifestaciones y

se compone de varios elementos estructurales. Así, la Sala

«...ha puntualizado que **respecto de la prueba testimonial cobra especial importancia el derecho a la confrontación**, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que supone: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo».

Por ahora, y en atención a las concretas quejas del censor, resulta relevante referirse más detalladamente a dos de tales garantías; por una parte, la consistente en (i) **«la posibilidad de... interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo»**, que comprende **«las prerrogativas del contrainterrogatorio»**, incluida la de *«cuestionar la credibilidad de los testigos»*; por otra, la de (ii) **«estar frente a frente con los testigos de cargo»**.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Derecho a la confrontación: normas que lo regulan / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: derecho de confrontación, alcance / **TESTIMONIO** - Reserva de identidad: Sentencia C - 392 de 2000 no pueden ser objeto de evaluación probatoria / **TESTIGO** - Identificación

«En lo que respecta al primero de los elementos mencionados, la legislación adjetiva contempla distintos mecanismos de orden procesal orientados a lograr su efectiva materialización.

[...]

Ahora, evidente resulta que **la posibilidad de ejercer la confrontación de manera real y efectiva** - no como una simple formalidad incapaz de depurar la prueba - **depende** (especialmente cuando se busca hacerlo cuestionando la persona del testigo y no el contenido de su declaración) **de que la parte contra la cual se aduce conozca su identidad**.

De ahí que, como lo entiende de antaño la jurisprudencia de la Corte Constitucional

(proferida en el ámbito de la justicia regional pero aplicable, máxime por la mayor amplitud de las garantías acá reconocidas, al procedimiento que rige las presentes diligencias),

«...cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad».

Siguiendo la misma línea de pensamiento, esta Sala sostuvo, en vigencia de la Ley 504 de 1999, que **«los testimonios bajo reserva de identidad... no pueden ser objeto de evaluación probatoria por parte de los funcionarios judiciales en cuanto resultan violatorios de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba»**.

Lo anterior explica que en los estatutos procedimentales expedidos con posterioridad - las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 - **haya desaparecido la figura de los testigos con reserva de identidad**, más aún de cara a los recientes desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular:

[...]

Y es que, a no dudarlo, tratándose del testimonio anónimo, la parte contra la cual se aduce queda imposibilitada para explorar aspectos como la capacidad rememorativa o perceptiva del declarante, la eventual existencia de intereses en faltar a la verdad o en incriminarla falazmente o la posible presencia de patrones de mendacidad que enerven la credibilidad de su dicho.

En tal virtud, **ninguna duda cabe en cuanto a que, en el orden nacional actual, la práctica de testimonios anónimos** (entendidos como aquéllos cuya identidad es desconocida para las partes) **es, siempre y en todo caso, inadmisibles**; ello, porque en tales condiciones la confrontación material y sustancial de la prueba - esto es, su confrontación allende un remedo artificial de la garantía - deviene imposible y, en cualquier caso, no existe ninguna previsión legal que autorice una tal limitación del derecho en comento.

Ello, sin embargo, no puede confundirse con una suerte de exigencia legal en cuanto a que todo testigo deba exhibir su cédula de ciudadanía u otro documento como presupuesto ineludible para tenerlo por identificado.

[...]

Y aunque esas posturas jurisprudenciales corresponden al entendimiento de normas de la Ley 600 de 2000, lo cierto es que **la más reciente codificación adjetiva tampoco reclama que la identificación de los testigos se haga documentalmente** (o de cualquier otra manera predeterminada).

En efecto, el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 únicamente prevé que, antes del testimonio y luego del juramento, el Juez pedirá a quien lo rinde «*que se identifique con sus nombres y apellidos y demás generales de ley*», de manera que no aparece indispensable la exhibición de documento alguno.

Así, aunque la presentación de la cédula de ciudadanía constituye, si se quiere, la mejor evidencia de la identidad del testigo, no existe precepto legal alguno que permita tenerla como única evidencia de esa circunstancia, a cuyo conocimiento, por consecuencia, puede llegarse por cualquier medio lícito».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio: a través de audio video (teleconferencia), el testigo está físicamente impedido para comparecer, se configura cuando sufre amenazas en su contra / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: testigo amenazado, medidas de protección, el derecho a la integridad física prevalece sobre el derecho de confrontación

«Ya quedó suficientemente explicado que, **contrario a la comprensión del actor**, la adecuada hermenéutica del artículo 386 de la Ley 906 de 2004 indica que el testimonio puede recabarse telemáticamente no sólo cuando quien debe rendirlo padece una condición médica que le hace imposible desplazarse al despacho, sino también cuando enfrenta alguna situación que le impida concurrir físicamente a declarar (§ 2.2).

Visto lo anterior, surge irrefutable para la Sala que **la existencia de amenazas en perjuicio de un testigo constituye una circunstancia objetiva que justifica y legitima la recepción a distancia de su declaración.**

Ello es lo que inequívocamente desprende de la interpretación armónica del precitado artículo 386 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 28 de la Resolución 1006 de 27 de marzo de 2016, a cuyo tenor, tratándose del declarante que ha sido amedrentado o constreñido, ha de preferirse «**la realización de teleconferencias**» sobre «**el traslado del beneficiario**».

Desde luego, **el acopio telemático de la declaración produce una tensión entre dos derechos:** de un lado, el que tiene quien declara bajo amenaza a la preservación de su vida e integridad; de otro, el que asiste a la parte contra la cual se ofrece la prueba de estar «*frente a frente*» con los testigos.

Con todo, ninguna inquietud constitucional o valorativa suscita la solución acogida por el legislador (esto es, la de permitir que se privilegie la integridad del declarante a costa de una limitación del derecho de confrontación de la parte acusada), básicamente porque la afectación de la mencionada garantía que se deriva del uso de medios informáticos en la recepción del testimonio es, como ya se dijo, insustancial.

Es que, se insiste, **la utilización de sistemas de audio y video en la práctica probatoria permite, en un modo muy similar al que se logra con la presencia física del deponente, que las partes observen las maneras, gestos y comportamiento del testigo**, lo confronten (en la acepción común del término) y contrainterroguen».

TESTIGO - Identificación / **TESTIGO** - Identificación: cuando está bajo el programa de protección de testigos / **TESTIGO** - Identificación: cuando se hace por medio de medios audiovisuales

«FR no exhibió su cédula de ciudadanía ni dijo dónde se encontraba cuando rindió testimonio.

Aunque es verdad que el nombrado no presentó su cédula de ciudadanía u otro documento para corroborar su identidad, ya quedó establecido que ello, por sí solo, no merece ningún reproche de validez (§ 2.1).

Lo cierto es que **la identidad del testigo fue suficientemente establecida antes de recibírsele la declaración y todas las partes e intervinientes la conocieron**, incluso desde los comienzos mismos de las investigaciones.

En efecto, en la sesión del juicio de 12 de abril de 2018, cuando se escuchó a FR a instancias de la Fiscalía, aquél se identificó así:

«...mi nombre es FR, número de cédula [...]... mi grado de estudio es técnico y en este momento no me encuentro laborando... (nacé el) 27 de agosto de 1973... ahora no estoy conviviendo con nadie por seguridad...».

En la siguiente sesión de la vista pública, cuando fue interrogado por la defensa, hizo lo propio en los siguientes términos:

«...mi nombre es FR, mi número de cédula es [...] de la ciudad de Bogotá, mi grado de instrucción es técnico».

Por su parte, en la carpeta contentiva de las diligencias obraba - desde antes de la vista pública - la plena individualización del deponente, la cual entonces era de conocimiento real o potencial de los acusados y sus representantes.

Así, se tiene que en el informe de primer respondiente elaborado el 24 de febrero de 2009 se consignó lo siguiente:

«Según el señor FR, cc. [...] de [...], 35 años, residente en la [...], tel. [...], cel. [...] o [...], unión libre, grado de escolaridad bachiller, ocupación comerciante, el cual es testigo presencial de los hechos...».

Ese mismo día se le recibió al nombrado una entrevista en la que se consignaron su nombre, documento de identidad y apodo [...], así como su edad [...], fecha de nacimiento [...], profesión (comerciante), estado civil (unión libre), nivel educativo (bachiller y técnico), dirección y teléfono, e incluso su «relación con el victimario» (como «conocido del barrio») y huella dactilar.

Su identificación también reposa en la entrevista que rindió más adelante - el 18 de agosto de 2009 - y en las diligencias de reconocimiento fotográfico en las que participó el 25 de mayo de 2010.

Lo anterior descarta de plano que la prueba en comento corresponda a un testimonio anónimo. Además, visto que los datos personales ofrecidos por FR en el juicio oral coinciden con los recabados en las fases preliminares de las pesquisas y que el contenido de su testimonio concuerda con lo que manifestó en las entrevistas previas, no existe ningún motivo para inferir que se trate de personas distintas o que el primero

haya sido suplantado por un tercero en la vista pública.

De igual manera, cualquier sospecha de impostura o sustitución del testigo aparece superada por la intervención de la Fiscal del caso en el juicio, cuando aseguró que la persona cuya declaración se recibió era, en efecto, FR, y explicó que éste se encontraba en un lugar reservado luego de haber sido «*trasladado a varias ciudades de este país*» en el marco del programa de protección a testigos.

Y aunque el demandante critica simultáneamente que no se estableció el lugar desde el cual FR rindió testimonio - lo cual, admite la Corte, es cierto - ello, además de aparecer irrelevante de cara a la garantía del derecho de defensa (pues no se entiende cómo el conocimiento de esa circunstancia podría incidir en la adecuada confrontación del testimonio), no responde a ninguna exigencia establecida en la Ley.

Tampoco esta irregularidad, entonces, ocurrió».

TESTIMONIO - Oculto: prohibición / **TESTIGO** - Medidas de protección: por parte del Juez, únicamente la expedición de órdenes para proteger su vida e integridad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: estar frente a frente con los testigos de cargo, excepciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: a través de audio video (teleconferencia), el testigo está físicamente impedido para comparecer, se configura cuando sufre amenazas en su contra / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: no se vulnera, testigo con amenazas contra su vida que comparece disfrazado al juicio, explicación

«FR atestó disfrazado y de un modo evocativo de la “justicia sin rostro”.

Según quedó visto (§ 4.1), **le asiste razón al demandante al afirmar que FR declaró portando un disfraz que ocultaba sus rasgos físicos.** Aunque en los registros del juicio no se grabó su imagen, ello fue admitido por la Juez a quo («*el testigo efectivamente tiene puestos algunos aditamentos que alteran... ser su imagen real*») y por el representante del Ministerio Público («*el testigo... tiene un, pues... se le ha alterado su fisonomía... la palabra quizá más adecuada sería “disfrazado”*»).

En ese orden, claro aparece que la dinámica con la que se recabó esa declaración corresponde a lo

que en algunos ámbitos judiciales se ha calificado como un testimonio oculto, esto es, aquél que «se presta sin ser visto por el acusado».

[...]

Así pues, permitir o facilitar que el deponente comparezca disfrazado constituye una medida de protección por la cual se le cubre para sustraerlo de la vista del enjuiciado o de las partes.

Sin embargo, **aunque aquella herramienta - la de ocultar o disfrazar a quien rinde testimonio - es válida en algunos ordenamientos extranjeros, en el derecho nacional ninguna regla la permite.** Mal podría entenderse que se encuentra comprendida entre las medidas que el artículo 342 de la Ley 906 de 2004 permite tomar al Juez de conocimiento con miras a proteger a los testigos, como que estas, conforme quedó explicado (§ 3.2), no permiten la modificación de las condiciones de práctica de la prueba sino únicamente la expedición de órdenes para proteger su vida e integridad. A pesar de lo anterior, **en este asunto el despacho autorizó que FR se presentase disfrazado** (justamente con el pretexto de que ello era una medida para su protección) **con lo cual la funcionaria interpretó equivocadamente el referido precepto.**

Con todo, **de ese dislate interpretativo no puede afirmarse lesionado el derecho de confrontación** del acusado ni quebrantado, en lo sustancial, el procedimiento de práctica de la prueba. Así se desprende, sin asomo de duda, de la revisión de los registros del juicio oral.

En primer lugar, porque aunque el embozo pudo impedir la observación del semblante del testigo, con ello **no se obstruyó ni la auscultación de su lenguaje corporal** (ademanos con las extremidades, actitud inquieta, etc.) **ni la percepción de los matices verbales de su declaración** (mutismos, pausas en la narración, hesitaciones). En esas condiciones, lo fundamental del derecho a estar en frente de aquél se mantuvo indemne.

De otra parte, porque **la representación judicial de GS tuvo la posibilidad de controlar el interrogatorio adelantado por la Fiscalía y, además, ejerció el contrainterrogatorio cabalmente.** En ese cometido, exploró posibles contradicciones e inconsistencias respecto de (i) las condiciones en las que el deponente percibió lo sucedido, (ii) el conocimiento previo que tenía

de los enjuiciados, (iii) las circunstancias que le permitieron identificarlos, (iv) los detalles de la realización del delito y (v) lo sucedido en los instantes posteriores a su ejecución. Incluso, se le permitió explorar en directo - sin las limitaciones técnicas y termáticas del contrainterrogatorio - la versión de FR (§ 4).

[...]

De ahí que **el derecho de confrontar la prueba**, especialmente en sus aristas más determinantes - esto es, las que atañen a la posibilidad de controlar el interrogatorio e impugnar la credibilidad o el mérito de los testimonios de cargo - **no sufrió ninguna limitación, menos aún de carácter sustancial**, como consecuencia del yerro cometido por la Juez de primera instancia.

Por otro lado, no sobra enfatizar en que **el mérito suasorio otorgado por las instancias al dicho de FR** no devino de la observación del comportamiento del testigo o de sus gestos y maneras, **sino de la contrastación de sus afirmaciones con otros medios de prueba y de la ponderación de la coherencia global y grado de corroboración de su relato.** Así, el ad quem se refirió, entre otras circunstancias, a (i) la coincidencia entre el dicho del deponente y los resultados de la necropsia ; (ii) la constatación de que el homicidio se cometió - como lo afirmó aquél - con un revólver calibre .38 ; (iii) la acertada descripción que hizo FR de las características físicas del occiso y (iv) la correcta descripción que hizo de los acusados y la consistencia de sus señalamientos desde las diligencias de reconocimiento en fila de personas. En esos razonamientos ninguna incidencia tiene que el nombrado se haya presentado disfrazado, con lo que no se entiende - y el censor tampoco lo explicó - cuál sería la incidencia sustancial que el dislate interpretativo identificado pudo haber tenido en la adjudicación del caso.

La conclusión que antecede necesariamente conduce a la desestimación del único cargo contenido en la demanda, máxime que la Sala no advierte situaciones que hagan necesaria una decisión oficiosa de otra naturaleza».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

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

