



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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2021

Octubre a Diciembre 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. **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, abogado que traspasa los límites de su profesión \_\_\_\_\_ **2**
2. **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Elementos: consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad \_\_\_\_\_ **9**
3. **FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO** - consumación: se comete al interior del país \_\_\_\_\_ **15**
4. **FRAUDE PROCESAL** - A través de incorporación de información no cierta en concurso de méritos \_\_\_\_\_ **18**
5. **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena \_\_\_\_\_ **25**
6. **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA** - Improcedencia de rebajas punitivas del artículo 199 de la ley 1098: para su aplicación es necesario que el acusado conozca al momento de los hechos que la víctima era un menor de edad \_\_\_\_\_ **28**
7. **MOTIVACIÓN** - Constituye deber de la judicatura resolver los problemas jurídicos que se someten a su consideración \_\_\_\_\_ **30**
8. **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la fiscalía para elegir cuál mecanismo utilizar \_\_\_\_\_ **34**
9. **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral / **DETERMINADOR** - Elementos \_\_\_\_\_ **38**
10. **TENTATIVA DE HOMICIDIO** - Producida con arma de fuego: identificación del arma / **PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Vulneración \_\_\_\_\_ **45**
11. **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos \_\_\_\_\_ **48**
12. **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Diferencias con el proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores **52**



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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2021

Octubre a Diciembre 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. **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, abogado que traspasa los límites de su profesión**

**Es dable afirmar con certeza que el acusado, sin perjuicio del ejercicio de su cargo de defensor y asesor legal de paramilitares - actividad del todo legítima-, traspasó los límites de su actividad profesional y se adhirió a la organización criminal liderada por sus clientes, a quienes, pese a defender en los estrados judiciales, también servía a través de las acciones delictivas que fueron necesarias para librarlos de responsabilidades penales.**

Resuelve la Sala el recurso de casación presentado contra la decisión de segunda instancia, que condenó a un abogado en lo que respecta al delito de concierto para delinquir, identificando los casos en que se sobrepasan los límites de la profesión y se hace parte del proyecto paramilitar, fenómeno que no solo integró combatientes, políticos e ideólogos, si no otro grupo de colombianos que de una u otra manera apoyaron este proyecto ilegal.

**SP4543-2021(59801) del 06/10/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

Según la resolución de acusación -confirmada en segunda instancia-, quien se llamaba AGG (cuyo nombre cambió a CJGG) y se desempeñaba como

abogado de integrantes de los Bloques Centauros, Héroes del Llano y San José del Guaviare de las AUC, liderados por alias CUCHILLO y JORGE PIRATA, contactó en febrero de 2006 a RSDA y MRJ -conocidos como alias JOTA y WILSON W, respectivamente-, para encomendarles el homicidio del procurador judicial TGR, a cambio de \$10.000.000.

En ejecución del encargo criminal, el 14 de marzo de 2006 RSD atacó al prenombrado funcionario - con una pistola suministrada por el abogado GG-, propinándole disparos en la cabeza que le causaron la muerte, mientras se desplazaba en un vehículo por el barrio Siete de Agosto en Villavicencio.

Ese crimen habría sido ejecutado en el marco de pertenencia del abogado GG a los referidos bloques de las AUC, comandados por los alias JORGE PIRATA y CUCHILLO, con quienes, desbordando su rol como defensor, se habría concertado para cometer delitos indeterminados, entre ellos, cohechar a funcionarios judiciales.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**CASO PARAMILITARISMO** - Alianzas con particulares

**DETERMINADOR** - Demostración / **DETERMINADOR** - Homicidio / **PROCESO PENAL** - Principio de preclusión: etapas delimitadas y progresivas

**En relación con el homicidio**, en síntesis, la hipótesis delictiva validada en los fallos de instancia se refiere al **funcionario asesinado como un “estorbo” en múltiples procesos en contra de diversos miembros de la organización**, incluidos los comandantes MDJP,

alias JORGE PIRATA, y OG, alias DIDIER o CUCHILLO.

Además, trayendo a colación lo declarado por el señor P, el a quo destacó que la insistencia del acusado para asesinar al procurador se justificaba en la eventual participación de éste en otra instancia procesal en la que “iba a ser un obstáculo”, así como que estaba “apelando mucho en los procesos”. Esa insistencia, según el fallo de primer grado, se dio porque los cabecillas de la organización no querían ejecutar el homicidio, dado que estaban próximos a someterse al proceso especial de justicia y paz, por lo que en un inicio dispusieron “sobornarlo”, pero dada la negativa del funcionario -a quien abordaron por interpuesta persona, distinta al aquí acusado-, **alias CUCHILLO y JORGE PIRATA** dieron la orden de matarlo, **luego de tres reuniones con el abogado GG. Éste, incluso, se encargó de conseguir armas y personas externas a la organización para matar al funcionario.**

En las instancias se acreditó que **la razón para asesinar al procurador TGR fue su labor como agente del Ministerio Público. El abogado GG no sólo instigó el atentado, sino que lo planeó, pagó a los sicarios, contribuyó con armas y coordinó la ejecución del funcionario**, la cual se llevó a cabo sorprendiendo al hoy occiso mientras conducía, sin posibilidad de defensa alguna.

En esa dirección, tanto a quo como ad quem pusieron de presente que MRJ, alias WILSON W; RSDA, alias JOTA; VHGA y MDJP, alias JORGE PIRATA, **señalaron de manera conteste y creíble al aquí acusado como la persona que convenció a los alias CUCHILLO y PIRATA de la necesidad de matar al procurador GR, así como, dado “el aval por aquéllos”, consiguió, pagó y armó a sicarios** externos al grupo paramilitar, a fin de evitar señalamientos de cara al sometimiento al proceso de justicia y paz.

**Esa estructura probatoria** -se reitera- **es inamovible**, porque **el acusado fue sentenciado como responsable de homicidio agravado en dos instancias** y el cargo formulado en sede de casación para derruir la condena y lograr la absolución por ese delito fue inadmitido (CSJ AP3130-2021).

Bajo ese entendido, **los reproches elevados** por el procesado, **para trastocar la condena por homicidio agravado, son extemporáneos** y, en consecuencia, no pueden ser estudiados de fondo.

Al plantear que los juzgadores de instancia valoraron indebidamente las pruebas testimoniales de cargo y que “lo probado” es que no “ordenó, determinó, hostigó ni materializó el

*homicidio de TGR y, mucho menos, consiguió sicarios ni proveyó armas de fuego para ejecutar los hechos motivo de este proceso”, así como que el móvil del homicidio “quedó sin piso”, el acusado pretende revivir etapas procesales precluidas.*

**RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Imputación fáctica y jurídica: debe ser clara y concreta / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con particulares / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Elementos

[...] la Sala constata que, contrario a lo alegado por el defensor y el agente del Ministerio Público, la acusación sí fijó enunciados fácticos adecuados y suficientes para convocar a juicio al procesado como coautor de concierto para delinquir agravado. Si bien en la resolución de acusación de primera instancia la imputación se focalizó en los pormenores del delito de homicidio agravado, al resolver los cuestionamientos efectuados por la defensa en punto de la atribución de coautoría en el delito de concierto para delinquir, el fiscal delegado ante el tribunal señaló:

*ANCIZAR y/o CJGG no solo actuó como defensor de los paramilitares, lo que se enmarca en la legalidad, sino que se desbordó cuando acudió a concertarse con los máximos cabecillas de la organización al margen de la ley para cometer otros delitos, tales como sobornar a los funcionarios públicos que tenían a su cargo investigaciones contra integrantes de dicho grupo irregular.*

[...]

*El rol de abogado defensor, ejercido por el sindicado, se desnaturalizó a tal punto que se pasó de los sobornos y las dádivas al empleo de métodos violentos, con la pretensión de quitar del medio a quienes actuaron de manera proba y con apego al rol que les correspondía, en pro de que se aplicara debida justicia a quienes tanto mal causaron a la sociedad con su actuar violento.*

*Entonces, hubo un acuerdo criminal entre los cabecillas de las autodefensas y el abogado para cometer delitos indeterminados, como sobornos y hasta homicidios, razón por la que resulta procedente el llamado a juicio por esta conducta punible (art. 340 inc. 2° C.P.).*

**Esas proposiciones fácticas**, ciertamente, **se ajustan al comportamiento típico descrito en el art. 340 inc. 1° del C.P.**, norma acorde con la cual incurrirá en prisión quien se concierte para cometer delitos indeterminados -aunque puedan ser determinables en su especie- (cfr. num. 4.1.1. supra). Y, como “la asociación criminal paramilitar

*regularmente ha tenido por fin la comisión de los injustos relacionados con el inc. 2° ídem” (CSJ SP3240-2015, rad. 36.826), la pertenencia a dichos grupos organizados al margen de la ley, a cualquier título, se adecua en dicha hipótesis agravada del concierto para delinquir.*

**Ese delito, tiene dicho la jurisprudencia (CSJSP8786-2015, rad. 38.464), requiere:** i) un acuerdo de voluntades entre varias personas; ii) una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque puedan ser determinables en su especie; iii) la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada y iv) que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer que se pone en peligro la seguridad pública.

De suerte que, **al atribuirle la Fiscalía al señor GG el haberse concertado con los cabecillas de una organización paramilitar para cometer delitos indeterminados**, aunque determinables en su especie -entre ellos cohechos por dar u ofrecer y homicidio-, **hay una imputación fáctica adecuada y suficiente para convocarlo a juicio por concierto para delinquir agravado**, por cuanto tales proposiciones de hecho, teniendo en cuenta la naturaleza de la organización criminal, encuentran correspondencia -en abstracto- en los referidos elementos de la conducta típica. Cuestión distinta es que, en juicio, la Fiscalía haya cumplido o no con las cargas probatorias necesarias para acreditar, con certeza (art. 232 inc. 1° C.P.P.), que el acusado es responsable como coautor de dicha conducta punible [...]

**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Demostración: se prueba a partir de la ejecución material de conductas ilegales cometidas en el tiempo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Demostración: acuerdo de voluntades y conexidad de hechos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Empresa criminal: diferencia con la figura de la coautoría

[...] ha de destacarse que la Fiscalía, desde la acusación, optó por acreditar indirectamente la vinculación del acusado como integrante del grupo criminal liderado por alias CUCHILLO. **La hipótesis delictiva consiste en que el abogado GG, paralelamente a su legítima actividad legal como defensor y asesor jurídico de paramilitares, se adhirió -infringiendo la ley penal- a un grupo de autodefensas, adscribiéndose al propósito común de cometer delitos indeterminados que favorecieran a la organización.**

Para acreditar tal proposición fáctica, la acusación propuso una estrategia inductiva de demostración, cifrada en identificar una

pluralidad de sucesos delictivos en los que efectivamente tuvo intervención el señor GG para, a partir de ellos, inferir que éste se concertó con sus clientes, líderes de bloques paramilitares, para delinquir indeterminadamente en beneficio de éstos.

**Desde esa perspectiva, carecen de solidez las críticas** consistentes en que **la ausencia de pruebas sobre el momento en que los prenombrados cabecillas paramilitares y el acusado acordaron expresamente cometer delitos indeterminados**, comporta la inexistencia del concierto para delinquir. Si bien **una de las maneras de acreditar** la pertenencia a una empresa criminal **es mediante evidencia atinente a cuándo y cómo se fundó o alguien se adhirió a aquélla** -como en episodios de pactos conocidos dentro del fenómeno de alianzas entre paramilitares y funcionarios públicos, en el contexto de la llamada “Parapolítica”-, también es verdad que **la ejecución de múltiples delitos puede ser indicativa de la existencia de un consenso para delinquir indeterminadamente**. En esta última hipótesis, como lo ha formulado la jurisprudencia (CSJ SP 29 sep. 2010, rad. 29.632), *“los delitos ejecutados en función del acuerdo son manifestación del consenso ilegal”*.

En ese marco de análisis, desde luego, la simple pluralidad de delitos o la mera concurrencia de personas en la ejecución de éstos no implica, per se, la existencia de un concierto para delinquir. No. **La verificación** de la existencia de éste por vía inductiva supone comprobar algo más, a saber, que **a la multiplicidad de conductas delictivas** cometidas por el sujeto activo o a la concurrencia de personas en ello **subyace una conexión interna**, que permita entenderlas como pertenecientes al **propósito común perseguido por la empresa criminal** en particular y explicarlas como **manifestación de la voluntad común de delinquir** abierta e indeterminadamente, que es el sustrato de amenaza al bien jurídico de la seguridad pública.

A ese respecto, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de “*empresa criminal*” a fin de precisar los contornos del concurso de personas y de delitos, de cara a la concreción del delito de concierto para delinquir, diferenciándolo de supuestos de coautoría. Sobre el particular, mediante SP 25 sep. 2013, rad. 40.545, la Sala puntualizó:

*No necesariamente el simple y llano concurso de personas en la comisión de uno o varios delitos, o el concurso material de dos o más punibles estructuran un concierto para delinquir, pues tales circunstancias pueden ser también predicables del instituto de la coautoría, motivo por el cual se*

impone precisar el ámbito de ambas figuras a fin de evitar que se viole el principio non bis in ídem, al asumir indebidamente a los coautores de cualquier delito como sujetos activos del concierto para delinquir.

En efecto, tanto en la **coautoría material como en el concierto para delinquir media un acuerdo de voluntades** entre varias personas, pero mientras **la primera** se circunscribe a la comisión de uno o varios **delitos determinados** (coautoría propia: todos realizan íntegramente las exigencias del tipo; o coautoría impropia: hay división de trabajo entre quienes intervienen, con un control compartido o codominio de las acciones), **en el segundo** se orienta a la realización de **punibles indeterminados**, aunque puedan ser determinables.

A diferencia del instituto de la **coautoría material**, en el que la **intervención** plural de individuos **es ocasional** y se circunscribe a acordar la comisión de delitos determinados y específicos, **en el concierto para delinquir**, a pesar de también requerirse de varias personas, **es necesario que la organización tenga vocación de permanencia** en el objetivo de cometer delitos indeterminados, aunque se conozca su especie, v.g. homicidios, exportación de estupefacientes, etc.

[...]

Adicionalmente, en tanto **la coautoría no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo**, pues una vez cometida la conducta o conductas acordadas culmina la cohesión entre los coautores, sin perjuicio de que acuerden la comisión de otra delincuencia, caso en el cual hay una nueva coautoría, **en el concierto para delinquir tal elemento de durabilidad** en punto de los efectos del designio delictivo común y del propósito contrario a derecho, se erige en elemento ontológico dentro de su configuración, al punto que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que **es imprescindible su persistencia y continuidad**.

**En la coautoría material, el acuerdo** debe ser previo o concomitante con la realización del delito, pero **nunca puede ser posterior**. **En el concierto para delinquir el acuerdo** o adhesión a la empresa criminal **puede ser previo** a la realización de los delitos convenidos, **concomitante o incluso posterior a la comisión de algunos de ellos**; en este último caso, desde luego, sólo se responderá por el concierto en cuanto vocación de permanencia en el propósito futuro de cometer otros punibles, sin que haya lugar a concurso material con las conductas realizadas en el pasado.

**Aunque indistintamente la doctrina y la jurisprudencia utilizan la expresión “empresa criminal” para referirse tanto a la coautoría material como al concierto para delinquir**, lo cierto es que si se define la empresa (del latín *emprendere*) como una unidad económico-social de personas, bienes materiales y técnicos, y recursos financieros, con ocasión de la cual varios individuos se unen con el fin común de perdurar y consolidarse, mediante el desarrollo de actividades colectivas organizadas para obtener beneficios, es claro que **resulta más apropiado utilizar tal vocablo para aludir al concierto para delinquir**, en cuanto supone estabilidad, permanencia y durabilidad, y no a la coautoría material que como se dijo se agota en cada delito realizado.

En el mismo sentido se tiene que si no resulta apropiado llamar empresario a quien junto con otras personas realiza una operación, una o dos transacciones, tampoco es pertinente tener como concertado para delinquir a quien comete uno o varios delitos definidos y específicos, pues en tal caso se trata del instituto de la coautoría.

Ahora, si es empresario quien adelanta múltiples negocios diversos o signados por una misma especie, en el marco de un proceder con pretensiones de permanencia, todos ellos orientados por una finalidad de beneficio, **cometerá el punible de concierto para delinquir aquél que mancomunadamente con otros planea la ejecución de diversos delitos indeterminados**, siempre que esté presente la vocación de durabilidad de tal asociación.

Por antonomasia **el concierto para delinquir es ejemplo de delito de carácter permanente**, pues comienza desde que se consolida el acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados, y se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa tal propósito. Bien puede ocurrir que los asociados deciden finalizarlo porque consiguieron sus objetivos o se ha dificultado la realización de los delitos propuestos; las autoridades desmantelan la empresa criminal; o por otra razón que cierra la vocación de permanencia del propósito ilegal.

---

**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con particulares / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferente a la coautoría en la comisión de cualquier delito / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferente al concurso de conductas punibles / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, abogado que traspasa los límites de su profesión

[...] **la Sala constata que**, ciertamente, **es dable afirmar con certeza que el acusado, sin perjuicio del ejercicio de su cargo de defensor y asesor legal** de paramilitares -actividad del todo legítima-, **traspasó los límites de su actividad profesional y se adhirió a la organización criminal** liderada por sus clientes, a quienes, pese a defender en los estrados judiciales, también servía a través de las acciones delictivas que fueren necesarias para librarlos de responsabilidades penales.

**Su incursión en múltiples delitos**, la naturaleza de éstos y la manera en que participó en actividades delincuenciales en favor del grupo armado ilegal **permiten inferir que se adscribió a éste y actuó como un miembro más de las autodefensas**, ya no al servicio de sus integrantes desde la perspectiva jurídica, sino en beneficio de los propósitos criminales de la organización, en la que **se subordinó a la jerarquía de sus comandantes y contribuyó a la causa delincencial**, desde su particular rol.

En primer lugar, la reconstruida estructura probatoria en que se soporta la declaratoria de responsabilidad por concierto para delinquir agravado muestra que **en manera alguna el tribunal confundió los actos preparatorios del homicidio con los elementos constitutivos de dicho delito contra la seguridad pública**.

No es cierto que el ad quem, simple y llanamente, hubiera argumentado que el acusado se concertó con los paramilitares porque, además del homicidio, incurrió en el delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones, al suministrarle al sicario la pistola con que fue asesinado el procurador GR. Tal proposición fragmenta indebidamente las razones probatorias expuestas por **el tribunal**, que no invocó una lógica meramente cuantitativa para denotar la existencia de un concierto para delinquir, sino que **analizó un curso de conducta desplegado por el acusado** para inferir que estaba concertado con los cabecillas paramilitares, a fin de cometer delitos indeterminados.

**Falta al principio de honestidad argumentativa sostener que la condena del acusado por concierto para delinquir deriva, sin más, de que aquél incurrió en un concurso de delitos constituido por homicidio agravado y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones**. La estructura probatoria es algo más elaborada: la probada comisión de esos delitos, más la evidencia de que el señor GG participó de otras conductas delictivas contra la recta y eficaz impartición de justicia, así como **la manera en que el procesado interactuaba en el marco del aparato organizado de poder**

(planeando crímenes, intermediando para la consecución de sicarios y subordinado a la autoridad de los jefes paramilitares) son situaciones que, valoradas articuladamente, permiten concluir que **dichos comportamientos no son aislados, sino reflejo de un consenso para delinquir de forma abierta e indeterminada**.

De suerte que, ante dicha estructura probatoria **es infundado alegar que el ad quem confundió los elementos definitorios del concierto para delinquir con un supuesto de concurso de conductas punibles y coautoría**. La multiplicidad de conductas punibles, junto a otros factores que más adelante serán analizados por la Sala, muestran que, desde la perspectiva del concierto, **al procesado no se le reprochó por una o dos “operaciones o transacciones”** definidas o específicas que se agotaron con su realización, **sino por haberse adherido a los propósitos criminales de la organización paramilitar**, prestándose para cometer cuanto delito se requiriera para librarlos de responsabilidad penal y, por esa vía, permitir la continuidad de su actividad delincencial.

**Tampoco es cierto que el tribunal hubiera afirmado pertenencia del acusado a la organización por el hecho de trabajar como defensor de paramilitares**. En aparte alguno del fallo impugnado se advierte tal conjetura, sino que, como pasa a verificarse, el curso de conducta desplegado por el señor GG muestra que no sólo acordó con los líderes de la organización la ejecución del procurador, sino que **este delito es manifestación de su adhesión al grupo paramilitar**, marco en el cual ejecutó otras conductas ilícitas integrado a la estructura de la organización, **respetando las jerarquías del aparato organizado de poder y cumpliendo encargos criminales de sus jefes**.

---

**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con particulares / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, soporte probatorio / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, abogado que traspasa los límites de su profesión / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: Antiguos miembros de organizaciones al margen de la ley / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando el testigo se autoincrimina frente al hecho investigado / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: se configura

[...] **de lo declarado por el excomandante del Bloque Centauros MDJP, alias JORGE PIRATA, puede afirmarse que el abogado AG no sólo se**

**reunía con aquél y alias DIDIER o CHUCHILLO**, máximos líderes de esa organización en los llanos, a fin de discutir asuntos inherentes a sus labores como mandatario judicial, **sino con el propósito de sugerir a sus jefes la comisión de delitos, obtener aprobación de ellos para su ejecución y discutir la manera en que habrían de ejecutarse.**

Ese tipo de reuniones, los temas conversados y la dinámica en la que se desenvolvían ponen de presente varios aspectos relevantes de cara al juzgamiento del procesado por concierto para delinquir agravado, a saber: i) **al margen de sus actuaciones como abogado, el señor GG estaba dispuesto y disponible para cometer diversos delitos en beneficio de la organización;** ii) **para ejecutar acciones delictivas, requería del aval y orden de los líderes del grupo armado ilegal**, mostrando subordinación a la jerarquía de aquéllos; iii) **rendía cuentas a aquéllos** de las gestiones delictivas que le encomendaban y iv) **interactuaba con otros integrantes de las autodefensas**, como vocero de sus jefes, para la comisión de delitos.

[...]

El señor P enfatizó en que *“ANCIZAR fue muy insistente para que se matara al procurador”* y agregó que, pese a la instrucción que se le dio al *“doctor”* para que no participara ningún miembro activo de las autodefensas en el homicidio, aquél contactó a MRJ, alias WILSON W, quien a su vez lo puso en comunicación con alias JOTA, quien cuando ejecutó el atentado ya estaba fuera de la organización, pues era un *“muchacho retirado”*.

Entre la primera reunión atrás mencionada, en la que se dio la instrucción al acusado de *“sobornar”* al procurador, y el tercer encuentro con los cabecillas de las AUC, en el que se dispuso su ejecución, ciertamente hay evidencia de que **el abogado GG sí intentó abordar al procurador TG**, por interpuesta persona, **para ofrecerle dádivas ilegales.**

En ese sentido, además de lo expuesto por MP, quien escuchó a ANCIZAR decir que *“intentaron sobornarlo a través de alguien, pero que no había sido posible”*, se cuenta con la declaración (rendida el 8 de mayo de 2013) del primo del procesado, VHGA, quien como su conductor y *“hombre de confianza”* no solo percibió cómo aquél participó en la planeación y ejecución del procurador TG, encomendándole incluso la consecución y suministro del arma homicida, sino en otras conductas delictivas en las que se inmiscuyó en beneficio de la organización paramilitar. Entre otros aspectos, al señor GA le consta que su primo buscó los medios para *“arreglar”* al procurador.

[...]

La prueba sobre los encargos e intentos para *“sobornar”* al procurador, entonces, no es débil. Alias JORGE PIRATA fue enfático al relatar que tanto él como DIDIER se opusieron en un inicio a que se asesinara al funcionario, dando la directriz de que primero *“le llegaran”*. Y del acatamiento de esa instrucción da cuenta VHG, quien constató las gestiones que su jefe hizo a ese respecto.

Al valorar las referidas declaraciones hay que destacar que el último de los nombrados era el conductor de A, pero no integraba las AUC. En palabras de RSD, aquél *“no era paraco”*. Ello es del todo relevante, pues sin existir nexo alguno entre VHG y alias JORGE PIRATA, sus versiones en punto de los *“sobornos”* son coincidentes. Además, como lo destacaron los juzgadores de instancia, **el señor G es primo del acusado y en él no se advierte motivación para incriminarlo falsamente**, máxime que aceptó su participación en el homicidio del procurador GR y, agrega la Sala, **al no haber integrado las filas de las AUC, ningún beneficio de postulación en el proceso de justicia y paz podría recibir** del excomandante alias JORGE PIRATA.

Con dichos testimonios puede darse por probado, entonces, que el procesado cumplía con los encargos criminales de sus jefes, entre ellos, cohechar funcionarios públicos, así como planear la ejecución de homicidios. En este aspecto cabe adicionar que **en la actuación no sólo existe evidencia del intento de “soborno” al procurador TG**, sino que **el abogado GG interactuaba con servidores judiciales corruptos a fin de beneficiar a los miembros de la organización**, especialmente a su jefe alias CUCHILLO.

Sobre ese particular, **el conductor del procesado señaló que su primo A solía entregar**, por sí mismo y a través de su conductor, **dinero a un fiscal** (que trabajaba en la sede de la Fiscalía donde fue indagado), así como que, **en una oportunidad, observó cuando A recogió un expediente en un caso seguido contra CUCHILLO, de un empleado judicial al que le entregó una suma de dinero.**

[...]

[...] en lo que toca con los intentos de *“soborno”* del procurador, así como en las demás conductas de corrupción judicial a las que se refirió el testigo G, tales aserciones serían insuficientes para declarar responsable al acusado por cohecho por dar u ofrecer u otro delito contra la administración pública o la recta impartición de justicia, entre otras razones, por cuanto la

Fiscalía no investigó ni acusó al señor GG por ese delito.

No obstante, de cara a la acreditación de la responsabilidad del procesado por concierto para delinquir agravado, están probadas situaciones del todo pertinentes para demostrar que aquél se adhirió a la organización criminal liderada por sus jefes, pues recibía y cumplía con variados encargos criminales de éstos. Ese es, sin dudarlo, un hecho indicador de la existencia de un consenso ilegal para ejecutar delitos indeterminados, el cual concurre con otros aspectos que -como pasa a analizarse-, valorados en conjunto corroboran que el acusado se concertó para delinquir con las autodefensas.

[...]

Lo probado, entonces, es que tanto CUCHILLO como JORGE PIRATA **emitían instrucciones al acusado** para que cohechara funcionarios, asimismo que **aquél posteriormente rendía cuentas a sus jefes** sobre esos encargos, en los cuales fue visto por su conductor, a quien AG también le hacía cometarios sobre los resultados de los “sobornos”. Ello es del todo pertinente para demostrar que al comportamiento delincencial del procesado **subyacía un acuerdo para delinquir**, por entenderse adherido a la organización criminal. Exigir que la Fiscalía hubiera demostrado que el señor GG pertenecía a una “red de corrupción” de funcionarios judiciales es desatinado, pues ese no fue el objeto del presente proceso, demarcado por la acusación por concierto para delinquir agravado.

[...]

Según MRJ, conocido como WILSON W, **las directrices de las AUC prohibían, en principio, la ejecución de servidores públicos**, algo que **solo podía ejecutarse por orden de un comandante**. Ello explica por qué AGG, **pese a estar en posibilidad de conseguir sicarios para asesinar al procurador TG** por su propia iniciativa y cuenta, **se vio en la necesidad de convencer a alias CUCHILLO y JORGE PIRATA para que ellos ordenaran la muerte del funcionario**, a lo que él procedió a coordinar una vez contó con el “visto bueno” y las instrucciones de aquéllos.

[...]

**Recapitulando, el abogado GG, más que interactuar en una relación mandante-mandatario**, acorde con la legalidad, i) participaba de reuniones en las que discutía y sugería la comisión de delitos, en los que también tenía intervención; ii) carecía de autonomía para cometer homicidios que le beneficiaban a la organización, los cuales solo podían ser ordenados por los comandantes; iii) requería del aval de éstos para ejecutar ciertas acciones delictivas que, en efecto, se llevaron a cabo; iv) era encomendado para atentar contra la recta y eficaz impartición de justicia, actividades en la que fue visto por su conductor, por medio de quien entregó dinero a funcionarios; v) atendía órdenes y encargos de connotación criminal de los cabecillas de la organización; vi) era emisario de instrucciones delincuenciales de sus jefes; vii) entregaba dineros que le suministraban integrantes del grupo armado a sicarios para “vueltas” y viii) en medio de ese curso de conducta, no solo era percibido por miembros de las autodefensas como abogado de paramilitares, sino como alguien que “*trabajaba para la organización*”, cuyas jerarquías respetaba.

**Todas esas circunstancias**, debidamente probadas y valoradas articuladamente, en un solo tejido, **acreditan indiscutiblemente que el acusado se adhirió a las autodefensas en el propósito común de cometer delitos indeterminados** en beneficio del grupo armado ilegal. De esa manera, su conducta se adecúa en el art. 340 inc. 1º y 2º del C.P. y ha de ser declarado responsable como coautor de concierto para delinquir agravado. Con la comisión de múltiples conductas de connotación delictiva, así como con la forma en que interactuaba en la estructura del aparato de poder, se constata su adhesión al grupo armado ilegal, cuyo operar delictivo mostraba permanencia, estabilidad y durabilidad en la comisión de delitos indeterminados.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**



**2. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Elementos: consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad**

La Sala realiza un análisis de delito de falsedad ideológica en documento público y ratifica que este se configura cuando el servidor público consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando falta a su deber de verdad.

Ello al resolver un recurso de apelación contra el fallo absolutorio a favor de un fiscal acusado de consignar una falsedad en un “acta”, para cubrir su solicitud de entrega de parte de un dinero hallado en un predio objeto de allanamiento.

Por otra parte, se recuerda la prohibición para la fiscalía de elevar cargos alternativos o hipótesis factuales, ya que violan el derecho de defensa del procesado, entre otras garantías.

**SP3419-2021(58837) del 11/08/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

**RESUMEN DE LOS HECHOS:**

De conformidad con lo consignado en el escrito de acusación, se tiene que por ocasión de diligencia de allanamiento y registro adelantada el día 1 de agosto de 2009 en un local comercial de propiedad de BAMR, a más de incautarse armas de fuego y municiones, se recogió la suma de \$18.182.000.

En curso de las correspondientes audiencias preliminares, fue legalizada la incautación del dinero, entre otras diligencias.

El asunto, después de realizadas las audiencias preliminares, le fue repartido, el 6 de agosto de 2009, al Fiscal 13 Seccional de Buenaventura, DHRT, quien radicó escrito de acusación por allanamiento a cargos el 18 de agosto de 2009, culminando la actuación en la instancia con emisión de fallo de condena por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura.

[...]

El 26 de octubre de 2009, DHRT ordenó compulsar copias con destino a la Fiscalía Especializada de Buenaventura, para que se diera inicio al trámite de extinción de dominio de la suma incautada, poniendo a disposición el dinero y dejando constancia de que “por razones

de fuerza mayor NO SE LEGALIZÓ INCAUTACIÓN ni imposición de medida jurídica de suspensión de poder dispositivo...”.

El trámite en cuestión culminó con la orden de devolver la suma incautada a su propietario, BM.

A la par, BMR presentó, el 4 de diciembre de 2009, denuncia penal en contra de DHRT, sustentada en que éste, directamente –en el mes de octubre de 2009, cuando el denunciante asistió a la oficina del funcionario- y por intermedio de su asistente REB –quien acudió a la vivienda del afectado dos semanas después-, le había solicitado el pago de la mitad del dinero incautado, a efectos de entregarle la suma restante sin mayores dilaciones.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Elementos: consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad**

El artículo 286 de la Ley 599 de 2000 consagra el delito de falsedad ideológica en documento público, en los siguientes términos: [...].

Dicho punible, ha precisado la Corte, tiene lugar cuando **se consignan declaraciones ajenas a la verdad**, caso en el cual el **documento verdadero en su forma y origen** (auténtico), **contiene afirmaciones falsas** sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos, pese a no haber ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente.

Es necesario que tal instrumento pueda servir de prueba, condición sin la cual la conducta no supera el juicio de tipicidad objetiva.

La exigencia se sustenta en la necesidad social de asumir con confianza los documentos, dentro del tráfico jurídico común.

La falsedad ideológica se configura **cuando el servidor público** consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando **falta a su deber de verdad**, con efectos jurídicos, obligación propia de los servidores públicos, dada su facultad certificadora de la verdad, además de la presunción de autenticidad y veracidad de los documentos que expiden o en los cuales intervienen.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Registro y allanamiento: eventos en que la Fiscalía debe someter la diligencia a control de legalidad

posterior / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: legalización de la incautación de elementos materiales probatorios y evidencia física / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de control de legalidad posterior: se trata de una sola audiencia; legalización diligencia de allanamiento y registro y de la incautación de los elementos encontrados / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: alcance

En este asunto, se tiene por demostrado que **el Fiscal 13 Seccional RT elaboró un documento denominado “constancia”**, de fecha 26 de octubre de 2009. En él, el servidor público consignó:

*Como quiera que en el proceso de la incautación de armas y dinero por el valor de dieciocho millones trescientos diecinueve mil (\$18.319.000); **Por razón de fuerza mayor no se legalizó la incautación ni imposición de medida jurídica de suspensión del poder dispositivo**, se dispone compulsar copias con destino a la Unidad de Especializados DE Guadalajara de Buga para que se adelante proceso de EXTINCIÓN <sic> DEL DERECHO DE DOMINIO del citado dinero incautado y consignado número de depósito [...] del Banco Agrario de esta Municipalidad, según desprendible de fecha 26 de agosto de 2009, incautado en diligencia de registro y allanamiento efectuado por Policía Judicial para el día 1° de agosto del presente año en donde se tenía información que se almacenaban armas de corto y largo alcance así como munición de diferentes calibres.*

*Lo anterior, **como quiera que no se legalizó la incautación**, se hace **imposible jurídicamente practicar el comiso del citado dinero al interior de la investigación penal**, debiendo adoptarse la medida supletoria y autónoma de la extinción del derecho de DOMINIO en la que se condenó bajo sentencia 55 del juzgado tercero penal del circuito [...] al señor BAMR (...). Negrillas propias.*

[...]

Dentro del radicado [...], el 15 de julio de 2009, la policía judicial solicitó a la Fiscalía 2 Especializada de Buenaventura, que se impartiera **orden de registro y allanamiento** respecto de cuatro inmuebles ubicados en esta ciudad. Se manifestó haber obtenido información de fuente humana, relacionada con que en esos predios residían integrantes de bandas criminales dedicadas al servicio del narcotráfico

y, en ese sentido, que allí se almacenaban armas de fuego de corto y largo alcance.

La orden fue impartida por el entonces fiscal GAGÁ y la diligencia se materializó el 1 de agosto de 2009. De manera específica, se hizo allanamiento al inmueble ubicado en el barrio [...], primer piso, en el cual residía BAMR.

[...]

Además de tres cartuchos calibre 7,65, veintitrés cartuchos calibre 38 special, 2 cartuchos calibre 38 special, 2 cartuchos calibre 9 milímetros y veinticinco cartuchos calibre 12 milímetros. Finalmente, **se hallaron \$18.182.000** en efectivo, en billetes de todas las denominaciones, distribuidos en pequeñas cantidades a lo largo de todo el inmueble.

Sobre la base del hallazgo de los elementos balísticos, la policía judicial ejecutó la captura de BAMR, quien fue puesto a disposición de la fiscalía de la URI de Buenaventura, para la judicialización correspondiente.

Mediante formato de **la Fiscalía General de la Nación**, a las 14:08 horas del 2 de agosto de 2009, el fiscal RDSF **solicitó** la celebración de **audiencias preliminares de legalización de allanamiento y registro**, legalización de captura, formulación de imposición y solicitud de medida de aseguramiento, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas - artículo 366 del Código Penal -. El asunto le correspondió por reparto a la Juez 2 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buenaventura, quien inició las diligencias a las 03:09 p.m. del día en cuestión.

[...]

**El delegado fue insistente al indicar que**, para esa época, **era habitual solicitar la incautación de elementos dentro de la petición de legalización de registro y allanamiento**. De hecho, explicó que hoy en día esa tarea es mucho más complicada, pero que en aquel entonces era simple. En ese sentido, agregó, él entendió que **el pronunciamiento de la judicatura en punto de la legalidad de la diligencia de allanamiento había comprendido también la de la incautación de elementos**, en la medida en que se hizo alusión a todos aquéllos que fueron encontrados.

En esa diligencia participaron tanto el delegado de la Fiscalía como quien en ese entonces ejercía

la defensa técnica de MR, el abogado EEEEC, quienes manifestaron estar de acuerdo con la decisión adoptada por la juez de garantías.

[...]

Ahora, en sus consideraciones nada **dijo el Tribunal acerca de la posición jurisprudencial vigente para esa época**, contenida en la sentencia CSJ 28535 del 9 de abril de 2009\*. En la ocasión referenciada, la Corte estudió la demanda de casación presentada en contra de una sentencia condenatoria y, en particular, frente al argumento del defensor del procesado, de conformidad **con el cual la Fiscalía incumplió con su deber de legalizar la evidencia que fue incautada en el contexto de una diligencia de allanamiento y registro**, la Sala explicó:

*El control de legalidad sobre lo actuado, a que se refiere el artículo 237, debe entenderse comprensivo de todo el procedimiento adelantado, es decir, de la actuación cumplida desde que se inicia el proceso hasta que termina, lo cual incluye la orden, como lo aclaró de manera expresa el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, el allanamiento (penetración y aseguramiento del lugar), el registro, y desde luego, la recolección de los elementos materiales y evidencia física hallados.*

[...]

A partir de tal precedente, lo que se destaca es que, **para agosto de 2009 existía un pronunciamiento del tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, acerca de la naturaleza unitaria de la legalización del procedimiento de allanamiento y registro y la incautación de elementos**, como resultado de ese procedimiento.

Se debe partir del hecho que, **como lo dijo el Fiscal SF en juicio, él asumió que el pronunciamiento de la judicatura abarcaba también la incautación de los elementos**, razón por la cual no recurrió ni en manera alguna manifestó su oposición a la decisión que adoptó la juez de control de garantías en esa fecha.

[...]

**De este análisis se derivan dos conclusiones:** (i) que, contrario a lo dicho por la defensa, **no era completamente ajeno al buen criterio jurídico considerar**, para agosto de 2009, **que la legalidad del procedimiento de registro** en el

cual se incautaron elementos, **comprendía también la licitud de esa incautación.**

Se aclara que este no es un juicio de valor acerca de la idoneidad del argumento o su vigencia en el escenario jurisprudencial y legal actual, sino una observación acerca del contexto jurídico en el cual debieron haberse desenvuelto los actores que intervinieron dentro del proceso que se adelantó en contra de BAMR.

(ii) que hasta ese momento -el instante en el que se profirió la sentencia condenatoria- **no se advirtieron conductas de parte de RT que pusieran en evidencia que su criterio era distinto al ya exhibido por el fiscal SF** en la audiencia del 2 de agosto de 2009.

La conclusión a la que llega la Corte no puede ser otra distinta a que, **para el 2 de agosto de 2009, quedó en firme una decisión que materialmente legalizó la incautación de los elementos encontrados**, con ocasión de la diligencia de allanamiento y registro practicada en la residencia de BAMR, y que, **como abogado en ejercicio y funcionario activo de la Fiscalía General de la Nación, RT estaba en condiciones de conocer ese criterio.**

En efecto, si la Corte tenía decantado para esa época que las diligencias eran una sola, que la Fiscalía haya efectuado la solicitud y la judicatura hubiese impartido su aprobación, supone que, desde esa perspectiva, se impartió aprobación integral al procedimiento restrictivo de los derechos adelantado por el ente de persecución.

Así, **desde la óptica** netamente objetiva, **el contenido de la constancia** del 26 de octubre de 2009, elaborada por RT “*en ejercicio de sus funciones*”, **es contraria a la realidad**, en lo que atiende a la referencia **en la cual de forma expresa se sostiene que la incautación del dinero no fue objeto de legalización**; junto con su adenda, en la cual se sostiene que se materializan razones de fuerza mayor que le impidieron actuar en consecuencia.

---

**FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Dolo: demostración / **FUNCIONARIO JUDICIAL** - Conocimientos básicos de derecho / **DOCUMENTO PÚBLICO** - Presunción de autenticidad / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Se configura

**Sin que lo anotado presuponga un juicio anticipado acerca de la acreditación del tipo penal de prevaricato por omisión**, es evidente para la Sala que **un Fiscal**, con las cualificaciones y experiencia ostentadas por RTA, tenía que advertir que **si no se obligaba**, tal cual adujo el funcionario que acudió a la audiencia de legalización del allanamiento, **imponer alguna medida cautelar al bien** (ya el procesado contaba con la información atinente a que la diligencia se fundó en buscar armas y que en el sitio operaba una tienda, lo que justificaba la presencia del dinero), para el caso, en cuantía de más de dieciocho millones de pesos, **era necesario hacer la devolución del mismo**.

Que no lo haya hecho, y que solo haya alegado la omisión de ese acto procesal casi tres meses después de ocurrida la aprehensión del dinero, informa de un actuar cuando menos ajeno a su función, sin que nada justifique seguir en poder de la alta suma.

[...]

De otro lado, es importante resaltar que, **aunque se mencionaron las armas en la constancia expedida por el acusado, respecto de éstas no se advirtió ninguna ilegalidad en su incautación o la legalización, pese a encontrarse en las mismas condiciones del dinero**. Por el contrario, como ya se explicó, esos elementos fueron objeto de comiso en la sentencia condenatoria proferida en contra de BAMR, **refutando lo dicho en la constancia respecto a que esa figura resultaba jurídicamente imposible**, dada la no legalización de la incautación.

Además de lo señalado, es importante añadir que **la falsedad se ve exacerbada** por la alusión a que la no legalización ocurrió *“por razón de fuerza mayor”*.

En este sentido, **RT argumentó que** resultaba *“evidente”* que **la alusión a la fuerza mayor había sido un error**, no un actuar doloso de su parte. **Esta aseveración** es problemática y **no puede ser de recibo para la Sala**, por las siguientes razones:

**Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito están en la base de la formación de cualquier abogado**. El concepto de fuerza mayor es importante para el estudio de las teorías acerca de la responsabilidad, desde las diferentes especialidades jurídicas, y su adecuado manejo es esencial para el ejercicio de cualquier oficio,

**pero especialmente para aquellos que buscan la atribución de resultados antijurídicos, como es el caso de los fiscales**.

Lo anotado, para significar que **no es posible**, dentro de límites adecuados de razonabilidad, **alegar un simple error respecto de la constancia** en la cual, precisamente, el funcionario busca explicar por qué permaneció tanto tiempo en poder del dinero, en tanto, huelga reseñar, **la explicación debería operar**, necesariamente, **dentro de límites jurídicos o fácticos**, de lo cual surge que, al considerar trascendentes los segundos, de ninguna manera podía el procesado aducir los primeros, dada su innegable diferencia.

Nada explica, así, por qué el procesado debería, sin soporte ninguno, referirse a una fuerza mayor que, por lo demás, dada su amplitud, bien poco termina señalando en torno de la razón concreta que generó el amplio lapso en poder del dinero.

Se repite, si de verdad el funcionario consideró que la supuesta falta de legalización de la incautación había generado alguna especie de cuello de botella que ocasionó completa inactividad con relación al dinero incautado, pues, sencillamente, así lo habría consignado en la referida constancia, en lugar de remitir a una fuerza mayor completamente ajena al caso.

En este sentido, ya dentro del plano material, es lo cierto que los documentos públicos gozan de presunción de autenticidad, para efectos jurídicos, mientras que, desde una perspectiva práctica, generan cierto tipo de confianza en las manifestaciones que se efectúan. La constancia del 26 de octubre de 2009 cuenta con el sello de la Fiscalía General de la Nación, está elaborado en un formato de la entidad pública y es firmada por quien se identifica como el fiscal 13 de la unidad 76 de Buenaventura, Valle.

**Consignar la ocurrencia de una fuerza mayor como causa que justifica la no realización de una actividad** a la que el servidor público estaba obligado, **bastaría para generar efectos jurídicos lesivos**, no solo respecto de los intereses de la administración de justicia, sino de quienes eran titulares del dinero que, específicamente en ese momento procesal, se determinaban como sus legales propietarios.

Entiende la Sala, aunque el tópico se precisará al momento de examinar el delito de concusión, que la razón por la cual el funcionario expidió la constancia de contenido falso en cuestión,

estriba en la necesidad de justificar la razón por la que –sin soporte legal para ello- permaneció en poder del dinero por un lapso bastante amplio, a la espera de hacer efectiva su solicitud concusionaria.

**Aquí radica el dolo del actuar contra derecho**, en tanto, verificado que, en efecto, dentro de un plano objetivo, el escrito oficial consigna evidentes falsedades y, además, resulta lesivo del bien jurídico tutelado, **lo allí consignado no opera fruto de alguna suerte de lapsus del acusado**, sino de su directo **conocimiento de la mendacidad y voluntad dirigida a materializarla**.

La conclusión es, entonces, diametralmente opuesta a la propugnada por la sala mayoritaria del Tribunal, pues la existencia del contenido espurio y la autoría de RT en la confección de la certificación, emergen evidentes y **obligan a la Sala a** revocar el proveído de primera instancia para, en su lugar, **emitir condena por el delito contra la fe pública**.

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Cargos alternativos: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Cargos alternativos: la fiscalía no puede imputarlos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Cargos alternativos: resultan contrarios a los fines de la imputación / **DERECHO DE DEFENSA** - Se vulnera / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Tipicidad objetiva: requiere integrar la descripción típica con la norma que impone el deber funcional

[...] el fundamento del señalamiento hecho en contra de RT, por el delito en comento, yace en que, después de su incautación, la suma de dinero hallada en la residencia de BAMR fue puesta a disposición de este funcionario, quien no solo asumió un rol de garantía frente a los intereses de la administración de justicia, sino respecto de los derechos del mismo ciudadano que, en ese entonces, fue destinatario de la acción penal.

**En la acusación** se puso de presente que **el señalamiento por esta conducta se hacía sobre la base de tres hipótesis**, referenciadas expresamente como **alternativas** y conjuntas: primero, **que RT omitió pedir en audiencia preliminar**, ante el juez de control de garantías, la suspensión del poder dispositivo; segundo, **que prescindió devolver el valor incautado**,

previo a la presentación del escrito de acusación, y, tercero, **que retardó compulsar copias para el inicio de la acción de extinción de dominio** correspondiente.

[...]

En la providencia SP2042 de 2019 (rad.51007), al estudiar los “*fines que cumple la imputación en el modelo procesal previsto en la Ley 906 de 2004*”, esta Corporación hizo la siguiente apreciación:

**Por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos**, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto o estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal o en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad o para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues **lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes**.

**Presentar hipótesis factuales alternativas resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación**, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

Este postulado interpretativo emerge trascendente para el caso de autos, en la medida en que es indicativo de cuáles deben ser las bases de la imputación fáctica para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Retomando el asunto concretamente sometido al conocimiento de la Corte, nótese que **la Fiscalía propuso tres alternativas fácticas distintas como presupuesto de la pretensión punitiva del Estado**. Estas hipótesis fueron el derrotero del ejercicio de los interrogatorios cruzados ejercidos en el juicio, también se incluyeron en el planteamiento de los alegatos de cierre y,

finalmente, se detallaron en el recurso de apelación.

Para la Sala resulta evidente que **el ente de persecución llegó al juicio** iniciado en contra de RT, **sin una verdadera convicción acerca de cuál es la obligación, asociada con el ejercicio de sus funciones como fiscal**, que fue **omitida o retardada**, de la que se debería derivar el juicio de reproche. Esta incertidumbre tiene dos implicaciones concretas que impiden, desde cualquier perspectiva, el éxito de la teoría del caso del ente de persecución.

De un lado, **el planteamiento de hipótesis alternativas de omisión punible representa una grave lesión para el ejercicio del derecho a la defensa.**

Al imputarse el delito de prevaricato por omisión, **la Fiscalía tiene la obligación** de definir de manera expresa y clara **cuál es el hecho o actividad que debió ejecutar el acusado y no hizo**, acorde con un específico apartado normativo que le impone esa actuación. Se torna indispensable para el destinatario de la acción penal, poder determinar, concretamente, en qué momento se materializó la falla y cuáles son los presupuestos jurídicos que imponían determinada actividad, a fin de explicarla, justificarla o demostrarla en su concreción efectiva.

[...]

Para el caso, **la Fiscalía debió precisar en lo fáctico y jurídico, qué**, dentro del contexto ex ante de lo hasta ese momento actuado y recogido probatoriamente, **es lo que debió haber adelantado el Fiscal**, con remisión expresa a la norma que obligaba un tal comportamiento procesal o judicial.

Porque, **si el ente acusador no tiene claro cuál era la actividad obligada** de realizar por el procesado (legalizar la incautación, enviar el dinero a la Oficina de Extinción de Dominio o devolverlo a sus poseedores, desde luego, en el entendido que no se trataba de actuaciones sometidas, por virtud de la ley, a su mero arbitrio), no solo deja de lado precisar cuál era la norma que imponía del funcionario un definido actuar, despojando al tipo penal del elemento normativo que por remisión allí se consagra, sino que **torna en abstracto y especulativo el punible de prevaricato por omisión**, ante la imposibilidad de despejar cuál es la hipótesis que demostrará en juicio.

Finalmente, se entiende que **la fiscalía acusa al funcionario de una total inacción**, se reitera, en abstracto, **que obliga de éste demostrar por qué no hizo nada, en lugar de ocuparse aquella por verificar qué debió haber realizado.**

El ejercicio de imputación fáctica y de adecuación típica no puede ser accidental, por lo que **no se puede permitir a la Fiscalía que plantee escenarios abstractos e inespecíficos** de ejecución u omisión punibles, **a la espera de que**, practicadas las pruebas, **la judicatura encontrará acreditada alguna de las alternativas que fueron propuestas.** Por el contrario, del ente de persecución se demanda una adecuada delimitación de los presupuestos fácticos y jurídicos de la acción penal, que, de un lado, justifiquen la intervención de última ratio del derecho penal, y, del otro, permitan al acusado defenderse de los señalamientos que se hacen en su contra.

[...]

Ahora, la segunda implicación de esta indeterminación fáctica de la acusación es que, en últimas, **la Fiscalía incurrió en una ineludible contradicción** al establecer las tres hipótesis de punibilidad, de cara a la naturaleza del delito de prevaricato por omisión.

Recuérdese que, como se dijo al comienzo de este acápite, atribuir el comportamiento en cuestión no solo demanda la demostración de la obligación omitida o retardada, sino que se exige acreditar que el sujeto activo era consciente de cuál era su deber y de manera voluntaria se abstuvo de cumplirlo, en desmedro del bien jurídico de la administración pública.

En ese sentido, **el planteamiento de una teoría del caso imprecisa supone reconocer que la Fiscalía no sabía cuál era la obligación que de manera concreta tenía RT** luego de que fuese incautado el dinero hallado en el lugar de residencia de BAMR; este desconocimiento, ciertamente, tiene repercusiones favorables para el hoy acusado.

Ahora, **al plantear hipótesis fácticas disímiles, la Fiscalía omitió realizar el ejercicio demostrativo que, individualmente, cada una de ellas demandaría:**

[...]

Por esta razón, **la absolución por el delito de prevaricato por omisión será confirmada.**

Inicio

**3. FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO  
- Consumación: se comete al interior del país**

El delito de favorecimiento de contrabando se realiza en el territorio nacional después de que las mercancías han sido ingresadas por contrabandistas desde el exterior.

Al resolver un recurso de casación la Sala realiza varias precisiones sobre el delito de *favorecimiento de contrabando* y determina sus diferencias con el de *contrabando*, entre ellas la más importante, su acaecimiento en suelo patrio, por lo que no le es computable, para términos de la prescripción, la causal señalada en el inciso 7° del artículo 83 de la ley 599 de 2000.

**SP3077-2021(54699) del 21/07/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

**RESUMEN DE LOS HECHOS:**

El día 22 de junio de 2006, siendo las 5:30 horas, en el aeropuerto de Lebrija (Santander), FAC, llevaba en una maleta negra oro italiano, avaluado en la suma de CIENTO TREINTA MILLONES DE PESOS (\$130.000.000), elementos que fueron sustraídos de la intervención y control aduaneros y que fueron detectados por la Policía Aeroportuaria al pasar por la máquina de rayos X detector de metales y al solicitar la documentación respectiva a FAC, no se presentó ninguna documentación que justifique el transporte de la mercancía.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PRESCRIPCIÓN** - Delito iniciado o consumado en el exterior: Término a tener en cuenta

Según el artículo 83 del Código Penal, **la acción prescribe en un término igual al de la pena máxima de prisión establecida para el delito**, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 20.

En algunos casos especiales, como los descritos en los incisos 2 a 7 ibidem, **aquel plazo se extiende** en distintas proporciones, uno de los cuales es **“cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior”** que presupone un incremento de la mitad (inc. 7).

Ahora bien, el acto de formulación de la imputación interrumpe el término extintivo y, por ello, a partir de este momento se contabilizará tan solo la mitad sin que, en todo caso, pueda ser inferior a 3 años ni superior a 10 (arts. 292 C.P.P. y 86 C.P.).

Y, una vez proferida la sentencia de segunda instancia “se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años” (art. 189 C.P.P.).

**PRESCRIPCIÓN** - Los Actos procesales subsiguientes son nulos

Es causal de casación el “*desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes*” (art. 181.2 C.P.P.).

**Los actos procesales constituidos después de prescrita la acción penal son inválidos** porque, para ese momento, **el Estado ha perdido el poder para investigar y juzgar el delito** (potestad punitiva). Esa irregularidad es, por sí misma, trascendente y **no puede sanearse por los principios de instrumentalidad, protección y convalidación**, pues extingue por completo la facultad jurisdiccional de ejecutar actuaciones procesales destinadas a castigar las conductas ilícitas. Por ende, **la única decisión viable es la preclusión**, según lo prevé el numeral 1 del artículo 332 del C.P.P.

**CONTRABANDO** - Consumación: su desarrollo tiene lugar parcialmente en el exterior / **FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO** - Delito autónomo respecto al de contrabando / **FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO** - Consumación: se comete al interior del país / **PRESCRIPCIÓN** - Favorecimiento de contrabando

En el caso bajo examen, **FACP fue juzgado por el delito de favorecimiento de contrabando**, cuya pena de prisión para la época de los hechos (año 2006) tenía un límite máximo de 90 meses (7.5 años), según el artículo 320 del C.P., modificado por las leyes 788/2002 y 890/2004.

Al respecto, como bien lo explicó la sentencia impugnada, no resulta aplicable, por virtud del principio de favorabilidad, la posterior Ley 1762/2015 (art. 6) que estableció para el delito una pena más gravosa (hasta 10 años) si, como ocurrió en el evento juzgado, el valor de la mercancía objeto de la conducta punible (\$130.000.000) superaba los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2006 (\$81.600.000).

**La audiencia en que se formuló imputación a FACP se realizó el 4 de abril de 2013**, razón por la cual el 4 de enero de 2017 habían transcurrido 45 meses -mitad de la pena máxima de prisión-, sin que se hubiese dictado la sentencia de segunda instancia; es más, ni siquiera había concluido el juicio oral. En consecuencia, conforme a la regla general establecida en el artículo 83, **la acción penal habría prescrito en la última de tales fechas** y las actuaciones procesales subsiguientes serían inválidas.

Sin embargo, **el Tribunal confirmó la negativa a declarar la extinción de la acción penal**, solicitada por el defensor, **por considerar que** el término ordinario de prescripción (90 meses) debía aumentarse en la mitad (90+45=135) teniendo en cuenta que **la conducta de favorecimiento de contrabando inició en el exterior**. Por ende, el fenómeno extintivo se configuraría 67.5 meses (135/2) después del acto de imputación, o sea, el 19 de noviembre de 2018, lo que no alcanzó a suceder porque tres días antes se profirió la sentencia de segunda instancia.

[...]

El artículo 320 del Código Penal, modificado por las leyes 788/2002 y 890/2004, vigente para la

época de los hechos, **describía el favorecimiento de contrabando** así:

*El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía **introducida** al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses ....*  
(...).

La Ley 1762/2015 modificó esa norma, en lo fundamental, para, primero, expandir el ámbito del supuesto típico mediante la inclusión de otros verbos rectores alternativos (embarcar, desembarcar y ocultar) y de un ingrediente normativo relativo a la introducción de las mercancías al país («*que se **hayan ingresado** a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera*»). Y, segundo, para establecer un régimen sancionatorio diferenciado dependiendo de si el valor del objeto material sobrepasa o no los 200 s.m.l.m.v.:

*El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que **hayan sido introducidas** al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años ....*

*Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, ...*

(...).

**El favorecimiento de contrabando**, como su sola denominación legal ya lo indica, **es una conducta típica íntimamente relacionada con la básica de contrabando**, que está consagrada en el artículo 320 del C.P. y consiste **en importar** «*mercancías al territorio colombiano*» en cuantía superior a los 50 s.m.l.m.v., o exportarlas «*desde él, por lugares no habilitados*», u ocultarlas,



disimularlas o sustraerlas de «la intervención y control aduanero».

O, en los términos de la posterior Ley 1762/2015 (art. 6) **realiza contrabando quien introduce** o extrae mercancías del valor antes indicado «al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente» y también quien las oculta, disimula o sustrae «de la intervención y control aduanero», o las ingresa «a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera».

El delito de **favorecimiento de contrabando presupone**, entonces, **la ocurrencia de un contrabando** porque recae sobre mercancías **que fueron ingresadas** al territorio nacional de este modo ilícito. En otras palabras, el contrabando es una conducta subyacente en la de favorecimiento, de modo similar a lo que ocurre, por ejemplo, con la *receptación* (art. 447), el *lavado de activos* (art. 323) o el *enriquecimiento ilícito de particulares* (art. 327) frente a las respectivas actividades delictivas originarias.

Pero, en todo caso, son comportamientos típicos distintos y autónomos como bien lo explicó la sentencia C-191/2016 [...]

[...]

Debido a las disimilitudes entre los referidos tipos penales, la Corte Constitucional concluyó en esa ocasión que el trato punitivo diferenciado al contrabandista y al mero favorecedor del contrabando no violaba el principio de igualdad.

Siendo así, las conductas punibles previstas en los artículos 319 y 320 del C.P. presentan características típicas diferenciadoras como las que se refieren, precisamente, a las circunstancias temporales y espaciales de su comisión: **el favorecimiento de contrabando sucede a este último (tiempo)** y, en ese orden, **se realiza en el territorio nacional después** de que las mercancías **han sido ingresadas** por contrabandistas -desde el exterior- con infracción de la regulación aduanera (espacio).

En síntesis, el delito de favorecimiento de contrabando se entiende realizado (consumado o, por lo menos, iniciado) en el lugar -y tiempo- donde el agente «posea», «tenga», «transporte», «almacene», «distribuya» o «enajene» la «mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de

*la intervención y control aduanero*». **Una interpretación que anticipe ese ámbito espacio temporal del tipo desconoce garantías intangibles del debido proceso como la legalidad de los delitos y la responsabilidad por los propios actos** (art. 29 Cons. Pol.).

En este proceso, se investigó y juzgó a FACP porque el 22 de junio de 2006, en el aeropuerto de Lebrija (Santander), transportaba oro italiano avaluado en \$130.000.000.00, «elemento[s] que fue[ron] sustraído[s] de la intervención y control aduaneros y que fue[ron] detectado[s] por la Policía Aeroportuaria al pasar por la máquina de rayos X detector de metales y al solicitar la documentación respectiva ..., no se presentó ninguna ... que justifique el transporte de la mercancía».

En esa relación de hechos jurídicamente relevantes, consagrada en la acusación y acogida en la sentencia condenatoria, se define de manera clara e inequívoca que la acción calificada como favorecimiento de contrabando (transportar mercancía sustraída de la intervención y control aduanero), **se habría iniciado y consumado en el municipio de Lebrija** (Santander). Es decir, **ningún comportamiento acaecido por fuera de las fronteras nacionales fue atribuido** y tampoco alguna participación en la eventual -previa- introducción ilegal al país del metal precioso.

Recuérdese que, la conducta punible se considera realizada «en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción» (ámbito espacial: art. 14, num. 1, C.P.) y «... en el tiempo de la ejecución de la acción ..., aun cuando sea otro el del resultado» (ámbito temporal: art. 26 ibidem). Y, en el caso bajo examen, se reitera, **la única acción favorecedora de contrabando imputada al acusado («transportar») se desarrolló el 22 de junio de 2006 en territorio colombiano**.

Como antes se indicó, **la sentencia de segunda instancia** -en igual sentido la de primera- consideró que el favorecimiento de contrabando siempre inicia en territorio extranjero porque así sucede con el delito fuente, aquél es «un eslabón más en el contrabando» o, en otras palabras, «hace parte de la cadena del contrabando que tiene su génesis en el exterior». Por ello, **resolvió aplicar al caso la cláusula especial de prescripción contemplada en el inciso 7 del artículo 83 del C.P.**

La premisa de la consecuencia jurídica anotada presenta los siguientes errores:

- **Es contradictoria** porque la **sentencia reconoció que el delito de favorecimiento de contrabando** (art. 320) **es autónomo**, distinto al subyacente (art. 319); pero, **al tiempo, afirma que el lugar y tiempo en que este inicia son, indefectiblemente, los mismos** que para aquél.

- Se funda en razones criminológicas, como las referidas a los distintos eslabones de la macrodelincuencia detrás del fenómeno del contrabando, olvidando por completo que la tipicidad de la conducta punible analizada no contiene la exigencia de inicio o consumación en el exterior y, por el contrario, prevé que el objeto material está conformado por mercancías que han sido introducidas ilegalmente al país.

- Y, por último, **desconoce que la acusación definió con absoluta claridad que la conducta atribuida a FACP se realizó, desde su inicio hasta su consumación, en un municipio colombiano** (Lebrija-Santander); ni siquiera de manera parcial en el extranjero.

[...]

En conclusión, si el Tribunal reconoció que el favorecimiento de contrabando es un delito autónomo, que el único motivo de la aplicación del inciso 7 del artículo 83 sustantivo es que el contrabando inicia en el exterior, y que los actos favorecedores aquí juzgados sucedieron en el Departamento de Santander; la conclusión necesaria es que **la conducta** de favorecimiento imputada a FACP **tuvo lugar, en su integridad, en el territorio colombiano.**

Por ende, **la aplicación del término ampliado de prescripción resulta injustificada** y, según las razones antes expuestas, por completo indebida.

**Conforme a lo ya expuesto, la acción penal prescribió** el 4 de enero de 2017, según las cuentas efectuadas en el numeral 4.4.2; no obstante, después de esa fecha se continuó el juicio oral y, luego, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia. Por ende, **se incurrió en una irregularidad que es trascendente e insubsanable porque el Estado había perdido la potestad** para seguir juzgando a FACP por favorecimiento de contrabando.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

#### Inicio

#### **4. FRAUDE PROCESAL - A través de incorporación de información no cierta en concurso de méritos**

**Aunque la conducta que se analiza se encuentra incluida dentro del título XVI del Código Penal que tipifica los delitos que atentan contra la eficaz y recta impartición de justicia, también puede cometerse cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones en el marco de cualquier actividad administrativa y no solo judicial**

Al resolver una impugnación especial, la Sala recuerda que el fraude procesal busca no solo la protección de la actividad judicial, sino de la administración pública en general, ara el caso también aplica cuando se pretende influir en los resultados de concursos de méritos a cargo del Estado (Consejo Superior de Carrera Notarial), como lo son los de notarios públicos de carrera.

**SP4701-2021(54750) del 06/10/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

## RESUMEN DE LOS HECHOS:

EFM, LAVA, WMD, JAMF y SMCC radicaron solicitud de inscripción de la obra “Manual de Registro del Estado Civil de las Personas”, editada en el año 2006, ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, lo que efectivamente sucedió. Como consecuencia, el 23 de febrero de 2007 dicha entidad les expidió el correspondiente certificado que los acreditaba como autores de la mencionada obra.

Con el propósito de obtener cinco puntos adicionales, los procesados presentaron dicha certificación ante la Universidad de Pamplona, entidad encargada de la logística del concurso público y abierto convocado, mediante el Acuerdo 001 del 15 de noviembre de 2006, por el Consejo Superior de la Carrera Notarial para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial.

Posteriormente se estableció, mediante experticia pericial, que el Manual tenía una reproducción, sin las debidas citas, del 36.1% de la «Cartilla del Registro Civil de las Personas», publicada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en el año 2003, sin autorización de su creador AHAP.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**FRAUDE PROCESAL** - Elementos: elemento normativo (sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley) / **FRAUDE PROCESAL** - Momento de consumación / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Medio fraudulento / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta: no requiere para su estructuración el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley

[...] la **finalidad del sujeto activo** es la **obtención de una sentencia o resolución contraria a la ley**. Esto quiere decir que, el fundamento material de punición estriba en el quebrantamiento del principio de legalidad, el cual, en tanto pilar del Estado de Derecho, es el referente fundamental para determinar la compatibilidad de las relaciones jurídicas con el ordenamiento.

La **conducta descrita se perfecciona en el momento en que el sujeto activo** -no calificado-, a través de un medio fraudulento, **pretende**

**inducir en error a un servidor público** con el inequívoco objeto de lograr que éste profiera una decisión contraria a derecho.

Si bien, **la materialización del delito no requiere que el propósito perseguido por el agente sea alcanzado, sí es necesario que el medio fraudulento utilizado por aquél para lograr la inducción en error del funcionario sea idóneo**, es decir, que tenga la potencialidad de conseguir ese fin.

[...]

[...] para que se configure el delito, cuyo objetivo es la consecución de una declaración [judicial o administrativa] ilícita, el actor ha de desplegar una conducta inductora en error, cifrada en **valerse de un instrumento mendaz o engañoso**, esto es, que entrañe un contenido material falso, **apto para provocar en el servidor público una convicción equivocada**, que puede ser determinante para que resuelva el asunto en la forma como se ha buscado.

Pero tal idoneidad, desde luego, debe valorarse en abstracto, pues siendo un **delito de mera conducta y de peligro**, la realización del fraude procesal no depende de la producción de un resultado concreto, **sino de la potencialidad** de éste para lograr una definición contraria a la ley.

**FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: la administración pública, tanto judicial como administrativa / **NOTARIO** - Naturaleza de su función / **FRAUDE PROCESAL** - A través de incorporación de información no cierta en concurso de méritos

Como sustento de una eventual atipicidad de la conducta, en primer término, sostuvo que, en el presente caso se efectuó un inadecuado juicio de subsunción normativa, en razón a que, con el actuar de los procesados no se vulneró el bien jurídico tutelado, manifestación que también fue invocada por la apoderada que representa los intereses de JAMF, por cuanto los hechos por los cuales la Fiscalía General de la Nación realizó la imputación no tuvieron lugar en ninguna actuación judicial o administrativa. Todo giró en torno a la puntuación que los procesados recibieron dentro del concurso citado y la respectiva conformación de la lista de elegibles en atención a dicha calificación, actos que nada tienen que ver con un proceso judicial.

Frente a este aspecto de discordia, es del caso aclarar a los profesionales del derecho, que tal aseveración ya se encuentra superada por esta Corporación en abundante y reiterada jurisprudencia, que se repite en esta oportunidad, donde se ha establecido que **aunque la conducta que se analiza se encuentra incluida dentro del título XVI del Código Penal que tipifica los delitos que atentan contra la eficaz y recta impartición de justicia, también puede cometerse** cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones **en el marco de cualquier actividad administrativa** y no solo judicial.

Lo anterior, en razón a que la Sala tiene decantado que esta infracción tutela de manera amplia, la administración pública, en cuanto **el sujeto pasivo definido es todo servidor público**, y, adicionalmente, al incluir el legislador como uno de los ingredientes normativos el acto administrativo, **puede recaer sobre cualquier actividad estatal en la que se profiera**.

[...]

[...] **el desconocimiento de la máxima de legalidad afecta la función pública, tanto en la faceta de administrar justicia como en el ámbito administrativo en general**, bien sea poniendo en efectivo peligro la concreción de la legalidad en las decisiones o lesionándola con la producción de una determinación contraria a la ley, debido a la inducción en error de la que es objeto el funcionario decisor.

En el presente caso, como se indicó en la decisión del Tribunal, **si bien la presentación de la documentación se hizo ante servidores de la Universidad de Pamplona**, entidad que hizo el análisis para asignar los puntajes correspondientes, también lo es que, **todo el accionar logístico desarrollado tenía una finalidad y un destinatario, el Consejo Superior de Carrera Notarial, ente integrado por altos dignatarios del Estado**, cuya tarea final era conformar las listas de elegibles para el nombramiento de los notarios del país en carrera. Lo que conllevaba, como lo ha señalado la Corte Constitucional, **el ejercicio de la función notarial que no es más que, el ejercicio de una autoridad, por cuanto comporta el desarrollo de una atribución del Estado**, esto es, la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública.

**FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: la administración pública, tanto judicial como administrativa / **NOTARIO** - Naturaleza de su función / **FRAUDE PROCESAL** - A través de incorporación de información no cierta en concurso de méritos / **FRAUDE PROCESAL** - A través de la aducción de una obra literaria no propia como si lo fuera completamente / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR** - Plagio: el plagio de una obra que ha plagiado otra no hace atípica la conducta

Como se ha establecido hasta este momento hay hechos que están probados y no generan discusión en este caso. **Los aquí implicados, como aspirantes inscritos en la convocatoria para el nombramiento de notarios en propiedad**, efectuada por el Consejo Superior de Carrera Notarial, a través del Acuerdo 1 de 2006, **a fin de obtener cinco puntos adicionales para quienes acreditaran la autoría o coautoría en una obra en el área de derecho**, allegaron un certificado de registro que los acreditaba como autores de la obra «*Manual de Registro Civil de las Personas*», expedido, el 23 de febrero de 2007, por la Dirección Nacional de Derecho de Autor .

Igualmente, se conoce que, de un lado, la Fiscalía General de la Nación considera que en este caso **se configura el punible de fraude procesal porque el mencionado registro fue expedido con información no cierta** suministrada por los procesados a la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Así mismo, que **el elemento normativo, medio fraudulento**, que se exige para que se configure este punible, **es el mencionado registro**, principalmente porque **el referido Manual es un plagio en 36.1% de la obra «Cartilla del Registro Civil de las Personas», publicado por la Registraduría Nacional del Estado Civil**, cuyo autor es AHAP. De otro lado, la defensa centra su argumentación en que demostró que no hubo plagio porque, de una parte, la Cartilla no es original, dado que ella es copia de varias obras, y de otra, que se trata de una compilación normativa, en los dos eventos, no hay protección de derechos de autor.

[...]

Pues bien, al contrastar los enunciados fácticos fijados en la sentencia impugnada y las conclusiones a las que arribaron los litigantes y la delegada de la Procuraduría -como no apelante-, la Sala encuentra que **el fallador de segundo grado no erró al considerar**, sin

dubitación alguna, **la existencia del medio fraudulento**, siendo éste, el registro como autores del «Manual de Registro Civil de las Personas», obtenido por los procesados, de fecha 23 de febrero de 2007 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Así las cosas, para la Sala, de la misma forma como lo entendieron la delegada del ente acusador y el Tribunal Superior de Bogotá, el medio fraudulento resulta palpable en el actuar de EFM, LAVA, WMD y JAMF, pues **se valieron del registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor para hacer pasar como suyo, un libro que, en realidad, no es cien por ciento de su autoría.**

Y es que **el dictamen de RO es digno de credibilidad por la seriedad del trabajo y lo notorio que resulta el plagio**, pero además, porque no obstante los ataques de la defensa –en cuestionar la originalidad y autoría de la «Cartilla»- y, que el mismo, al igual que el también perito LFAR, haya aceptado que por la carencia de conocimientos en derecho, no le fue posible establecer cuáles de los apartes de la obra, eran transcripción de preceptos legales, logra determinar, de manera clara, que **a pesar de la existencia de otros textos -anteriores a la obra de AP-**, que también abordan el Registro Civil de las personas, **ésta tiene su propio estilo** –en la forma de organización y de presentación de la información y de las normas- que denomina como neutro, y **que fue el plasmado de manera exacta -copiado-**, en el «Manual de Registro Civil de las Personas». Muestra de ello se constata con la siguiente confrontación.

[...]

[...] **esta transcripción comparativa deja sin sustento la alegación** de que, por tratarse de una compilación de normas, los peritos estaban en imposibilidad de establecer, cuándo se trataba de una reproducción normativa o cuándo se estaban haciendo comentarios, por desconocer el campo del derecho, pues en este recuento histórico de la reglamentación que ha existido en nuestro país en materia de registro civil, **se evidencia que en estas páginas el Manual es una copia idéntica de la Cartilla, incluidos errores gramaticales**, por lo tanto, se considera que la evaluación de los peritos fue acertada.

Adicionalmente, concuerda la Sala con la apreciación del citado profesional, cuando refiere que la transliteración hecha no es una

coincidencia, porque **además de la forma, también se duplicó gran parte de la presentación** de la «Cartilla del Registro Civil de las Personas» **que había hecho ALMA BEATRIZ RENGIFO, como Registradora Nacional del Estado Civil de la época**, esto es, tres párrafos completos -los dos iniciales y el quinto- y fragmentos de otro -el inicio del sexto- y, este solo hecho, estructura el plagio y **deja entrever en los procesados su intención malsana**, dado que su redacción elaborada por una sola persona y en el Manual **ni siquiera cambiaron la forma como se había dirigido al lector** -de singular a plural-, ni la estructura sintáctica, semántica y el sistema de puntuación. Lo que se constata así:

[...]

[...] **no resulta acertado, con el argumento de una posible falta de originalidad de la obra objeto de plagio** –propia del delito de violación a los derechos morales de autor-, **concluir la ausencia de copia para desestimar el fraude**, cuando el testigo fue enfático y reiterativo en sostener que, **así se determinara que la «Cartilla del Registro Civil de las Personas» tuviera apartes plagiados de otros textos y autores, cuenta con una organización textual que la hace original frente al «Manual de Registro Civil de las Personas»**, y que fue esto lo que se habría replicado en el último.

[...]

**Los anteriores apartes no son transcripciones de leyes o decretos sino comentarios** a la normatividad, **siendo indudable la copia del documento**, tanto en la forma como su contenido, en el que se identifica: **la estructuración temática, un estilo de redacción, la utilización de mayúsculas, de minúsculas, uso de abreviaturas o incongruencias entre artículos, sustantivos y formas verbales.**

No obstante lo expuesto, **la Sala no puede desconocer que la bancada de la defensa probó que la Cartilla contenía copia de varios documentos**, fuentes originales a los que no se hizo referencia, **pero** tal como se ventiló en el juicio y el ad quem acogió, **aun cuando la Cartilla haya sido copia de otros textos**, en parte o eventualmente en su totalidad, **esto no impide predicar que se está frente a un plagio**, porque **plagiar una obra copiándola y que se haga una segunda copia por otra persona, no**

hace desaparecer el plagio, pues este sigue existiendo.

**PERITO** - Idoneidad / **DERECHOS DE AUTOR** - Ámbito de protección / **DERECHOS DE AUTOR** - Diferencia entre reproducción y compilación de normas / **DERECHOS DE AUTOR** - Compilación de normas: labor intelectual que posee derechos de autor / **DERECHOS DE AUTOR** - Reconocimiento de obras jurídicas

La defensa de MD sostiene que la segunda instancia desestimó el dictamen de la perito LCRT, sin desvirtuar seriamente su contenido, su desarrollo y sus conclusiones. **La Sala considera que, durante su testimonio, la perito realizó una serie de afirmaciones, que independientemente de su formación académica, mostraron un absoluto desconocimiento de la producción intelectual jurídica y en materia de derechos de autor, por ello sus criterios son desestimados en esta providencia.**

**Por ejemplo, entre varias de sus afirmaciones, identificó la labor de compilador con la facultad que tiene cualquier persona de reproducir las leyes del país; igualmente afirmó que, la actividad de compilador no constituye un trabajo intelectual que tenga protección de derechos de autor, lo cual no es cierto. La reproducción de las normas, la puede hacer una persona en ejercicio de una facultad, solamente se necesita tener un interés o hacerlo con una finalidad y disponer de los medios técnicos necesarios, no requiriéndose conocimiento jurídico alguno. El trabajo de compilador, dependiendo de la clase de compilación, conlleva, entre muchas acciones, la selección de un tema; conocer y estudiar la producción normativa en el área; analizar la normatividad; estudiar la vigencia, derogatoria o modificaciones de las normas; la realización de comentarios o anotaciones de diversa índole, doctrinarios, jurisprudenciales, históricos, etc. Es decir, el ejercicio de la compilación en el campo jurídico conlleva un conocimiento del derecho y un ejercicio intelectual. Trabajo que en caso de materializarse en alguna forma o documento tiene protección de derechos de autor.**

La Sala, en reciente pronunciamiento SP887-2021, 10 mar. 2021, rad. 52344, con base en los principios que rigen los derechos de autor, precisó respecto a las compilaciones normativas:

[...]

*Esa condición de obra intelectual no se disipa por la circunstancia de tratarse, como se afirma por el demandante, de una compilación normativa, en tanto se reconoce allí un esfuerzo creativo relacionado con la organización y fundamentación de unos conceptos en torno al tema atinente al menor trabajador, sobre el cual sus autores presentaron una visión de la problemática desde la perspectiva normativa. Para ello, obviamente, debían valerse de las distintas normas expedidas en torno al asunto tratado, lo que implicó de suyo una selección, clasificación y depuración del cuerpo normativo, lo cual le imprimió un sello de originalidad que se materializó en un ensayo en el que se plasmó la idea tutelar del trabajo presentado para optar el título de abogados en la Universidad Simón Bolívar.*

Además, la perito calificó toda forma de producción de compilación jurídica como textos institucionales impersonales, que no presentan novedades, que no son obras y, por lo mismo, no pueden ser plagiados. **Criterios que están alejados de la realidad.** Muestra de ello es el Manual publicado por los procesados, el que se elaboró con un interés particular y un criterio personal sin un interés institucional. Desconoce la perito criterios decantados por nuestra jurisprudencia; igualmente, **ignora la riqueza conceptual que aporta la doctrina al desarrollo del derecho, con debates intelectuales que pueden limitarse a un artículo.**

**FRAUDE PROCESAL** - Dolo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisión, procedimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: derecho a la confrontación / **DERECHOS DE AUTOR** - Deber de citar: responsable / **DOLO** - Demostración

[...] el defensor de LAVA refiere la ausencia de dolo o tipicidad subjetiva en el actuar de su representado y en el de los demás compañeros de causa, por la aceptación de responsabilidad que hiciera ante una notaría, el editor de la obra, BMS, en la omisión de las citas de las fuentes que sirvieron de base para la elaboración del libro cuestionado.

[...]

[...] se repite, la conducta por la que se procede es la de **fraude procesal**, la cual requiere como

elemento de estructuración la comprobación de la **existencia de un medio mendaz**, capaz de desviar el sano juicio del servidor público, para tomar una decisión contraria a la ley, en favor de quien despliega el comportamiento.

De entrada, debe decirse que tal manifestación tampoco tiene vocación de prosperidad, por los planteamientos que a continuación se realizan.

De una parte, porque **la Sala considera que la mencionada declaración de responsabilidad autenticada ante una notaría debe excluirse** por haber sido admitida en audiencia preparatoria y leída en juicio, **obviando por el juez de primera instancia, los requisitos y el procedimiento que debía aplicarse a un documento con características de prueba de referencia**, puesto que **las partes estuvieron en imposibilidad de ejercer contradicción de su contenido**. Para esta judicatura, la argumentación del ad quem es contradictoria y errada al considerar que, aunque el elemento probatorio fue admitido y allegado al juicio de forma ilegal procedía su valoración en conjunto con los restantes medios de prueba allegados al juicio, al haber sido decretado en la audiencia preparatoria sin oposición de los sujetos procesales.

De otra parte, porque **el litigante aduce que el aspecto que se concibe engañoso, no lo es**, en la medida que **la omisión** que se les atribuye **fue de un tercero** que estuvo a cargo de la edición del «Manual de Registro Civil de las Personas», pero contrario a ello, **le asiste razón al ad quem, cuando señaló** que los elementos de convicción obrantes en la actuación -prueba testimonial de la defensa-, determinan **que era al creador de la obra a quien le correspondía consignar las fuentes y las citas de los textos utilizados**, así existiera un acuerdo previo con una persona ajena [editor].

Efectivamente, los expositores CACB y ESVP, de manera concordante, indicaron que **la labor de MS, como editor, se circunscribía a la estética o apariencia del texto, la revisión y corrección de ortografía**, por cuanto, **cuando el trabajo llega a sus manos, debe encontrarse terminado**.

En el mismo sentido, **no se puede aceptar**, como lo pretende la abogada de MF, quien también intenta demostrar la inocencia de su representado por este hecho, **que por la no incorporación del documento** contentivo de la

concertación [**contrato**], entre los procesados y MS, **se puede colegir que, además de corregir los errores de redacción y de estética requeridos por el «Manual», también tuviera que poner las citas y fuentes**. Por el contrario, **tal afirmación desnaturaliza el trabajo del editor**, y da lugar a que se piense que los que aparecen como autores, no lo son, dado que como lo señalaron los testigos, quienes realizan la obra, son los que saben cuáles fueron los textos y autores consultados.

Ahora bien, **tampoco resulta plausible sostener que, con el acápite de la bibliografía, se podía suplir tal omisión**, como igualmente lo plantean los apoderados de MF y MD, en razón de las llamadas citas indirectas a que hace alusión el perito de la Fiscalía JERO, ya que las mismas no suplen las anotaciones sobre los textos transcritos, pero sí, como lo indicó el mismo perito, queda la sensación de querer hacer pasar como suyo algo que no lo es [...].

[...]

[...] a juicio de la Sala, y en atención a lo citado, **así se hubiese consignado dentro de las referencias bibliográficas el texto de AHAP, ello no desvirtúa la existencia de plagio**, pues se debe revisar la totalidad de la obra, como se hizo en el presente caso, lo cual dio como resultado la comprobación de este hecho, ya que **desde la misma introducción del Manual se observa la copia de fondo y de forma**, repitiéndose el actuar en diferentes partes de la obra, no tratándose de la reproducción de normas, como atrás quedó en evidencia.

## **DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR**

- Coautoría: lo son todos quienes se atribuyen la titularidad de la obra

Dando paso a los argumentos de disenso de la defensa de JAMF, tenemos que, adicionalmente a los ya resueltos, cuestiona a la Colegiatura de segundo grado por haber desconocido los testimonios de MNDR y SEAG, personas que dicen haber observado que la única participación que tuvo el procesado en el Manual cuestionado, fue la elaboración del acápite llamado «Cuestionario de preguntas» y, el mismo no fue extraído de la «Cartilla del Registro Civil de las Personas», porque ésta no contiene un título similar.

A juicio de la Sala, las declaraciones citadas, al igual que otros elementos de prueba señalados en párrafos anteriores, no revisten relevancia alguna para derribar el fallo que se ataca, pues retomando el criterio de los expertos que integran el acervo probatorio, **por tratarse de una obra colectiva no es posible identificar cuáles son los aportes de cada uno de los creadores**, por tanto, **todos, sin exclusión alguna, son responsables del plagio que en ella se presente.**

Lo anterior, se encuentra plenamente acreditado en el juicio, pues **en la documentación de solicitud del Registro de la obra y en el mismo documento**, expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, **no se especifica a alguien como autor de un aparte de la obra**; así mismo, **el reconocimiento del puntaje que solicitó el procesado MF al ente de la Carrera Notarial no fue por una sección de la obra sino por toda.**

#### **DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR**

- Plagio: originalidad de una parte de la obra no incide en la tipicidad de la conducta

[...] el apoderado de WMD, expone también los siguientes motivos de inconformidad con la sentencia del 23 de junio de 2018:

Sostiene que, si se acepta que el 36,1% del Manual de los implicados corresponde a una copia de otra publicación, el 63,9% restante es un texto nuevo susceptible de protección de los derechos de autor, en vista del esfuerzo intelectual que contiene.

Efectivamente, tal como lo señala el abogado, si la obra de su representado y los demás compañeros de causa exhibe algún porcentaje que sea de su creación, es susceptible de protección frente a terceros, **pero**, a pesar de ello, **esta situación solo sería atendible frente a las posibles reproducciones indebidas, sobre la misma.** Por tanto, no se entiende cuál es la finalidad de tal afirmación, si ello resulta irrelevante para el asunto que se atiende.

La reglamentación de la carrera notarial no establecía la posibilidad de presentar obras en parte originales y en otra plagiadas o la Dirección Nacional de Derecho de Autor no establece que se registra y se reconocen autoría de obras en esas condiciones.

Además, **el objeto de discusión aquí no reside en si el Manual con la parte plagiada puede ser**

**objeto de protección de derechos de autor o no**, pero, ese argumento va en contravía de lo alegado por integrantes de la defensa, según lo cual, la falta de originalidad de unos apartes de la Cartilla le hizo perder la protección de derechos de autor.

**FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta: no requiere para su estructuración el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley / **FRAUDE PROCESAL** - Tipicidad objetiva: se configura

En cuanto al señalamiento referente a que la conducta punible carece de tipicidad objetiva y de antijuridicidad material porque el procesado MD no requería de la puntuación por haber presentado simultáneamente dos obras o certificaciones, entonces el acto administrativo expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, por el cual se integró la lista de elegibles, no es contrario a la ley.

Se recuerda que, **el delito de fraude procesal es un tipo penal, que**, si bien conlleva de manera implícita la intención de obtener una determinación irregular, **no depende de que el resultado se produzca, sino de la potencialidad del medio -engañoso- utilizado para lograrlo.** Entonces, **así el procesado no hubiera necesitado de la puntuación adicional** otorgada por el «Manual de Registro Civil de las Personas», para hacer parte de los escogidos a cargos de notario ofertados, dada la alta calificación obtenida en el examen de conocimiento y/o los demás aspectos tenidos en cuenta para ello o, porque su puntuación finalmente sería la misma tras la acreditación de la presentación de otro texto jurídico - «Fundamentos para establecer el Divorcio del Matrimonio Católico en Colombia»-, **con la sola radicación del documento expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor**, que lo señalaba como autor del Manual, **se configuró dicha conducta punible** enrostrada, no siendo necesaria la asignación del puntaje pretendido, pues con dicha actuación se determinó su propósito de engañar al servidor público y de obtener una resolución favorable contraria a la ley.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**



Inicio

## 5. JUSTICIA TRANSICIONAL - Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Con motivo del fallo de Casación la Sala estudia el cumplimiento de los requisitos especiales determinados en el Decreto 2601 de 2011, reglamentario de la Ley 1424 de 2010, para los desmovilizados de las antiguas Autodefensas que no tenían poder de mando. Subsidiariamente analiza la procedencia de la figura a través de los requisitos ordinarios y oficiosamente la legalidad de la pena.

Para esto último, la Sala recuerda la obligación del juez de motivar de manera particular el sustento que debe acompañar la dosificación punitiva cuando el sentenciador decide alejarse del mínimo de pena dentro del cuarto elegido.

**SP3805-2021(57836) del 18/08/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

### RESUMEN DE LOS HECHOS:

De conformidad con los fallos de primera y segunda instancia, DLPQ perteneció al Frente Vencedores del Sur, Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), con operación en los municipios de Sabana y Santa Rosa (Santander); organización criminal en la que militó cumpliendo funciones de “*informante*” y/o “*campanera*”, reportando información acerca de los vehículos que llegaban a ciertos puntos de la zona, actividad por la que recibía remuneración de \$ 500.000.00 pesos mensuales.

Su desmovilización se produjo el 27 de enero de 2006, luego de 14 meses de militar en dicha agrupación ilícita.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**JUSTICIA TRANSICIONAL** - Normatividad / **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena de carácter especial: su aplicación preferente no implica que el desmovilizado sólo tiene derecho a ese subrogado (Ley 1424 de 2010) / **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Aplicación preferente: Ley 1424 de 2010, aplicación del régimen ordinario opera en forma subsidiaria

Del régimen ordinario de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

Como ya lo dilucidó la Sala en pretérita oportunidad, apoyada también en algunos apartes de la sentencia C-771 de 2011 de la Corte Constitucional, **la existencia del régimen especial y preferente de beneficios para desmovilizados** de las Autodefensas Unidas de Colombia, **no lleva aparejada la exclusión del régimen ordinario dispuesto por el Código Penal para el otorgamiento de subrogados**. Lo que tampoco implica, la posibilidad de mezclar las exigencias de uno y otro régimen, por cuanto ello vulneraría el debido proceso.

La aplicación del régimen ordinario **opera en forma subsidiaria**, “*cuando el incumplimiento de los requisitos de rigor impide la concesión de los beneficios especiales (transicionales)*”.

**JUSTICIA TRANSICIONAL** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena de carácter especial: su aplicación preferente no implica que el desmovilizado sólo tiene derecho a ese subrogado (Ley 1424 de 2010) / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando la condena sea por concierto para delinquir agravado

[...] confrontadas las premisas fácticas demostradas, con la normativa ordinaria citada y que rige para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, **igualmente se concluye que para el caso de DLPQ, no concurren los presupuestos exigidos tanto por la norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento, como tampoco, aquellos**

**introducidos con la modificación incorporada en el año 2014.**

En primer término, no cumple con la primera condición del artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, al superar la pena impuesta los 3 años o 36 meses de prisión.

Y en segundo lugar, **tampoco satisface las exigencias** introducidas a través de la Ley 1709 de 2014 (artículo 29), porque si bien la pena impuesta de 38 meses no supera los 4 años de prisión, al verificarse el tercer requisito, sí lo contraviene, **al estar incluido el punible de concierto para delinquir agravado en el catálogo de delitos contenidos en el artículo 68A del Código Penal** (modificado también por la citada Ley 1709) y que prohíbe la concesión de subrogados a los condenados, entre otros delitos, por el punible contra la seguridad pública mencionado.

Al igual que se consideró con los presupuestos establecidos por el régimen especial analizado, tratándose de las condiciones exigidas por el legislador a través del artículo 63 del Código Penal para acceder a este tipo de beneficios, éstas son concurrentes, siendo por ello equivocado lo conceptuado por el Procurador Delegado, quien obvió lo dispuesto en el numeral 3° ibídem.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, **DLPQ no reúne**, tampoco, **los presupuestos para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena** a través del régimen ordinario, esto es, ni a través del artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, ni a través de la norma posterior que lo modificó.

Los cargos no prosperan.

---

**CASACIÓN OFICIOSA** - Principio de legalidad de la pena / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Dosificación punitiva: gravedad de la conducta / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Motivación: carga argumentativa que debe cumplir el fallador si decide apartarse de la mínima sanción / **DOSIFICACION PUNITIVA** - El juez debe considerar la gravedad de la conducta para determinar si impone el mínimo o el máximo / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena

**El proceso de individualización de las penas principales de prisión y multa** no fue objeto de reproche a través del recurso extraordinario interpuesto. Sin embargo, revisado éste por la

Sala, se concluye que el mismo **vulneró el principio de legalidad de las penas**, garantía fundamental que constitucionalmente rige para todo procesado.

Si bien la Juez de primera instancia fundamentó el proceso de individualización de la pena siguiendo los parámetros reglados por los incisos 1 y 2 del artículo 61 del Código Penal, esto es, fraccionando el ámbito punitivo en los cuartos a que hace referencia la norma y seleccionando aquél de menor rango en atención a la ausencia de atenuantes y agravantes, **prescindió de una correcta e integral ponderación de los aspectos prescritos por el inciso 3 ibídem** para determinar la pena.

Como se deduce del proceso argumentativo citado en el acápite de "*Trámite procesal y decisiones de instancia*", correspondiente a la tasación de la pena en el fallo de primera instancia, **la juzgadora de primer grado**, ciertamente, a través de un discurso genérico acerca de una **gravedad implícita en todo grupo criminal** para el bien jurídico de la seguridad pública y de una mención de los elementos que constituyen toda acción dolosa, así como también, tomando en consideración una cualidad propia del tipo penal del concierto para delinquir, como lo es la perdurabilidad en el tiempo, se apartó del mínimo de la pena establecida en el cuarto de movilidad previamente seleccionado (72 meses y 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes – SMLMV–), **fijando la pena en 76 meses de prisión** y 2900 SMLMV.

**Tratándose del proceso de individualización de la pena regulado concretamente en el inciso 3° del citado artículo 61, el legislador impuso al juzgador**, en garantía de la legalidad y proporcionalidad de la sanción, **la carga de construir un proceso argumentativo que justifique la pena a imponer en cada caso concreto**, y que en todo caso, **debe ir más allá de la simple indicación de que se trata de una conducta grave**, que afectó determinados bienes jurídicos y que se realizó con la voluntad y el conocimiento de que la misma era constitutiva de infracción penal, y que por lo mismo existe una necesidad del cumplimiento de los fines de la pena.

Para ello, el funcionario judicial, de considerar ajustado apartarse del límite mínimo del ámbito de movilidad seleccionado, **debe remitirse al caso particular** objeto de juzgamiento y **con base**

**en la conducta individualmente demostrada, precisar, justificar y/o motivar**, más allá de la genérica descripción típica del delito, **cuáles son esas circunstancias que dejan al descubierto**, en concreto, **esa mayor intensidad en la gravedad de la conducta** y que llevan al contrario, a incrementar la pena; cuál ha sido ese daño (real o potencial) causado y su trascendencia; las cualidades singulares de las causales que agravan la punibilidad (si las hay); y finalmente, **las peculiaridades que develan de manera inminente un dolo intenso** y que hacen necesaria la pena.

En el sub-índice, **habiendo sido la procesada un integrante raso** de las Autodefensas Unidas de Colombia, organización en la que **única y exclusivamente cumplió tareas de “campanera”**, dando aviso a otros integrantes de los vehículo que arribaban a ciertos puntos de la zona dominada por el frente al cual pertenecía; que **nunca utilizó armas de fuego**, ni las tuvo a su cargo; que **no participó de otros hechos delictivos**; y finalmente, que **ingresó al grupo ilegal motivada por su pareja sentimental** que ya pertenecía a la asociación criminal, **no encuentra la Sala razones de peso para imponer una sanción más allá del límite mínimo** fijado por el legislador, dentro del cuarto mínimo del ámbito de movilidad de la pena acertadamente seleccionada por el a-quo, esto es, 6 años de prisión y 2000 SMLMV de multa. Como la procesada tiene derecho a la rebaja del 50% por aceptación de cargos, la pena final a imponer quedará en un total de tres (3) años de prisión y mil (1000) SMLM vigentes al momento de comisión del último acto del delito juzgado (27 de enero de 2006).

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se modificará igualmente, quedando por el mismo periodo de la pena privativa de la libertad.

Así las cosas, evidenciada la vulneración a la garantía fundamental de la legalidad y proporcionalidad de las penas, la Corte casará de oficio y parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de modificar la pena impuesta, para en su lugar condenar a DLPQ a las penas principales de tres (3) años de prisión y mil (1000) SMLM vigentes para el año 2006.

---

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia /

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo

**Como consecuencia de la redosificación aquí realizada** y teniendo en cuenta los presupuestos consagrados por el **artículo 63 original de la Ley 599 de 2000**, referidos al inicio de estas consideraciones, DLPQ se hace acreedora del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, toda vez que:

- la pena de prisión impuesta no excede los 3 años y

- de conformidad con la información allegada a la actuación, los antecedentes personales, sociales y familiares de la sentenciada, así como la modalidad y gravedad del delito por el cual ha sido juzgada, son indicativos de la no necesidad de la ejecución de la pena.

En efecto, de conformidad con la resolución de 27 de mayo de 2015, DLPQ, no sólo culminó exitosamente la ruta de reintegración, adelantando satisfactoriamente cada uno de los segmentos del plan de trabajo que la componen, sino que también, de acuerdo con la información remitida al Juzgado de primera instancia por la Agencia Colombiana para la Reintegración, ejecutó igualmente actividades de servicio social con la comunidad y carece de antecedentes judiciales y disciplinarios.

Además, de conformidad con documentación referida por la Agencia arriba mencionada en resolución de 18 de abril de 2016, DLPQ, luego de culminar la ruta de reintegración y/o desde diciembre de 2007, se domicilió en [...], ciudad donde **ha trabajado de manera lícita** como secretaria y estilista, haciéndose cargo de sus dos menores hijos, situaciones que acreditó a través de declaraciones ante notario, referencias laborales y personales, contratos de trabajo y su cédula de identidad como extranjera, de la República de [...].

Adicionalmente, la modalidad y gravedad del delito por el cual declaró su responsabilidad, tal como se analizó en precedencia, permiten concluir prescindibilidad de la pena.

Así, no existe en la foliatura, acreditación de situación alguna que impida afirmar que la procesada incumple con el segundo de los presupuestos exigidos por el artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, para ser beneficiaria de la suspensión de la ejecución de la pena, la cual se otorgará por un periodo de tres (3) años, previo

pago de caución prendaria por el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la suscripción de diligencia de compromiso en los términos reglados por el artículo 65 ibídem.

Transcurridos noventa (90) días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, sin que la procesada comparezca ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, este deberá proceder de conformidad como lo ordena el artículo 66, inciso

segundo, del Código Penal, procediendo a ejecutar en forma inmediata esta sentencia.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## Inicio

### **6. LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Improcedencia de rebajas punitivas del artículo 199 de la Ley 1098: para su aplicación es necesario que el acusado conozca al momento de los hechos que la víctima era un menor de edad**

Al resolver una demanda de casación la Sala ratifica la prohibición de conceder beneficios penales a los condenados por delitos contra menores de edad, de acuerdo al artículo 199 de la Ley 1098, sin embargo, ratifica el requisito de conocimiento de la minoría de edad del sujeto pasivo al momento de cometerse el delito, por parte del victimario, para que se pueda aplicar esta prohibición.

**SP3955-2021(59206) del 08/09/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

El 7 de diciembre de 2017, aproximadamente a las 10:25 p.m., en la vía pública, sector de la [...] de la capital del país, DFLT, de 17 años de edad, portando un arma blanca, despojó de su teléfono celular a FACC y emprendió la huida.

FA, junto con JJRF, persiguió al joven y logró quitarle el puñal. Sin embargo, unos menores que acompañaban a DFLT rodearon al primero, recuperaron dicho elemento y aprovecharon para

arrebatarle la chaqueta y la gorra, al tiempo que DFLT volvió a agredirlo. Instantes después, FA tomó de nuevo el arma y con ella embistió a DFLT hasta dejarlo herido en el piso.

FACC y JJRF fueron capturados más adelante por miembros de la Policía Nacional y DFLT, pese a ser trasladado al hospital de Kennedy, falleció al día siguiente

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Improcedencia de beneficios y mecanismos sustitutivos / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Prohibida en la legislación nacional / LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Improcedencia de rebajas punitivas del artículo 199 de la Ley 1098: para su aplicación es necesario que el acusado conociera que la víctima era un menor de edad**

El Código de la Infancia y la Adolescencia prevé, en el artículo 3, que, para efectos de su aplicación, son titulares de derechos todas las personas menores de 18 años.

En el Título II, Capítulo Único, que se ocupa sobre los «*Procedimientos Especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos*», está ubicado el precepto 199 [...].

[...]

**Su literalidad no ofrece duda en torno a que, cuando se esté ante la comisión de los delitos de «homicidio o lesiones personales, bajo modalidad dolosa, los atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro», se restringe**

**cualquier concesión de subrogados o sustitutos penales si la víctima es menor de edad.**

Ahora, **aunque podría entenderse que la mentada prohibición es plenamente operante solo con la constatación objetiva de la minoría de edad** del sujeto pasivo de la acción penal, **lo cierto es que no es así.**

En efecto, **en el derecho penal está proscrita la responsabilidad objetiva** o la responsabilidad por la mera producción del resultado. Por ende, para aplicar la referida restricción normativa **es forzoso comprobar que el sujeto activo tenía conocimiento previo sobre esa minoría de edad** o que ella era evidente o fácilmente constatable.

**De no verificarse ello, su empleo es manifiestamente equivocado.**

[...]

**Los antedichos fundamentos jurisprudenciales se predicán, igualmente, frente a la proscripción del artículo 199** en comento, relacionada con la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena y libertad condicional, así como la prisión domiciliaria.

Por consiguiente, al funcionario judicial le corresponde examinar la situación concreta a efectos de constatar si el inculcado tenía el conocimiento previo o potencial de la edad de la víctima. De allí que, si no se comprueba esa conciencia en torno a que se estaba atentando contra la vida e integridad de un menor de edad, la referida limitante no puede operar y la situación habrá de analizarse a la luz de las disposiciones contenidas en el Código Penal.

**VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Aplicación indebida: se configura / **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Falta de aplicación: se configura / **EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES** - Prohibición del artículo 199 de la Ley 1098: no aplica cuando se desconoce la minoría de edad de la víctima

[...] **el Tribunal**, al examinar las razones esgrimidas por el a quo para dar por probada la circunstancia de agravación punitiva endilgada a

CC, tuvo por acreditadas tales circunstancias, esto es, **que el acusado no conocía la minoría de edad de la víctima** y que **tampoco era posible que la infiriera en razón a la contextura y fuerza** de DFLT.

Sin embargo, **al ocuparse sobre la suspensión de la ejecución de la pena** y la prisión domiciliaria, **decidió negarlas por razón de la restricción objetiva** establecida en el precepto 199 de la Ley 1098 de 2006.

Ese **razonamiento**, además de ofrecerse **claramente contradictorio**, constituye una **afrenta directa a la ley sustancial por aplicación indebida** del canon 199 en comento, derivada de su inadecuada interpretación, y la consiguiente **exclusión de los artículos 63 y 38B del Código Penal.**

[...]

Por ende, la Sala casará parcialmente la sentencia de segunda instancia, en el sentido de excluir la negativa de conceder a CC los «*subrogados y sustitutos*», por virtud de la aplicación objetiva del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Requisitos para concederla / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - (Ley 1709): arraigo, análisis / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Sustitutiva de la prisión: procedencia

[...] lo procedente es entrar a verificar si se reúnen las condiciones establecidas en los cánones 63 y 38B del Código Penal para la concesión de la **suspensión de la ejecución de la pena** y la prisión domiciliaria de CC.

En lo que corresponde con la primera, **la Corte la negará porque en el sub examine no se cumple el primer requisito normativo**, en tanto la pena impuesta al enjuiciado supera los 4 años de prisión.

En lo que atañe con la **prisión domiciliaria**, se tiene que la norma autoriza el reconocimiento del sustituto siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

*Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*

*Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*

*Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

En el caso de la especie, **la pena mínima** de prisión prevista para el delito cometido es de 66.66 meses, esto **es, menor de 8 años.**

De otra parte, **la conducta no se encuentra inscrita entre las señaladas en el artículo 68A del Código Penal.**

Ahora, frente al **arraigo**, que se relaciona con la existencia de un **vínculo objetivo del sentenciado con el lugar donde reside**, lo cual puede acreditarse con distintos medios cognoscitivos, entre otros, **tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades**, la Sala advierte que esas circunstancias sí pueden predicarse de CC.

En efecto, aunque durante el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el Juez impidió que el defensor descubriera las condiciones personales y sociales del implicado, pues en su intervención lo interrumpió tras afirmar que la prohibición del canon 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia es «una presunción iure et de iure, es decir, de derecho, que no admite prueba en contrario, entonces, no genere ese debate porque

*no viene al caso»*, lo cierto es que, del plenario, se pueden extraer.

Su lugar de residencia, ocupación, estudios y teléfono, fueron exteriorizados de viva voz por el inculcado en la audiencia preliminar; así mismo, él reveló en juicio, cuando decidió renunciar a su derecho de guardar silencio, no haber tenido inconvenientes judiciales con anterioridad y, adicionalmente, se tiene que, antes de su aprehensión por razón de este proceso, residía con su esposa e hijo de 15 meses de edad, tal como lo consignó el perito psicólogo, FVT, en la evaluación y entrevista que le hiciera al procesado.

A partir de lo anterior y toda vez que no se cuenta con información que permita deducir que colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que eludirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, es notoria la procedencia de la prisión extramural de que trata el artículo 38B del Código Penal.

Para tal efecto, FACC deberá garantizar, mediante caución juratoria, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el numeral 4° del precepto 38B.

El acta de compromiso respectiva la suscribirá ante el Juzgado del conocimiento y se comunicará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC del lugar donde quedará recluido domiciliariamente para lo de su cargo.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

Inicio

## **7. MOTIVACIÓN - Constituye deber de la judicatura resolver los problemas jurídicos que se someten a su consideración**

Al resolver un recurso de apelación contra la negativa de invalidar un allanamiento a cargos, la Sala ratifica el deber del juez de resolver cada una de los motivos de impugnación propuestos por el recurrente, de no hacerlo se violan garantías que determinan la nulidad del fallo.

**AP4541-2021(59902) del 29/09/2021**

**Magistrado Ponente:**

**GERSON CHAVERRA CASTRO**

**RESUMEN DE LOS HECHOS (por la relatoría):**

En ejercicio de sus funciones como Juez 4º Laboral del Circuito de Barranquilla el doctor ALNI falló varios procesos contra el Patrimonio Económico de Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el Instituto de los Seguros Sociales (ISS), donde se reconocieron emolumentos que no debían pagarse por haber sido cancelados oportunamente, no tener el derecho o haber hecho tránsito a cosa juzgada a favor de Colpensiones y el ISS.

la Sala resuelve el recurso de apelación contra la negativa de nulidad del allanamiento a cargos efectuado por el procesado.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**DECISIONES JUDICIALES** - Motivación: debida argumentación, garantiza los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, impugnación y doble instancia que hacen parte del debido proceso / **MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES** - Requisitos / **DECISIONES JUDICIALES** - Defectos de motivación: modalidades, ausencia absoluta, motivación incompleta o deficiente, ambigua, ambivalente o dilógica, motivación sofisticada, aparente o falsa

El primer postulado, entraña singular importancia, pues se relaciona con la **adecuada motivación de las providencias** judiciales, como **deber legal de los funcionarios**, en tanto corresponde a una garantía fundamental inherente al debido proceso, misma consagrada a favor de las partes e intervinientes, con el fin que a partir de la exposición clara e íntegra de los argumentos de orden fáctico, jurídico y probatorio, su sustento permita el ejercicio pleno de contradicción como componente del derecho de defensa.

[...]

[...] el artículo 162 de la Ley 906 de 2004 determina los requisitos que deben contener las sentencias y los autos, entre otros: la **fundamentación fáctica, probatoria y jurídica** con indicación de los motivos de estimación y desestimación originados en el debate, así como la decisión frente a la solicitud invocada, en **términos claros y concretos** que permitan su eventual control posterior.

De tal manera, la motivación de las providencias es una actividad sensible en el proceso, **cuyos**

**defectos**, sin duda, **repercuten en los derechos y garantías de los intervinientes**, sin que nada justifique la restricción derivada de la ausencia de motivos en la determinación, pues no solo socaba el debido proceso, sino además impide el derecho de defensa y limita la posibilidad de manifestar su inconformidad.

[...]

En cuanto a los defectos en la motivación de las decisiones, la Sala ha identificado cuatro significativas situaciones: **(i) ausencia absoluta de motivación**, por no haberse consignado los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya; **(ii) motivación incompleta o deficiente**, configurada cuando el funcionario omitió pronunciarse sobre algunos de los aspectos descritos o dejó de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto, impidiendo saber cuál es el soporte de la decisión; **(iii) motivación ambigua, ambivalente o dilógica**, que tiene ocurrencia cuando el juez recae en contradicciones, involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto de hacer imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa y, **(iv) motivación sofisticada, aparente o falsa**, surge cuando el fundamento probatorio de la decisión no consulta la realidad que exhibe el proceso, construye una realidad diferente y se llega a conclusiones abiertamente equívocas.

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: competencia limitada del superior, asuntos inescindiblemente vinculados, por mandato constitucional también aplica a la Ley 906 de 2004 / **RECURSO DE APELACIÓN** - Competencia limitada del superior: no puede agregar o complementar los argumentos del inferior cuando es evidente la ausencia de motivación

[...] en lo que hace al segundo postulado, esto es, el de **limitación del superior** para desatar la apelación, se constituye, igualmente, en una garantía en favor del sujeto procesal apelante, en la medida en que, conociendo la solución a su pretensión, decide cuestionarla en búsqueda de una reconsideración, en sede de la cual, **el funcionario superior estará atado a los argumentos de censura** y a cuanto a todo aquello que esté inescindiblemente vinculado con ella.

A ese respecto, habrá de indicarse, si bien en el sistema procesal consagrado en la Ley 906 de 2004, no se condensa una norma que de forma específica regule la competencia funcional del superior para resolver el recurso de apelación, en cuanto a los límites del debate fijados en la censura y a los que se relacionen intrínsecamente con su objeto, **tal principio descansa en el contenido del artículo 31 de la Constitución Política**, en virtud del cual, la segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos referidos por el recurrente como oposición, pero **no en el estudio de aspectos no contemplados en el recurso**, salvo advierta la violación de garantías fundamentales que lo obliguen a intervenir para salvaguardarlas.

Esa constituye una barrera estricta frente al ámbito de competencia del superior que, **en modo alguno, podrá corregir, subsanar o enmendar las deficiencias argumentativas del inferior** o ajustar el proceso a la legalidad derivado de la irregularidad, vacío u omisión verificado en el trámite, so pena de afectar la garantía de la doble instancia.

De acuerdo con lo anterior, el marco de la competencia funcional del operador en su quehacer frente al recurso de apelación, está circunscrito al punto apelado, pues ese conforma los claros límites del pronunciamiento que desata la alzada.

[...]

[...] **no se trata de prohibir** al superior exprese **argumentos adicionales** a los señalados por el funcionario de primer grado, sino, que **no debe agregar o complementar los argumentos del inferior** excediendo el principio de limitación, **cuando es evidente la ausencia de motivación**, en tanto quebranta el derecho a la doble instancia, habida cuenta que, **ante la inexistencia de cualquier fundamento fáctico, jurídico y probatorio** en la decisión de primer grado sobre el asunto en cuestión, **se incurre en un vicio de estructura que afecta la validez del trámite judicial**, sólo susceptible de ser reparado por quien omitió cumplir con el deber de resolver y motivar conforme a la propuesta de los sujetos procesales, incluidas todas sus postulaciones.

---

**DECISIONES JUDICIALES** - Motivación: constituye deber de la judicatura resolver los problemas jurídicos que se someten a su

pronunciamiento / **NULIDAD** - Falta de motivación: carencia absoluta de argumentación / **RECURSO DE APELACIÓN** - Competencia limitada del superior: no puede agregar o complementar los argumentos del inferior cuando es evidente la ausencia de motivación

Por considerar absolutamente pertinente de cara a la decisión a adoptar, la Sala debe recordar que, **en el curso de la audiencia de verificación del allanamiento** a cargos efectuado por ALNI, **se solicitó por la defensa se declarara la nulidad de dicho trámite.**

Tal pedimento **lo fundó el defensor en tres presupuestos** a saber: i.) vicio en el consentimiento, por estado de enajenación mental del procesado e intimidación o coacción efectuada por el Fiscal para que éste accediera a la aceptación de cargos; ii.) en la ausencia de prueba mínima para condenar; y iii.) como solución frente a las “irregularidades” del escrito de acusación.

[...]

**El Tribunal limitó el análisis** de la solicitud de nulidad, al problema jurídico que identificó, según el entendido que le dio a la postulación de la defensa, así: *“su prohijado no estuvo bien asesorado en la etapa preliminar de allanamiento a cargos, existen vicios del consentimiento por una supuesta enajenación mental y por coacción psicológica de la Fiscalía”*

[...]

[...] **concluyó inadmisibles la solicitud de nulidad** al allanamiento a cargos efectuado por el imputado NI, en lo que hace a los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por acción, prevaricato por omisión, cohecho por dar u ofrecer y fraude procesal, y así, lo dispuso en la parte resolutive de su determinación.

vi.) Sin embargo, tras advertir que la aceptación de cargos frente al delito de peculado por apropiación, se realizó sin el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, declaró la nulidad parcial del allanamiento exclusivamente frente al referido punible.

vii.) **No obstante, basarse el pedido de nulidad en otros presupuestos**, esto es, la ausencia de prueba mínima para condenar e irregularidades en el escrito de acusación, **tales aristas no se incluyeron en el problema jurídico resuelto** y, por consiguiente, **no fueron objeto de**



**pronunciamiento alguno por parte del Juez Colegiado.**

Por manera que, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla **no hizo pronunciamiento íntegro frente a lo pedido**. Dicho de otra manera, **incurrió en una falta absoluta de motivación**, puesto que, de ningún modo se refirió a los demás factores integrantes de la solicitud invalidatoria y **la resolvió sobre solo una** de las causales argumentadas.

[...]

**No siendo suficiente lo anterior**, se tiene que, a la notificación del referido proveído, **el defensor acudió a los recursos de reposición** y el subsidiario de apelación expresamente: *“en cuanto a la decisión relacionada con el concierto para delinquir, los prevaricatos y el cohecho”*, en cuya sustentación nuevamente argumentó sobre los mismos aspectos, esto es, la ausencia de prueba mínima para condenar. Reiteró enfáticamente los contenidos inicialmente señalados en su propuesta e insistió, por vía de la reposición, se revocara la negativa impartida a su petición de nulidad del allanamiento a cargos frente a los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por acción, prevaricato por omisión, cohecho por dar y ofrecer y fraude procesal, en tanto que, por estar de acuerdo con la declaratoria de nulidad parcial con relación al delito de peculado por apropiación -numeral 2º-, pidió se confirmara.

**A pesar de ello**, se tiene que, **por segunda vez** su pedido fundado en los argumentos reiterados, **el Tribunal** en su determinación expedida el 28 de junio del presente año, **tampoco los tuvo en cuenta, ni subsanó la omisión** cuando respondió la impugnación a la que acudieron el Fiscal y la Representante del Ministerio Público, para solicitar reconsiderara la nulidad parcial decretada frente al delito de peculado por apropiación [...]

[...]

Actuación que, sin justificación **afectó de manera cierta y real las garantías de las partes** a las cuales **les asiste el derecho a una respuesta**. A su vez socavó las bases fundamentales del debido proceso, evidenciando el **incumplimiento de los deberes funcionales del operador de justicia**, quien por mandato constitucional ha de emitir el pronunciamiento

que atienda favorable o negativamente las solicitudes elevadas por las partes.

Tal postura desconoce los lineamientos de los artículos 29. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales ...”* y 229. *“Se garantiza el derecho a toda persona para acceder a la administración de justicia...”* de la Constitución Política;162. *“Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos ...”* y 457. *“Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales...”* de la Ley 906 de 2004, de los cuales se advierte que, el funcionario judicial está llamado a responder de forma clara, precisa e inequívoca las pretensiones de las partes, expresando de manera concreta los fundamentos de la decisión, a efectos de que los sujetos procesal tengan el insumo que les permita disentir o no de la determinación. Lo contrario, sin duda, limita el derecho de contradicción, debido proceso, doble instancia y acceso a la administración de justicia.

[...]

Tal falencia, **se observa estructura una irregularidad sustancial** trascendente al afectar las garantías fundamentales del proceso, por cuanto, ello **impide darle fin al debate propuesto**, en tanto **no es posible en sede de segunda instancia emitir un pronunciamiento sobre las solicitudes soslayadas por el operador de primer grado**, a riesgo de vulnerar el derecho a la doble instancia de la parte con interés en un resultado favorable en su pretensión, como de quienes, de igual manera, se oponen a ella.

Por lo expuesto, tal como viene anunciado, **la Sala decretará la nulidad** del auto adiado 28 de abril de 2021, mediante el cual el Tribunal resolvió la solicitud de nulidad incoado por la defensa del procesado, así como la actuación subsiguiente, **a fin de que el a quo vuelva emitir pronunciamiento que atienda de forma clara, precisa y fundada todos los cargos** sustentó de la petición de invalidación, garantizando así, un adecuado ejercicio de los derechos de contradicción, defensa y acceso a la administración de justicia. Camino a seguir, según reiterado derrotero jurisprudencial de la Corporación, frente a asuntos que comportan problemas argumentativos similares al presente

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## Inicio

### **8. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la Fiscalía para elegir cuál mecanismo utilizar**

Al resolver de manera simultánea un recurso de casación y una impugnación especial, presentados por dos condenados por trata de personas, la Sala recuerda una vez más la manera correcta de utilizar las versiones previas recibidas antes del juicio y las posibilidades que tienen entre otros la fiscalía, pero en lo que se siguen cometiendo errores que no dejan otra alternativa que disponer la absolución, ante la falta de pruebas y la ilegalidad de las presentadas en el juicio.

**SP5102-2021(56323) del 17/11/2021**

**Magistrado Ponente:**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

En el proceso de restablecimiento de derechos adelantado en diciembre de 2010 por el Instituto de Bienestar Familiar de Acacias, Meta, MDCC manifestó que entre 2007 y 2010 fue explotada sexualmente por su madre, MCB.

En el año 2007 llegó del sitio en donde vivía con una de sus tías a la casa de su mamá, quien trabajaba como meretriz en Mariquita, Tolima. Al enterarse que no era virgen, su madre la llevó a varios establecimientos de comercio sexual de la ciudad, y a otros en Guaduas, con el fin de que hiciera striptease y aprendiera lo necesario para ejercer la prostitución.

[...]

ESM, por su parte, fue quien como administrador de "LB" la recibió en Guaduas, lugar al que la llevó P, hermano de V y ESM, quien también le imponía multas y junto a ESM la rotaba en el "Kiosco", en Mariquita, y en "Video Show" en Honda, lugares en los que obtenía recursos que le eran entregados a su madre.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: sólo se consideran como pruebas las

presentadas y debatidas en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como testimonio adjunto, cuando se retracta de manifestaciones previas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la Fiscalía para elegir cuál mecanismo utilizar / **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD** - Se configura / **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

**A través de la prueba se busca la realización de uno de los fines esenciales del proceso penal:** la aproximación racional a la verdad. Ese objetivo **se materializa en el juicio**, no antes, con la prueba que se practica en el debate oral. En ese propósito, la producción de la prueba no es una secuencia de formas, sino un método en el que **la contradicción y confrontación son presupuesto de su legalidad y validez** (AP 5785 del 30 septiembre de 2015, Rad. 46153; SP del 11 julio de 2018, Rad. 50637 y SP del 20 mayo de 2020, Rad. 52045, entre otras).

Eso explica que **los actos de investigación** que se realizan antes de la audiencia oral **solo adquieren el carácter de prueba en la medida que** se descubran en el escrito de acusación, soliciten y sustenten en la audiencia preparatoria y se practiquen en audiencia con contradicción de las partes e intermediación del juez. **Si se pudiera valorar todos los actos de investigación sin respetar el debido proceso probatorio no habría entonces diferencias con el sistema de permanencia de la prueba**, método en el cual se asume que todos los actos realizados después de la apertura de la investigación, e incluso durante la previa, son prueba.

Claro que **hay formas de que actuaciones anteriores al juicio puedan apreciarse como prueba:** en este sentido, **la Sala ha definido** que las declaraciones entregadas por fuera del juicio **pueden ser apreciadas como prueba de referencia admisible** cuando no es posible su práctica en el juicio (artículo 438 de la Ley 906 de 2004) e incluso si el testigo comparece, cuando es menor de edad, **siempre que así se**

**solicite en la oportunidad procesal correspondiente.**

Asimismo ha precisado que declaraciones anteriores al juicio pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

Igualmente -sobre lo que se volverá después al indicar el tratamiento de la jurisprudencia sobre la retractación y el testimonio adjunto—, **pueden ser utilizadas como testimonio “adjunto” a condición de que se cumplan cuatro condiciones:** (i) que el declarante cambie su versión, (ii) esté disponible en el juicio para ser interrogado sobre lo que manifiesta en ese escenario y lo que dijo con antelación, (iii) haya leído o escuchado su declaración anterior, y (iv), según criterio mayoritario de la Sala, medie solicitud de parte interesada para que esa declaración sea incorporada a la actuación para que el juez la aprecie.

En este sentido, ateniéndose a las particularidades del caso, se debe considerar los requisitos y las consecuencias de optar por estas opciones. Así, **si se decide presentar al menor como testigo en el juicio, se debe evaluar, entre otras eventualidades, la posibilidad de que se retracte o cambie la versión,** y tener presente los requisitos para que, ante esa contingencia, la versión anterior pueda ser incorporada como “*testimonio adjunto*”.

Con suficiente ilustración, **acerca de la retractación y el testimonio adjunto como medio para sortear esta posibilidad, la Sala en reciente decisión reiteró lo siguiente:**

“i) se trata de un fenómeno de frecuente ocurrencia en los ámbitos nacional e internacional; ii) naturalmente, solo puede hablarse de retractación o cambio de versión cuando el testigo ha rendido declaraciones anteriores al juicio oral; iii) cuando ello ocurre, la parte tiene la opción de pedir la incorporación de la declaración anterior, a título de “*testimonio adjunto*”, siempre y cuando se cumplan los requisitos que permiten mantener el equilibrio entre las garantías debidas al procesado y la necesidad de proteger los derechos de las víctimas en el ámbito de una justicia pronta y eficaz.

En ese mismo contexto, ha resaltado que **la incorporación de una declaración anterior a título de testimonio adjunto supone lo siguiente:** i) por razones obvias, el testigo debe estar presente en el juicio oral; ii) como el juez no

conoce -ni debe conocer- el contenido de las declaraciones antes de la práctica de la prueba en el juicio oral-, son las partes -especialmente la que presenta el testigo- las que primero detecten el cambio de versión; iii) para ilustrar al juez sobre lo que está sucediendo, se debe demostrar a través del interrogatorio que el testigo se ha retractado o cambiado su versión; iv) hasta ese momento, la declaración anterior no existe como prueba, porque estas versiones, por regla general, solo constituyen actos preparatorios del juicio oral; v) la parte interesada en que se incorpore la declaración anterior a título de “*testimonio adjunto*” debe hacer la solicitud expresa, entre otras cosas, para que la contraparte tenga la oportunidad de oponerse; vi) si el juez decide que es procedente la admisión, debe procederse a la incorporación de la declaración anterior; vi) es requisito esencial que el testigo no solo está disponible físicamente, sino que lo esté para ser contrainterrogado, ya que la posibilidad de ejercer esta faceta crucial del derecho a la confrontación constituye la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto y vii) por tanto, si el testigo no está disponible para ser contrainterrogado sobre lo que testificó en el juicio y lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia, sometida a las reglas ya mencionadas (CSJSP, 25 ene 2017, rad. 44.950; CSJ, 20 mayo 2020, rad. 52.045; CSJSP, 4 dic 2019, rad. 55.651, entre otras).

De todas estas alternativas **la fiscalía no utilizó ninguna** pese a que tenía las posibilidades de confrontar a la testigo acerca de la disparidad entre sus versiones anteriores y lo declarado en el juicio. Sobre sus manifestaciones realizadas en la entrevista dada a la sicóloga judicial, lo expresado en las diligencias de reconocimiento fotográfico y lo aseverado en la vista pública.

[...]

Es evidente que **la fiscalía pretendía** con la declaración de la menor, la entrevista ante la sicóloga y las afirmaciones ante los investigadores en las diligencias de reconocimiento fotográfico, **probar la incriminación que en el juicio habría de exponer MDDC.** Sin embargo, ante el abrupto e inesperado comportamiento de la menor, **no solicitó que se tuvieran las entrevistas como testimonio adjunto,** y lo que es más, **no la interrogó sobre ese cambio inesperado** y con lo

afirmado en la entrevista ante la sicóloga judicial y en la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Seguramente, **contra lo que ha explicado la Corte** sobre estas materias, **el fiscal pensó equivocadamente que no era necesario impugnar la credibilidad de la testigo o solicitar las declaraciones adjuntas**, bajo el equivocado entendido de que bastaba incorporar declaraciones anteriores al juicio de la menor (la entrevista psicológica y el acta de reconocimiento fotográfico) para que el juez las apreciara, como lo hizo el tribunal equivocadamente, incurriendo en un error de falso juicio de legalidad.

En la audiencia en la cual se recibió la declaración de la menor en la que insistió en que no tuvo ningún acuerdo con VMSM para prestar servicios de tratos sexuales en su establecimiento ni con ESM, sino con sus hermano P y con otra persona, **el fiscal en lugar de impugnar su credibilidad se limitó a preguntar si había sido interrogada sobre esos temas por la sicóloga**, pero **no indagó qué le dijo, por qué su versión era distinta y qué la había llevado a cambiarla** [...].

[...]

De manera que **la fiscalía en el directo no empleó las declaraciones anteriores para impugnar la credibilidad, ni solicitó que se las tuviera como testimonio adjunto, o como prueba de referencia admisible**, de modo que, como lo señaló la Sala en la SP del 29 de septiembre de 2021, radicado 59825, desde el derecho a la confrontación, *“la ausencia de incorporación en el momento adecuado, esto es, cuando el testigo está declarando, logrando que de viva voz se refiera a lo expuesto con anterioridad al juicio, implica la privación total de la posibilidad de contrainterrogar sobre los aspectos incriminatorios del testimonio.”*

En últimas, aunque MDDC entregó múltiples versiones por fuera del juicio, **el fiscal no formuló una sola pregunta orientada a establecer cómo fue captada o acogida con fines de explotación sexual**. En ese sentido, **para nada confrontó a la testigo con el contenido de sus anteriores versiones incriminatorias**. En ese contexto, no se habilitó el escenario para contrainterrogar a la testigo acerca de lo expuesto por fuera del juicio oral.

Se insiste: el hecho que con la doctora SO y con el investigador se hubiera incorporado declaraciones anteriores, **no significa que se**

**pueda sin más acudir a ellas** para probar el supuesto fáctico del tipo penal imputado, **dado que no fueron objeto de confrontación** al no haber sido parte del interrogatorio de la menor en el juicio. De manera que **su apreciación significaría hacerle esguinces al debido proceso probatorio** para incorporar subrepticamente pruebas de referencia inadmisibles, consistentes en relatos ofrecidos por la niña a la sicóloga y al investigador judicial que realizó la diligencia de reconocimiento fotográfico.

**Estas apreciaciones** no significan conferirles primacía a las formas o que la aproximación racional a la verdad como finalidad principal del proceso penal ceda a la tramitología procesal, ni que los derechos de los menores no ostenten la reconocida jerarquía constitucional. Por el contrario, **implica asumir que la aplicación del derecho sustancial es legítima si se respeta el método de aproximación a la verdad**. Para eso precisamente se han diseñado alternativas para preservar las garantías del acusado y de la víctima, de todas las cuales la fiscalía ni hizo uso.

**CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda / **DEBIDO PROCESO** - Derecho a presentar y controvertir las pruebas que se allegan en su contra / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: prueba ilícita o ilegal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la Fiscalía para elegir cuál mecanismo utilizar / **TRATA DE PERSONAS** - Demostración: ausencia de prueba

[...] se debe ratificar que el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 dispone que **para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda** acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en juicio. En esta disposición se reafirma la contradicción como presupuesto fundante de la prueba y del conocimiento para condenar -por eso **la prueba debe ser debatida**— y se insiste en la legalidad del procedimiento probatorio al señalar que **solo puede ser apreciada la prueba que es legalmente aducida al juicio**.

De modo que **nadie puede ser condenado sin el debido proceso probatorio**. Ni siquiera la gravedad de la conducta puede ser una excusa

admisible para desconocer garantías o hacerle esguinces al debido proceso probatorio para probar un comportamiento que podía ser demostrado siguiendo las formas del juicio. Esto para reiterar que **la fiscalía pudiendo utilizar adecuadamente las declaraciones anteriores al juicio** de la menor, **desestimó tantas opciones a su alcance creando innecesarios riesgos de impunidad.**

Sobre esas bases se debe precisar lo siguiente:

(i). **A la doctora SO no le consta directamente los hechos** (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Reiteró lo que le manifestó la menor e incorporó la declaración de la niña, la que no fue solicitada como prueba de referencia admisible, ni utilizada para impugnar credibilidad durante el interrogatorio, ni como testimonio adjunto.

(ii). La declaración de la menor consignada en el acta de reconocimiento en fila de personas es jurídicamente una extensión del testimonio. Desde este punto de vista, **el acta no es una prueba en sí misma** a la manera de un documento. Eso por cuanto, como lo ha señalado la Corte, *“en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede contrainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos.”* Por eso **lo que refiera el reconocente se constituye en prueba de referencia, que será admisible si se dan las circunstancias señaladas en el artículo 438** del Código de Procedimiento penal y la parte que la aporta lo pide, **algo que en este caso no sucedió.**

(iii). **Las declaraciones anteriores al juicio no fueron utilizadas por la fiscalía** para impugnar credibilidad, refrescar memoria, ni como prueba de referencia admisible o testimonio adjunto.

Como consecuencia de lo anterior, **la única prueba válida es la declaración de MDDC en el juicio.** A dicho testimonio **el Tribunal** no le dio crédito porque consideró que la verdad está en las declaraciones anteriores -las que presentan problemas de legalidad—, es decir, **sustentó su decisión en declaraciones que no pueden ser apreciadas válidamente.**

**En el juicio oral, MDDC señaló que con VMSM tuvo una relación de empleada a dueño.** De allí y del hecho de que la menor en las declaraciones por fuera del juicio diera detalles sobre su relación como meretriz, del pago y control que

aquel ejercía con el cobro de multas, el Tribunal dio por sentado que en verdad el acusado la contrató en su negocio para ejercer la prostitución.

**Pero esa sola expresión de patrón a empleada,** por fuera del sentido que le confieren las declaraciones por fuera del juicio, **no permite inferir que la relación que subyace en esa expresión indique que haya sido captada por el acusado para prestar servicios sexuales** bajo su mando. En otros términos, **esa alocución por fuera de contexto no dice nada:** no prueba los fines de explotación, porque ese dato es insuficiente para deducir que VMSM haya ejecutado la conducta de trata de personas por la cual fue acusado.

Desde luego que conjugada con declaraciones anteriores, algunos apartes de su versión pueden explicar una realidad y una imputación concreta. Pero separada de las versiones que entregó a la sicóloga y a los investigadores en las diligencias de reconocimiento fotográfico se torna difusa y deficitaria para aproximarse obtener el conocimiento más allá de toda duda para condenar, sobre todo si en el juicio la imputación la enfiló hacia “P”, persona distinta, aun cuando familiar de los acusados.

Además, **al contrario de lo expresado en la diligencia de reconocimiento fotográfico, dijo no reconocer a los hermanos de P, pese a encontrarse en la audiencia. Eso implica que lo manifestado en la aludida diligencia como extensión del testimonio es inútil,** con mayor razón si el fiscal al solicitar la prueba dijo que lo expresado en la diligencia de reconocimiento solo la utilizaría en caso de que la menor no compareciera al juicio.

Existen otros datos probados que pueden dar lugar a pensar que efectivamente VM y ESM incurrieron en la conducta que se les atribuye. Que el primero era el dueño de LB, por ejemplo. Pero eso y que la menor haya reconocido que existía una relación de patrón a empleada, no dice nada respecto de la relación de imputación que se debe establecer entre la conducta y el tipo penal. La única manera de encontrarle sentido es a través de la *“prueba”* que no se puede apreciar.

En esas condiciones **no hay lugar sino a revocar la primera sentencia condenatoria impuesta a ESM y casar la dictada contra VMSM, para en su lugar absolverlo de los cargos que le fueron imputados,** por haberse sustentado la decisión

en pruebas que no fueron legalmente allegadas al juicio.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

**9. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral / DETERMINADOR - Elementos**

**Determinador es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente.**

Al resolver una impugnación especial, la Sala recuerda los requisitos señalados en el Sistema Penal Acusatorio para que la prueba pueda ser considerada como tal y por ende valorada, de igual manera recuerda los elementos que se deben verificar a la hora de analizar el papel del determinador, esto para verificar si en el caso la imputada pudo sembrar en el autor la idea de apropiarse de un dinero escondido en la casa donde este habitaba y que ella no conocía. Al valorar el caso se revoca la decisión de segunda instancia y se absuelve a la procesada.

**SP4813-2021(55836) del 27/10/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

**RESUMEN DE LOS HECHOS:**

El 26 de agosto de 2014, TRH recibió \$17.837.898 por un crédito para adquirir un lote. Como el negocio no se concretó, guardó esa suma, junto con otros dineros producto de su labor de conductor, en el segundo piso de su vivienda ubicada en la [...], de Villa de Leyva (Boyacá).

El 8 de octubre siguiente, advirtió la sustracción de \$10.000.000 de su habitación y, días después, de \$8.000.000. Como los inquilinos del primer piso de la vivienda, compraron para la época una motocicleta cero kilómetros, viajes y ropa, pese a no tener trabajo estable, instaló cámaras en el cuarto que lograron captar a YDSS, ingresando el 29 de octubre de 2014, a las 5:00 p.m. para

apoderarse de \$1.200.000. El total apropiado, según la víctima, fue de \$19.200.000

Por estos hechos, SS fue capturado y condenado, por preacuerdo, en sentencia del 25 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villa de Leyva.

El 16 de octubre de 2015, encontrándose privado de la libertad, YDSS señaló a DGAA como quien lo indujo a cometer el ilícito, pues le contó que en la casa de TRH había un dinero del cual podía apropiarse. Tras tomarlo se lo entregó a ella quien, a su vez, le compró la motocicleta y ropa. Relató, además, que para planear el hurto se reunieron dos veces en la camioneta de AA.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: elementos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisión, procedimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: derecho de confrontación, alcance

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, **se estima como prueba aquel elemento de convicción que, con ocasión del juicio, ha sido producido o incorporado en forma pública, oral y concentrada ante el juez de conocimiento** con la debida observancia de los principios de confrontación y contradicción. De ahí que, según el artículo 379 del mismo cuerpo normativo, el juez debe tener como pruebas únicamente las practicadas y controvertidas en su presencia.

Ahora bien, según el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, prueba de referencia es *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”* Por lo que su admisibilidad procede de manera excepcional.

Sobre los **requisitos que debe reunir un elemento de convicción para ser tenido como prueba de referencia**, esta Corporación señaló:

*“...la prueba de referencia, para ser considerada como tal, debe reunir los siguientes elementos: «(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).»”*

Como caso excepcional que es, la admisibilidad de dichos elementos de convicción se encuentra supeditada a la concreción de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, así como a la observancia que para su decreto, práctica e incorporación ha desarrollado la jurisprudencia especializada.

En ese sentido, en diversos pronunciamientos la Corte ha enseñado, **para poder incorporar una declaración previa en condición de prueba de referencia, la parte interesada debe:** (i) descubrirla, junto con los medios que pretenda utilizar en el juicio para acreditar su existencia y contenido; (ii) solicitar en la audiencia preparatoria sea decretada como prueba de referencia y se disponga la práctica de los medios demostrativos sobre su existencia y contenido; (iii) demostrar alguna de las situaciones que de conformidad con el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 facultan la admisión excepcional de la prueba de referencia; e (iv) incorporar la referida declaración a través de los medios probatorios que para dicho objeto haya seleccionado la parte.

Adicionalmente, en caso de presentarse alguna de las circunstancias excepcionales de forma sobreviniente, esto es, luego de culminada la audiencia preparatoria o durante el desarrollo del juicio, la parte interesada deberá hacerlo saber al juez, debiendo acreditar los presupuestos legales aludidos, ello con el fin de que el cognoscente resuelva sobre su admisibilidad.

En este punto, es pertinente recordar que la Corte en diversos pronunciamientos , ha

precisado que **en 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, **el cual 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.

Es por lo anterior que la ritualidad establecida para la incorporación de la prueba de referencia y el limitado valor persuasivo conferido a este tipo de probanzas (artículo 381-2 del C.P.P.), obedece al interés por menguar el impacto que produce la incorporación de un medio de prueba sobre el cual no resulta posible ejercer con plenitud el derecho de contradicción.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance de las declaraciones juradas y versiones recibidas antes del juicio, para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: alcance

[...] tras auscultar el contenido del acta de la audiencia preparatoria realizada el 30 de enero de 2017, así como los registros audiovisuales del juicio oral, puede advertirse que **ni la fiscalía ni la defensa solicitaron las entrevistas de 31 de octubre de 2014 y 22 de octubre de 2015**, rendidas por DGAA y ARSR, como prueba de referencia.

En efecto, **aunque** desde el escrito de acusación y en la audiencia preparatoria, **el ente investigador descubrió y solicitó la aducción de varias entrevistas rendidas por quienes también fueron llamados a declarar en juicio**, entre ellos, por DGAA, no precisó la fecha de ninguna de esas declaraciones y, en todo caso, **aclaró que limitaría su eventual uso para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad.**

Es por ello que, **en sesión de juicio oral del 31 de julio de 2017, la fiscalía solicitó la**

**incorporación de la entrevista** rendida por AA el 31 de octubre de 2014 **como prueba de referencia**. Sin embargo, con ocasión de los reparos expuestos por la defensa, **la juez negó** la petición. Los motivos: el ente investigador afirmó en la audiencia preparatoria que emplearía la denotada entrevista **solo para impugnar la credibilidad de la procesada** –si acudía para rendir su declaración, y la ausencia de la encartada en la vista pública no se debía a ninguno de los supuestos previstos en el artículo 438 del C.P.P., por los cuales se admitiría, de manera excepcional, la prueba de referencia.

De otra parte, vale aclarar, con **respecto a la entrevista rendida por ARSR** el 22 de octubre de 2015, que **la defensa solicitó la práctica del testimonio de la ciudadana, pero ninguna mención hizo de la citada entrevista**, y en sesión del 29 de agosto de 2017, **la apoderada de la procesada renunció a los testigos citados** que no atendieron el llamado, es decir, no insistió en escuchar a la mencionada testigo **ni procuró la incorporación de su declaración previa como prueba de referencia**.

Por consiguiente, como **las entrevistas del 31 de octubre de 2014 y 22 de octubre de 2015**, rendidas por DGAA y ARSR no fueron solicitadas y, por supuesto, admitidas como prueba de referencia de las declaraciones previas rendidas por las ciudadanas, **carecen de validez en el presente trámite** y no pueden ser tenidas en cuenta por la Corte en el marco de la valoración probatoria.

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: interrogatorio, reglas, consulta de documentos para refrescar la memoria, no implica su ingreso como prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: carácter testimonial, no documental / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, hacen parte del testimonio

Atinente a **la entrevista del 28 de abril de 2015, en audiencia preparatoria la defensa solicitó su incorporación como prueba documental**. En el juicio oral, durante la declaración de YDSS, la abogada requirió fuera exhibida al testigo para refrescar su memoria, a lo que accedió la juez.

Por ello, es del caso señalar que según el artículo 392 de la Ley 906 de 2004, sobre las reglas del

contrainterrogatorio, *“el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio se permitirá a las demás partes el examen de los mismos”*.

A su vez, el artículo 403 del C.P.P. precisa que la credibilidad se puede impugnar con relación a *“manifestaciones anteriores del testigo incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías”*, entre otros supuestos.

Ha sido postura reiterada de esta Colegiatura que **las declaraciones anteriores al juicio por parte del testigo no son incorporadas como prueba autónoma**, ni físicamente (el escrito) ni mediante su lectura integral, cuando se utilizan con la finalidad de refrescar memoria o impugnar credibilidad, con fundamento en el inciso 3° del artículo 347 siguiente, según el cual, **la información contenida en las exposiciones o las declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, no puede tomarse como prueba** *“por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”*.

Asimismo, se ha destacado como **la declaración anterior**, aun cuando haya sido consignada por escrito, **no es prueba documental sino testimonial**. Por ello, **si las entrevistas son descubiertas en el momento pertinente y acceden al debate procesal** en presencia del juez, **por medio de la controversia** surtida a través del interrogatorio y contrainterrogatorio del testigo, su declaración previa **-en lo que de su contenido haya sido público y debatido en el juicio-** se entiende incorporada al testimonio y, en esa medida, **adquiere la calidad de prueba**.

De esa manera se garantiza el cumplimiento de las exigencias constitucionales de publicidad, intermediación, concentración y contradicción, de que trata el artículo 16 del C.P.P., norma rectora del procedimiento, para la validez de cualquier medio probatorio.

En ese orden de ideas, **la Sala advierte que la entrevista rendida por YDSS** el 28 de abril de 2015 fue exhibida al testigo para refrescar memoria e impugnar su credibilidad, por consiguiente, **aquellos aspectos de la declaración previa materia de debate en curso del testimonio** del deponente, **ya hacen parte de este, sin necesidad de incorporar físicamente el escrito**, cual si se tratase de



prueba documental, como lo extraña el recurrente.

\_\_\_\_\_ . \_\_\_\_\_  
**DETERMINADOR** - Concepto /  
**DETERMINADOR** - Elementos /  
**DETERMINADOR** - Inducción /  
**DETERMINADOR** - Dolo: de instigación y de ejecución / **DETERMINADOR** - Dolo eventual: alcance

**El determinador**, según el inciso 2° del artículo 30 del C.P., **es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica**, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente.

Como **elementos concurrentes para su configuración**, esta Corte ha señalado: i) la actuación determinadora del inductor; ii) la consumación o tentativa punible del hecho al que se induce; iii) un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia de dominio del hecho en el determinador y v) el dolo en el inductor.

El primer elemento, **puede presentarse por medio de un mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria** entre el determinador y el autor material del delito. Lo relevante, estriba, en que el **inductor realice una contribución idónea y eficaz para lograr que su receptor tome la determinación de ejecutar el comportamiento lesivo** y lo lleve a cabo, sin llegar al punto de doblegar su voluntad o inducirlo en un error esencial, pues devendría en la figura del autor mediato.

El inducido o autor material debe realizar un injusto típico, consumado o que alcance el grado de tentativa, habiendo acogido nuestra legislación el concepto de **accesoriedad limitada**, en virtud del cual, **la punición del inductor deviene del proceder típicamente antijurídico del autor**, dado que, **la conducta del determinador, por sí sola, no constituye delito**.

**Es preciso**, además, **la existencia de un nexo entre la acción del inductor y el hecho delictivo cometido por el autor**, de manera que este sea el resultado de la influencia del determinador, pues no de otra forma sería posible establecer la efectividad de los medios persuasivos desplegados por el determinador.

**El inductor debe carecer del dominio del hecho**. Es el autor quien ejecuta la conducta a título propio, establece el cómo, cuándo y dónde de la realización típica. Si aquel desarrolla una actividad esencial para concretar la materialización del plan delictivo, no será ya participe sino verdadero coautor del ilícito.

Y, es menester que el inductor obre con conciencia y voluntad inequívoca de generar en el receptor la decisión de cometer la conducta típica, elemento conocido **como el dolo del instigador o dolo dirigido a la resolución** al hecho.

También **ha sido reconocido por la doctrina un segundo dolo en el determinador**, este **dirigido a la comisión del delito** que ha incitado. Es decir, a que el ilícito se materialice en el marco tangencial representado y comunicado por el inductor. De ahí que no se predique la instigación del delito culposo, pues, el inductor conoce y quiere el hecho punible ajeno, también de manera dolosa incita su comisión, por lo que el autor material obra con conocimiento y voluntad de delinquir.

Al respecto, ha precisado Claus Roxin que *“el primer presupuesto de un dolo dirigido a la comisión de un hecho del autor es que el inductor se represente con suficiente precisión o certeza la acción que debe cometerse; pues sólo si se da ese presupuesto su dolo está dirigido a un “hecho”. De ahí se sigue en primer lugar que la incitación a cometer hechos punibles imprecisos, no indicados con más detalle, no es entendible como inducción, ya que en este caso falta un “hecho” concreto al que pudiera haber determinado el inductor”*.

Sobre lo expuesto, precisa el autor en cita, **basta con que el determinador se represente el tipo que el autor debe realizar** y *“las dimensiones esenciales del injusto”*, entendidas como **la medida aproximada del daño y la dirección del ataque**, en contraposición a quienes exigen que el dolo del inductor abarque todas las condiciones de ejecución del hecho, el cómo, cuándo y dónde, por estar referidas a un dominio que no es propio del determinador.

**Postura compartida por esta Colegiatura**, en particular, **tras admitir la imputación del resultado lesivo por dolo eventual al determinador**, cuando el inducido modifica o altera el plan instigado por aquél para ejecutar una conducta diferente o más gravosa que la inducida. Pues, para establecer la desviación en

la ejecución por el autor y la atribución al inductor de las consecuencias excesivas **-que pudo representarse como probables-**, es menester partir del dolo directo referido a la concreción del hecho con que el determinador obró al hacer germinar o reforzar la idea criminal.

**DETERMINADOR** - Demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: interés del testigo en el proceso / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: siempre o casi siempre que se comete un delito se comparte información vital entre los partícipes / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: miedo del testigo al momento de los hechos

[...] **considera la Sala, la fiscalía no logró demostrar más allá de toda duda razonable que DGAA determinó a YDSS para cometer el delito** de hurto calificado, motivo por el cual, desde ya se anuncia que la sentencia condenatoria impugnada será revocada, para confirmar, en su lugar, la absolución proferida en primera instancia.

En efecto, **de las pruebas recaudadas en juicio no surge diáfana la actuación determinadora de la procesada**. Aunque YDSS, supuestamente, comentó a DGAA que quería comprar una moto y ella le contestó podía sacar un dinero de la mesita de noche de TRH, el testigo no fue concluyente sobre sí recibió esa sugerencia mientras que aún vivía con la acusada o luego de mudarse a la residencia de la víctima.

Pues, en un comienzo dijo que estando en casa de la procesada, donde vivió por más de un año, ella le hizo la propuesta. Pero luego varió su dicho, para afirmar que ya cuando la encartada supo dónde vivía -en casa de TR- le dijo, entrara y subiera.

Admitir el primer supuesto, implicaría que SS cambió de vivienda con el propósito de apoderarse del dinero de la víctima. Sin embargo, fue claro el deponente al señalar que decidió trastearse para evitar problemas con DAP, esposo de la procesada, dado que ella se paseaba en ropa interior por la casa.

Acoger la segunda acepción del testigo, conlleva aceptar que la procesada sabía que el joven vivía en el barrio Santander de Villa de Leyva, aunque este nunca se lo dijo. Lo cual no supone dificultad alguna si se aprecia que la extensión del mencionado municipio, en comparación con

otros de mayor magnitud, puede permitir a sus habitantes conocer aspectos como esos.

No obstante, **resulta de difícil credibilidad para la Sala** asumir, como lo hizo el Tribunal, **que aun cuando DGAA no conocía personalmente a TRH ni a su esposa, LMMR, ni había tenido ocasión de ingresar a su vivienda, ni trabajaba en alguna entidad financiera, tuviera la capacidad no solo de representarse que la víctima tenía una suma de dinero** suficiente para pagar la motocicleta anhelada **sino también** que él *“sabía guardar la plata”* en la mesa de noche y que el lugar era de fácil acceso, para luego inducir al joven a realizar la conducta delictiva.

Recuérdese, como lo resalta el apelante, que **TRH dijo haber conocido a la acusada hasta el 29 de octubre de 2014, cuando todos concurrieron a la estación de policía**, tras haber confrontado a SS por el hurto, mientras su cónyuge reconoce a la encartada únicamente por medio del dicho de su esposo. **SS tampoco pudo explicar cómo aquella conocía de la existencia del dinero.**

Ahora, **relató LMMR que le arrendaron a YDSS y a su entonces compañera permanente, MLRT, el primer piso de su casa el 1º agosto de 2014**. Asimismo, acreditado está que el **26 del citado mes y año, la entidad financiera Finamerica desembolsó en favor de TRH, \$17.837.898** y la pérdida sufrida por éste, a causa del hurto, ascendió a cerca de \$19.200.000, tras sumar otros ahorros guardados en la casa.

Quiere decir lo anterior, entonces, que **YDSS arribó a la casa de la víctima semanas antes del desembolso del crédito**. Por consiguiente, **resulta razonable concluir que aquel tuvo mejor oportunidad para conocer la existencia del dinero** y aún, su lugar de ubicación que DGAA. Sin duda, **al convivir bajo el mismo techo pudo advertir comentarios, gestos o incluso conversaciones de sus arrendadores al respecto, con mayor facilidad**. También conocer la estructura de la casa, el acceso al segundo piso, las medidas de seguridad empleadas, como la existencia de un botón de seguridad, y demás aspectos relevantes para cometer el delito.

Por consiguiente, **resulta cuestionable la instigación de la procesada** para realizar la conducta, **cuando en el proceso no se demostró que ella tuviera, si quiera, un**

**conocimiento potencial de los aspectos esenciales del hecho**, cuya ejecución sembró en el aparente inducido. **YDAA, además, en ningún momento dijo hubiese compartido con la encartada pormenores de su convivencia en la casa** de TRH, para inferir que de allí DGAA tomó los insumos suficientes para plantar la idea criminal.

[...]

[...] tras haber sido encarado por la víctima y su hermano por el hurto del dinero, se dirigió a casa de DGAA, **pero no le contó sobre la reyerta ni sobre la entrega de la moto a manera de resarcimiento**, en su lugar, prefirió decirle que TRH le había robado. Relato corroborado por MDGS. Además, dijo este último deponente que su compañero le pidió, **por ningún motivo, comentar a aquella sobre el hurto** y lo reconvinó con la frase: *“usted no sabe nada”*.

Sobre estos dos comportamientos reseñados, considera la Colegiatura, **devienen incoherentes respecto de quienes comparten un designio criminal. Conforme a las reglas de la experiencia**, estos suelen procurar que sus fechorías no salgan a la luz, por ello, **intercambian datos relevantes entre sí para eludir a las víctimas y, en especial, a las autoridades**. Buscan evitar, también, la captura de algún integrante, pues dicha aprehensión puede conllevar una fuga de información perjudicial para los involucrados.

Por ello, **resulta incomprensible para la Sala por qué razón si DGAA y YDSS conocían del hurto, este se abstuvo de compartir con ella aspectos de particular trascendencia**, como haber sido grabado mientras tomaba los fajos de la habitación de la víctima o que fue encarado por el afectado y sus familiares sobre el dinero sustraído, al punto de verse compelido a entregar la motocicleta.

**Carece, además, de lógica que el testigo de cargo haya preferido inventar a la acusada que TRH le arrebató la motocicleta**. Y, al observar que ella acudió inmediatamente a la Policía para denunciar el reato, no haya hecho nada para impedirlo, cuando tal proceder podría desencadenar una investigación a fondo de lo sucedido -empezando por las grabaciones en poder de la víctima- con los consiguientes resultados adversos para ambos.

Ahora, atinente a la acusada, aseguraron los deponentes, acudió a la estación de policía donde

reconoció frente a todos los allí asistentes, haber recibido \$5.000.000 de YDSS porque este lo había encontrado en un lugar turístico de Villa de Leyva, frente a lo cual se alegró de su fortuna y accedió a administrarlos, luego de pedirle cierta suma en préstamo.

Proceder que **llama la atención de la Sala**, porque **la acusada nunca estuvo bajo sospecha del hurto** y, tras la confesión de YD, no fue compelida para hacer declaraciones de ningún tipo, de manera que **sus atestaciones fueron oportunas, espontáneas y, se colige, obedecieron al anhelo de explicar qué había hecho este con el dinero**. De haber instigado en SS la idea criminal o recibido el capital espurio, es probable que no se hubiera hecho visible ante las autoridades y los concurrentes con tales manifestaciones.

No desconoce la Sala que, en juicio, **SS excusó las incongruencias por miedo a la procesada y su esposo**, DAP. Incluso, que por ese mismo sentir sostuvo durante más de un año que la encartada no tuvo relación alguna con el hurto, pues había obrado solo.

Sobre este punto, es del caso resaltar que **el propio testigo reconoció nunca haber recibido amenazas por parte de DGAA o su cónyuge**, ni siquiera antes del 16 de octubre de 2015, cuando cambió su versión. Asimismo, **su progenitor, MFSM dijo tampoco haber sido amenazado**. Y, aunque ambos refirieron al esposo de la acusada para justificar el temor, ninguno precisó cuál era el alto cargo ostentado en la Sijin ni qué incidencia había tenido frente a su seguridad. De hecho, sobre el esposo de AA, afirmó YD que casi no hablaba con este, porque no vivía con ella y aunque a veces se presentaba en su casa, era de vez en cuando, es decir, poco era su conocimiento sobre este.

[...]

[...] **considera la Sala que el temor respecto a la encartada es incompatible con la relación de amistad y fraternidad que sostuvo con YD durante más de un año**. Mientras que la prevención hacia su esposo, se cimienta en señalamientos prejuiciosos desprovistos de alguna referencia objetiva que permita advertir un peligro real contra este o su familia.

Si bien es cierto, YD refirió dos sucesos en los que fincó su temor, ninguno es, a juicio de la Sala, inequívoco de que la acusada buscó amedrentarlo para no involucrarla en el delito.

El primero. Estando privado de la libertad, fue abordado por dos sujetos que lo arrinconaron y amenazaron con un cuchillo para que “se quedara callado”. Luego, los desconocidos le exigieron que les entregara parte de las cosas que compraba o conseguía en la cárcel. Dijo el testigo que solo DGAA y su esposo tenían interés en que guardara silencio, por ello entendió que la advertencia provenía de ellos.

Sin embargo, suele ser una práctica conocida y recurrente, por demás reprochable en los establecimientos carcelarios, que los reclusos antiguos exijan a los recientes, beneficios o encargos, como los referidos. Sumado a que, **si Y había sido reiterativo por más de un año en cuanto a su autoría exclusiva en el hurto, no surge diáfano por qué motivo, de repente, surgió en ella la angustia de ser incriminada,** al punto de enviarle una sola advertencia a la cárcel.

El segundo. DGAA asistió a todas las audiencias realizadas en su proceso penal. Según el testigo para verificar que no la incriminara, pues le parecía extraño que ella supiera, incluso en lugar de su padre, cuándo tenía diligencia.

Al respecto, es preciso destacar, no solo, que YDSS reconoció el 29 de octubre de 2014 en la estación de policía que la acusada no sabía del hurto dinero a su arrendador, también que, los concurrentes ese día, fueron contestes en relatar cómo AA manifestó no saber nada al respecto, salvo que el entonces señalado le había entregado un dinero hallado en un lugar turístico para ser administrado.

Igualmente, sobre lo sucedido ese día, el patrullero Carlos Andrés Pérez Chivirí vio salir a la procesada de la estación, muy consternada, porque se había enterado que a YD no le habían robado la moto, sino que estaba vinculado en un hurto. Por su parte, GCL narró que para ella SS era buena persona, pero tras lo sucedido pudo advertir cómo era en realidad.

Por lo anterior, **si la encartada estuvo al tanto del proceso penal seguido contra su protegido, pudo ser a causa del afecto aparentemente filial profesado o, porque habiendo conocido la proclividad de este a la mentira,** pues el dinero prestado, en realidad, fue hurtado, **surgió en ella la preocupación de recibir alguna sanción, a causa de su desmedida confianza.** Uno u otro supuesto son más plausibles, de cara a lo

demostrado en juicio, en comparación con la versión del implicado.

Por consiguiente, considera la Sala que **la exculpación aducida por el principal testigo de cargo para, supuestamente, callar la verdad de lo sucedido por más de un año, carece de fundamento.**

[...] **coincide la Colegiatura con el recurrente, en cuanto al aparente beneficio obtenido por YDSS a cambio de inculpar a DGAA,** contrario a la ausencia de este, señalada por el Tribunal.

En efecto, TRH interpuso denuncia por la pérdida aproximada de \$18.000.000, en octubre de 2014. El 13 de noviembre de 2015, **SS suscribió un preacuerdo con la fiscalía,** comprometiéndose, no sólo a “informar la participación en el hurto de DGAA”, también, a indemnizar a la víctima con la entrega de \$3.000.000 y el traspaso de la moto, cuyo valor ascendía a \$3.900.000, con el fin de acceder, también, a la rebaja de pena del artículo 269 del C.P.

**Acuerdo avalado por el denunciante, al recibir lo ofrecido,** y por el juez de conocimiento, en sentencia condenatoria del 25 de noviembre de 2015, en la que, además, concedió el denotado descuento punitivo por indemnización integral a la víctima.

Sin embargo, en el caso que concita la atención de la Sala, **TRH dijo haber sido parcialmente resarcido de la afectación en su patrimonio económico con el denotado convenio, dado que YDSS comprometió la entrega del resto en cabeza de DGAA,** porque “era quien la había cogido”.

Por lo expuesto, más allá de los desaciertos del preacuerdo y del correspondiente fallo condenatorio –que no son objeto de revisión en este escenario– **surge para la Sala evidente que de no ser por la sindicación que YDSS hizo de DGAA, no habría podido declararse culpable de complicidad en el hurto agravado.**

Además, **accedió a la rebaja por indemnización integral,** de que trata el artículo 269 del C.P., **tras comprometer a la encartada como garantía del dinero** que aquel no estaba en capacidad de restituir al afectado, es decir, cerca de la mitad de lo apropiado, sin lo cual, la víctima pudo haber truncado el beneficio.

Aunado a que, para la celebración del preacuerdo, según el artículo 349 del C.P.P., era necesario que el procesado asegurara el recaudo

del citado remanente, además de haber reintegrado, por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido, esto es, los \$6.900.000 que sí entregó.

Así las cosas, **ante las denotadas inconsistencias y la manifiesta ausencia de prueba con respecto a la instigación para cometer el hurto**, se pregunta la Sala, si pudo YDSS inculpar a la ahora procesada, a sabiendas que su caso no tendría un final favorable y ante el apremio de estar privado de la libertad por más de un año, con el único fin de acceder a los

beneficios que, de otra forma, no habría logrado obtener.

En conclusión, **como el órgano persecutor no logró desvirtuar la presunción de inocencia de la enjuiciada, 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 la absolutoria de primera instancia.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## Inicio

### **10. TENTATIVA DE HOMICIDIO - Producida con arma de fuego: identificación del arma / PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Vulneración**

**No es, desde luego, que para sostener la condena sea necesario lograr una explicación lógica y suficiente de todos los sucesos fenomenológicos que rodearon el delito [...], sino que aquéllos que se dan por demostrados deben explicarse en condiciones mínimas de coherencia a partir de las pruebas practicadas.**

Al resolver la demanda de casación contra una condena por porte ilegal de armas y tentativa de homicidio, la Sala analiza el cumplimiento del principio de *razón suficiente*, que logre explicar cómo se dispara un arma automática, sin agotar la carga y sin que queden municiones en la recámara; esto para determinar la veracidad de los hechos y la responsabilidad del imputado. Finalmente, ante la duda probatoria se dispone la absolución del demandante.

**SP4531-2021(58165) del 06/10/2021**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

De acuerdo con la acusación, en la noche del 25 de septiembre de 2016, los patrulleros de la Policía Nacional Fray Eduar Salazar Paz y

Cristian Alfonso Cardona Forero, quienes en ese momento realizaban labores de vigilancia en Pradera, Valle del Cauca, fueron alertados por la comunidad sobre unas detonaciones de arma de fuego en inmediaciones de la carrera 10 con calle 1° de ese municipio, a donde entonces se dirigieron.

En el sitio encontraron a OIMT, quien al percatarse de su presencia les disparó en ráfaga con una subametralladora Uzi calibre nueve milímetros. Cardona Forero recibió dos impactos en el torso, que sin embargo fueron detenidos por su chaleco antibalas y no le ocasionaron lesiones de gravedad.

Seguidamente el atacante se dio a la fuga, pero los uniformados, tras una breve persecución, lograron reducirlo y capturarlo.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Concepto / **PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Vulneración / **TENTATIVA DE HOMICIDIO** - Producida con arma de fuego: identificación del arma / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por cercenamiento: se configura / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: por violación al principio de razón suficiente / **TESTIMONIO** - Credibilidad / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda / **IN DUBIO PRO REO** - Se debe aplicar si no hay certeza de la responsabilidad del procesado

[...] **le asiste razón al Procurador que intervino en esta sede al plantear que el ad quem desconoció el principio de razón suficiente** y, por ende, **que violó** – aunque por razones

diversas de las censuradas por el actor – **la sana crítica**. Sobre dicho principio, pertinente recordar, para comenzar, las siguientes consideraciones:

«La Sala, en sentencias como CSJ SP, 13 feb. 2008, rad. 21844, y CSJ SP, 12 sep. 2012, rad. 36824, ha definido al **principio de razón suficiente** como **«aquel que reclama, en aras de reconocer el valor positivo de verdad de un enunciado, un motivo apto o idóneo para que ello sea así y no de cualquier otra forma»**. En otras palabras, es el que *«alude a la importancia de establecer la condición –o razón– de la verdad de una proposición»* o *«a la aserción que requiere de otra para ser reconocida como válida»*.

Adicionalmente, ha dicho la Corte que la vulneración de este principio se debe establecer en cada caso, de acuerdo con la lógica de lo razonable.

[...]

[...] **al tener por ciertas únicamente las proposiciones de los testimonios de los patrulleros** que encontraron respaldo en la prueba técnica, **el fallador colegiado realizó una valoración que, si bien no encierra contradicciones lógicas, no se explica a sí misma y tampoco resulta suficiente para explicar racionalmente, en el caso concreto, los hechos que dio por probados**. Puesto de otra manera, las premisas fácticas que el Tribunal declaró como verdaderas, aunque no se contradicen mutuamente, son incapaces de ofrecer una elucidación lógica, plausible y suficiente de cómo ocurrieron los hechos que en la sentencia de segundo grado declaró ajustados a la realidad.

**La precariedad lógica de la postura probatoria del Tribunal deviene** evidente porque **no da cuenta**, menos aún en términos racionales, de **cuál es el origen de la bala de pistola que se encontró en el chaleco del patrullero afectado**, explicación que resultaba necesaria para la suficiencia lógica y epistemológica de la decisión, porque – **se reitera** – **la Corporación admitió que la misma no fue disparada por la única arma que portaba el único individuo presente**

(aparte de los patrulleros) en la escena de los hechos.

No es, desde luego, que para sostener la condena sea necesario lograr una explicación lógica y suficiente de todos los sucesos fenomenológicos que rodearon el delito (más allá, desde luego, de los que se subsumen en la descripción típica y acreditan la participación criminal de la persona investigada), sino que **aquéllos que se dan por demostrados deben explicarse en condiciones mínimas de coherencia a partir de las pruebas practicadas**. Ello no sucede si, como en este caso, **se admite que uno de los proyectiles que se atribuye haber disparado al acusado no lo fue en realidad, pero se deja sin un mínimo de elucidación la cuestión de dónde provino**, máxime que ello atañe al núcleo de la imputación.

[...]

El ad quem, de acuerdo con esas pruebas, **dio por demostrado que el arma incautada a MT efectivamente no tenía ningún cartucho en la recámara** (aunque sí dos balas en el proveedor) y **admitió la afirmación técnica** del experto según la cual *«por ser esta un arma automática, la única forma de que no quede en su recámara un cartucho es que haya sido manipulada manualmente o que su carga se agotó»*.

Frente a esa situación, consideró lo siguiente:

*«Se puede advertir que, si el arma fue detonada en ráfaga, impactando un proyectil en el chaleco antibalas de CF, existe la posibilidad de que en el momento en que el enjuiciado decide huir, atraviesa el río, recorre un trayecto para finalmente rendirse durante su persecución, manualmente pudo manipular (sic) el arma de fuego para retirar el cartucho de la recámara, lo que puede dar explicación a la versión del perito balístico cuando sostuvo que la única forma de que no quede este tipo de elementos al interior del artefacto bélico es porque se agote la munición o se retire de manera manual, y en este caso el proveedor fue hallado con dos cartuchos...»*.

Así, en el cometido de esclarecer racionalmente por qué no había ninguna bala en la recámara de la Uzi de MT si ésta había sido disparada

instantes antes de su incautación sin agotar la munición del proveedor, **la Corporación acogió la explicación consistente en que el acusado la extrajo manualmente mientras huía.** Con ello, **sin embargo, incurrió en un error de hecho, pues cercenó proposiciones probatorias que descartan la plausibilidad de esa postura.**

Es que, como ya se reseñó (§ 2), **CACF atestó vehementemente que desde el momento en que observaron por primera vez al acusado hasta el instante en que lo redujeron y capturaron «no lo (perdió) de vista».** En ello insistió varias veces durante su declaración. No obstante, **el Tribunal, suprimiendo esas afirmaciones,** coligió que OM *“pudo manipular”* la Uzi durante la huida para retirar la bala de la recámara. De haber sido así que acaecieron las cosas, **el patrullero – en tanto, se insiste, no perdió de vista al nombrado – lo hubiese advertido,** máxime que tal operación, al decir del perito PP, requería incluso *«retirar el proveedor».*

Así las cosas, **ninguna de las dos hipótesis ofrecidas por el perito respecto de por qué la recámara de la subametralladora estaba vacía explica lo sucedido:** la del agotamiento de la munición, porque se estableció que en el proveedor había dos balas; la del abatimiento manual durante la huida, porque las pruebas practicadas lo revelan poco plausible.

En esas condiciones - y especialmente en atención a lo analizado en precedencia (§ 5) – **surge como probable que la razón por la cual la recámara del arma estaba vacía es que ésta no había sido montada. Ello significaría,** por consecuencia lógica, **que en los instantes anterior a su incautación no había sido tampoco disparada.** Recuérdese, en este sentido, que **el perito balístico** que participó en el juicio **no pudo establecer si la bala de Uzi alojada en el chaleco del uniformado atacado provino en verdad de la que llevaba consigo OM** y no de otra subametralladora de la misma marca y modelo, con lo cual **la hipótesis recién señalada no puede tenerse por descartada o desmentida** técnicamente. Ese otro curso causal – que resultaría compatible con la inocencia de OIMT – fue ignorado por el Tribunal, que en

cambio optó por la explicación de la manipulación a partir de un supuesto improbable y pasando por alto apartes del testimonio de CAC.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que (i) **el ad quem realizó una valoración probatoria a partir de la cual elaboró conclusiones que no explican racionalmente los hechos que dio por demostrados,** con lo que quebrantó el principio lógico de razón suficiente; y (ii) **de las pruebas practicadas se desprende como posible una hipótesis alternativa compatible con la inocencia** (en relación el delito contra la vida) que la Corporación soslayó equivocadamente, y que no contraviene los hallazgos técnicos presentados en juicio, de los cuales – se reitera – **no puede sostenerse que el arma incautada al enjuiciado hubiere sido accionada.**

Es decir, (i) **la única prueba de que el acusado disparó contra los uniformados,** visto que la pericial no da cuenta de ello, **es su propio dicho;** (ii) **las condiciones en que se incautó el arma –** esto es, con la recámara vacía y dos proyectiles en el cargador – **abre la posibilidad de que no hubiere sido disparada en los instantes previos,** lo cual desmiente las aserciones de los policías, de manera que (iii) **la prueba de cargo, en lo que respecta al delito contra la vida, debe admitirse débil e insuficiente,** máxime ante la constatación de que los testimonios de los agentes contravienen parcialmente el hallazgo técnico según el cual una de las balas alojadas en el chaleco que vestía CF no provino de una subametralladora.

En esas condiciones, y aunque no cabe duda de la materialidad del delito de homicidio tentado (cuyo acaecimiento se desprende inequívoco del informe médico legal de lesiones personales de Cardona Forero), **la participación de OIMT en ese hecho no está demostrada en el grado suficiente para proferir condena.** Se impone, por lo tanto, casar parcialmente la sentencia recurrida para, en su lugar, absolver al nombrado de ese cargo en aplicación del principio de duda favorable al reo.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## 11. USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL - Elementos

**Promocionar y vender los mismos servicios que ofrece la marca registrada, con el evidente propósito de generar una falsa idea en los consumidores de que se trata del mismo producto o servicio tipifica la conducta penal reprochada.**

Al resolver una demanda de casación por el delito de usurpación de derechos de propiedad industrial, a través de la explotación comercial de un nombre similar al de una marca registrada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, valiéndose de denominaciones parecidas, la Sala de Casación identificó los diferentes elementos que se dan en este delito y la manera como se puede incurrir en dicha conducta, confirmando la condena de segunda instancia.

**SP4923-2021(54802) del 03/11/2021**

**Magistrado Ponente:**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

El 22 de abril de 2004, quien entonces se identificaba como AEMB, mediante un contrato de transacción cedió la marca registrada «*Los Chiches Vallenatos*» a la disquera DFE S.A.

Posteriormente, el 21 de mayo de 2014, MB solicitó el registro de la marca «*AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO*». Mediante Resolución 00066003 de 31 de octubre de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio -en adelante SIC- negó la solicitud de registro bajo el argumento de que esa expresión se adecuaba a la causal de irregistrabilidad contenida en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486/00 de la Comunidad Andina, en tanto contenía signos que eran idénticos o se asemejaban a la marca registrada «*Los Chiches Vallenatos*» para identificar productos y servicios relativos a las clases 9 y 41 de la Clasificación Internacional de Niza.

El 5 de junio de 2015, AEMB acudió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y cambió su nombre por el de AECMB.

El 26 de octubre de 2015, DFE S.A. inscribió ante la SIC el traspaso de la marca registrada «*Los Chiches Vallenatos*» a OOPM, quien adquirió su titularidad y derechos de explotación comercial. En el entretanto, AECMB, utilizando su nuevo nombre, se promocionó como cantante de música vallenata y suscribió contratos de prestación de servicios para realizar conciertos de ese género musical. En particular, el 22 de agosto de 2015 celebró un contrato con CS en virtud del cual cantó en el «*Festival Clásicos del Vallenato*» que se realizó en la Plaza de Toros la Macarena de la ciudad de Medellín el 31 de octubre de 2015, en donde fue anunciado, según consta en la boletería del evento, como «*AMÍN EL CHICHE VALLENATO*».

**Nota de relatoría:** en este extracto se identifican los nombres del procesado por ser uno de los elementos determinantes en el desarrollo de la conducta imputada.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: bien jurídico protegido / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto activo indeterminado / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto pasivo, la sociedad y el titular de la marca / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: verbo rector, utilizar fraudulentamente / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: tipo penal en blanco / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: objeto material

Al desglosar **el contenido de la norma** con el propósito de asignar un correcto alcance de este tipo penal, se advierte que éste, además de contener los elementos objetivos del tipo connaturales a cualquier conducta delictiva (sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, etc.) también **está compuesto por** una serie de elementos normativos que exigen la comprensión de **conceptos propios de la propiedad industrial**, efecto para el cual se realizarán algunas precisiones teóricas.

- El **bien jurídico protegido** es el **orden económico social**, en razón de la importancia que según el legislador tiene la propiedad industrial para la economía nacional e



internacional, especialmente, en orden a proteger los derechos de los consumidores y de los titulares de la propiedad industrial, así como regular la leal competencia que debe existir en el mercado.

Respecto al orden económico social, como bien jurídico tutelado, precisó la Sala en CSJ SP, 21 jul. 2004, rad. 19702:

*«Trátase [sic] el orden económico social -sin dar por superada la controversia o dificultad de encontrar un criterio unánime para delimitar el bien que es objeto de garantía- de ser comprendido en sus dos diversas connotaciones, esto es, tanto referido a la libertad de competencia económica dentro de los límites que la dirección general de la economía que corresponde al Estado y que ejerce mediante su permanente intervención con miras a racionalizar la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, como también respecto de la actividad económica privada en concreto.*

*De manera tal que el orden económico social como bien plural, estaría comprendido por la protección del justo equilibrio que debe surgir entre aquellos valores de orden económico privado y aquellos que son de carácter público e interesan al Estado.»*

- El **sujeto activo** es **indeterminado**, es decir, cualquier persona puede realizar la conducta punible, sin necesidad de cumplir una cualificación especial.

- El **sujeto pasivo** es la **sociedad**. Sin embargo, al ser la propiedad industrial una variante de la propiedad intelectual, se puede afirmar que el sujeto pasivo de la conducta también puede llegar a ser el respectivo titular de los derechos de propiedad industrial, es decir, el titular de la marca, patente, diseño industrial, etc.

- La conducta se encuentra determinada por el **verbo rector** de **utilizar** cualquiera de los objetos materiales protegidos, a condición de que sea de manera fraudulenta.

- Es un **tipo penal en blanco** que obliga a remitirse a la normatividad que regula la materia tipificada para darle el alcance que le corresponde a la conducta punible. En el caso del delito de usurpación de derechos de propiedad industrial, el significado del verbo «utilizar» debe ser extraído de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC), de los

Tratados Internacionales y, en general, de toda la legislación que regula la propiedad industrial.

- El **objeto material** está constituido por **determinados derechos protegidos por la propiedad industrial** que, a veces del artículo 306 del Código Penal son: nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o derechos de obtentor de variedades vegetales.

**USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Demostración: soporte probatorio / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto pasivo, la sociedad y el titular de la marca / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Se configura: cuando genera confusión entre la marca registrada y la que se le asimila

Como prueba documental marcada con el número 1, ingresó al juicio oral el contrato de transacción que se celebró el 22 de abril de 2002 entre AEMB y OAMM, en su condición de representante legal de DF Ltda. Allí, **MB, identificado como «el artista», cedió la marca «Los Chiches Vallenatos» a la disquera,** conservando aquél la potestad de continuar grabando y explotando económicamente los éxitos musicales obtenidos durante esos años. También se pactó, según así lo corroboró el testigo OAMM, quien fuera el gerente jurídico y representante legal de DF durante los años 1993 a 2003, que MB **no podía hacer alusión a que era ex integrante del grupo ni intentar el registro de dicho sello.**

**No obstante** el referido acuerdo, el 21 de mayo de 2014, según consta en la «solicitud de registro de marcas y lemas comerciales», **quien entonces se identificaba con el nombre de AEMB solicitó el registro del signo «AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO».**

Al decidir la petición, **la Superintendencia de Industria y Comercio** (en adelante, SIC), tras realizar el examen de registrabilidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 146, 148 y 150 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, **resolvió: «ARTÍCULO TERCERO. Negar el registro como marca nominativa del signo AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO para distinguir productos comprendidos en la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza. ARTÍCULO CUARTO. Negar**

*el registro como marca nominativa del signo AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO para distinguir servicios comprendidos en la clase 41 de la Clasificación Internacional de Niza.».*

**El fundamento de esa determinación** se contrajo a que **el signo cuyo registro se solicitó reproduce la marca previamente registrada y esto representa un riesgo de confusión o de asociación del consumidor entre ambos signos**, como así lo explicó la SIC en la Resolución 00066003 de 31 de octubre de 2014, por medio de la cual se decidió la solicitud de registro marcario presentada por AEMB, **en los siguientes términos:**

[...]

*Entonces, los consumidores al estar frente del signo solicitado AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO pueden ser inducidos a error al creer que los productos y servicios marcados con dicho signo provienen del mismo origen empresarial del titular de la marca registrada LOS CHICHES VALLENATOS, haciendo énfasis en que el Derecho de Propiedad Industrial protege, no solamente, los intereses de las empresas, sino de los consumidores, por lo que no puede obviarse que, en el presente caso, existe un latente riesgo de confusión.*

*Conclusión*

*De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, el signo objeto de la solicitud de registro en estudio está incurso en la causal de irregistrabilidad establecida en el literal a) de artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.»*

[...]

**Pese a la meridiana claridad** con que la SIC le explicó a MB los motivos por los cuales la marca «AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO» no era registrable por el riesgo de crear confusión en los consumidores, **este optó por acudir a otro medio para poder seguir utilizando la expresión «EL CHICHE»** como signo distintivo de su actividad profesional consistente en ser cantante y realizar presentaciones de música vallenata. Para el efecto, **acudió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y se cambió su nombre original -AEMB - por el de AECMB**, como así se demostró en el juicio a través del testimonio del investigador adscrito al CTI de la fiscalía JMRB, con quien se introdujo el estudio sobre la plena identidad del acusado y los

soportes documentales relativos al cambio de nombre.

**Con su nuevo apelativo, AECMB se promocionó** como cantante vallenato, **exhibió publicidad** por distintos medios (radio, prensa, redes sociales, entre otras) en los que se **siempre se identificó como «EL CHICHE»** y realizó presentaciones de música vallenata, **generándoles a los consumidores de sus productos la idea de que él era «EL CHICHE»** vallenato.

[...]

Según se puede observar, **el proceso que se adelantó** contra AECMB **cuenta con suficiente material probatorio para demostrar que éste utilizó de forma fraudulenta la marca registrada «Los Chiches Vallenatos», pues a sabiendas** de que la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad administrativa autorizada para interpretar y aplicar las normas de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina y demás cánones concordantes, **dictaminó que la expresión «EL CHICHE» -independientemente de cualquier otra palabra que la acompañe- es similar a la marca registrada, decidió**, pese a la prohibición, **seguirla utilizando** con el propósito de ofrecer y vender los productos o servicios a que hacen relación las clases 9ª y 41 de la Clasificación Internacional de Niza que se refieren la distinción de «aparato para el registro de transmisión, reproducción del sonido o imágenes, soportes de registro magnéticos y discos acústicos» y «servicio de entretenimiento y actividades culturales», respectivamente.

Es por esta razón que **cualquier nombre que contenga la expresión «Los Chiches o EL CHICHE» que sea utilizado para ofrecer los bienes o servicios** ya referidos **está infringiendo el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de 2000**, que a su tenor literal reza:

*«No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:*

*a) Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación».*

[...]

[...] es claro que al identificarse como AMÍN EL CHICHE MARTÍNEZ, AMÍN EL CHICHE MARTÍNEZ BARRETO, AMÍN «EL CHICHE VALLENATO», «EL CHICHE VALLENATO» AMÍN MARTÍNEZ, AMÍN MARTÍNEZ «EL CHICHE», AMÍN MARTÍNEZ «EL CHICHE VALLENATO» o **cualquier otro nombre similar que pueda conducir a confusión o asociación** de esta persona con la agrupación musical que funciona bajo la marca registrada «Los Chiches Vallenatos», para ofrecer y vender servicios de entretenimiento como conciertos, discos, presentaciones musicales, etc., **el procesado usurpó los derechos de propiedad industrial derivados del registro de la referida marca** de la que, se insiste, no podía hacer uso por expresa disposición legal, **tipificando así la conducta punible** descrita y sancionada en el artículo 306 del Código Penal.

---

**USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: medio fraudulento, diferente a clandestino / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: medio fraudulento, concepto

[...] **el hecho de que una conducta sea pública no implica necesariamente que no es fraudulenta**. En otras palabras, **una conducta fraudulenta puede ser pública o privada** porque lo que le da la connotación de tal no es que sea clandestina, sino que **sea mendaz o engañosa**, esto es, que entrañe un **contenido material falso que se use maliciosamente** para sacar provecho ilegal de una situación. Al respecto, la Sala, en CSJ SP7755-2014, precisó:

«De acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, fraudulento es aquello que se hace con fraude. Por su parte, fraude es aquel “engaño malicioso con el que se trata de obtener una ventaja en detrimento de alguien”. En consecuencia, medio fraudulento puede definirse como el instrumento engañoso que se usa maliciosamente para sacar provecho de alguna situación».

En el presente caso, **la sola publicidad de los eventos y la promoción** que el mismo AECMB se hacía como «el Chiche Vallenato» para ofrecer sus servicios como cantante vallenato, realizar conciertos, grabar discos y, en general, **producir en el público una noción de identidad o**

**asociación con una marca registrada de la que no era titular, constituye una conducta engañosa** tendiente a producir en los destinatarios una idea falsa y opuesta a la realidad, en detrimento de los intereses tanto del propietario de la marca, como de los mismos consumidores que pueden llegar a creer que ambas agrupaciones de música vallenata -la de AMÍN EL CHICHE MARTÍNEZ BARRETO y «Los Chiches Vallenatos»- son una sola, como así lo anticipó la SIC en la Resolución 00066003 [...].

[...]

[...] partiendo de la base de que AECMB **había sido suficientemente informado** por la SIC sobre **la imposibilidad de usar la marca «Los Chiches Vallenatos» -en singular, en plural o acompañado de otras palabras-** para promocionar y vender los mismos servicios que ofrece la marca registrada, es claro que con su decisión de seguir incurriendo en esa conducta con el evidente propósito de generar una falsa idea en los consumidores, **el procesado configuró el elemento normativo del tipo penal** al que se viene haciendo alusión.

---

**VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - No se configura / **DERECHO AL NOMBRE** - Su cambio corresponde al derecho al libre desarrollo de la personalidad / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto activo, quien utiliza fraudulentamente una marca registrada / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Se configura: cuando genera confusión entre la marca registrada y la que se le asimila

Contrario a lo alegado por el censor, **la sentencia impugnada no incurrió en ninguna violación directa de la ley sustancial** pues, como se vio, **el Tribunal no desconoció, inaplicó o interpretó indebidamente el artículo 16 de la Constitución Política** que consagra el **derecho al libre desarrollo de la personalidad**, en tanto el fundamento de la condena no lo constituyó el hecho de que AECMB se hubiera cambiado el nombre para llamarse AECMB. Dicho de otra manera, **el procesado no fue investigado y acusado por ejercer su derecho a identificarse como mejor le pareciera**, como efectivamente lo hizo.

**El reproche penal devino de haber utilizado de forma fraudulenta**, entre otras, **la expresión «EL**

**CHICHE» para identificarse a sí mismo y darse a conocer al público consumidor como proveedor de servicios musicales** y, por esa vía, promocionarse como cantante de música vallenata, realizar conciertos, grabar y vender discos musicales, y, en general, **lucrarse de esa actividad profesional bajo el amparo del reconocimiento que gozaba la marca registrada «Los Chiches Vallenatos», cuya similitud con el nombre que de forma artificiosa el procesado quiso utilizar** para los referidos fines fue advertida por la

Superintendencia de Industria y Comercio cuando le negó el registro de la marca «**AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO**» u otra expresión fonética similar, en aplicación a lo dispuesto en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina.

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## Inicio

### **12. UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Diferencias con el proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores**

Al resolver una demanda de casación por parte de los partícipes en una red de prostitución infantil, la Sala determina las principales características diferencias de los delitos que atentan contra la libertad y el pudor sexual de los menores de edad, identificando claras diferencias entre ellos. Para el caso de la *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, se destaca su diferencia con el *proxenetismo con menor de edad*, entre ellos el ánimo de lucro de este último. Además, se identifican aquellos delitos que involucran a quienes se encargan del ofrecimiento de estos servicios y, por otra parte, los que tienen que ver con quienes los solicitan.

**SP2348-2021(49546) del 02/06/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

Tienen ocurrencia entre los meses de abril y noviembre de 2009 en el municipio de Bello (Antioquia) y la ciudad de Medellín, donde se

logra evidenciar la existencia de una red dedicada a la prostitución de menores de 18 años, en la que fueron detectados explotadores o proxenetas, demandantes de servicios sexuales con menores de edad, así como también, niñas y adolescentes que se prestaban como objeto del comercio sexual.

Entre los primeros se logró identificar a [...], entre otras, quienes contactaban a las adolescentes a fin de que prestaran servicios sexuales a terceros, para lo cual utilizaban las residencias de las primeras, que funcionaban como burdel. Luego de capturadas, aceptaron los cargos sometiéndose a la terminación anticipada del proceso.

Por su parte, los aquí procesados [...], eran usuarios de los servicios sexuales ofrecidos con menores, quienes vía telefónica se comunicaban con las intermediarias o proxenetas a fin de obtener y/o solicitar el contacto o actividad sexual ilícitos.

Y finalmente NSV, quien, con el ánimo de obtener provecho económico, sirvió de intermediaria entre demandantes de servicios sexuales con menores y terceras personas que tenían contacto directo con las adolescentes, organizando y facilitando, los encuentros entre adultos y mujeres jóvenes menores de edad.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Concepto / UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER**

**ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Evolución legislativa / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Fin de la norma / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos

El punible identificado con el nomen-iuris de «*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*», fue introducido por primera vez al Código Penal colombiano, a través del artículo 34 de la Ley 679 de 2001. Entonces, su descripción típica rezaba:

«*Artículo 312-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con estos, incurrirá en pena de prisión (...)*». (negrita y subrayado fuera de texto)

La norma fue modificada por el artículo 13 de la Ley 1236 de 23 de julio de 2008, únicamente en lo que tiene que ver con la pena a imponer. Así, mantuvo su vigencia hasta el 17 de julio de 2009, fecha en la que empezó a regir la Ley 1329 de 2009, a través de la cual, se realizaron algunos cambios en la redacción del artículo 312A citado – 219A a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 –, introduciendo nuevos elementos descriptivos al tipo penal.

De la **exposición de motivos** presentada con la propuesta inicial de introducción del tipo penal bajo estudio, **se extrae como objetivo genérico** de la Ley, **reprimir el turismo sexual que involucra menores de edad**, cada vez más en aumento.

De manera específica y en relación con el novedoso tipo penal entonces propuesto (en el proyecto original artículo 22, allí denominado *Contacto de menores con fines de abuso sexual*), se indicó que la iniciativa pretendía penalizar la conducta de «(...) **quienes utilicen el correo tradicional, redes globales de información o cualquier otro medio de comunicación para contactar menores u ofrecer servicios sexuales con éstos**». Ello, teniendo en cuenta el

creciente número de denuncias en relación con la explotación sexual de menores y, desde una perspectiva de derecho comparado, con el fin de cubrir el déficit normativo existente, en cuanto a tipos penales que abarcan otras manifestaciones lesivas de los derechos y libertades sexuales de los menores. Igualmente se consideró, que las previsiones del proyecto de ley, eran «(...) **oportunas para salirle al paso a los pederastas y aberrados sexuales que emplean los canales de información magnética para manipular a los menores o hacer contacto con ellos a través de ciertos agentes turísticos**». Así, «[E]l uso de las pistas del ciberespacio y la información reportada por algunos servidores está llegando sin ningún control de acceso. Mientras se adquieren y emplean sistemas capaces de impedir el paso de tales informaciones en la Internet, es preciso atacar a los manipuladores de la información y a los intermediarios que se lucran sirviendo de contacto entre los abusadores y los menores de edad con fines reprochables».

En este contexto, se introdujo el nuevo tipo penal con las siguientes características:

- **Punible de comisión dolosa**, esto es, de aquellos que requieren la comisión de la conducta de manera voluntaria y consciente, así como también, con conocimiento de que la misma constituye delito.

- **De sujeto activo común**, es decir, carente de cualquier condición especial para ejecutar la conducta, pudiendo ser cometido por cualquier persona.

- **Tipo penal compuesto**, al contemplar pluralidad de modalidades de conducta o modelos de comportamiento, que hacen posible la realización del tipo penal, a través de la introducción de dos verbos rectores: «*utilizar*» y/o «*facilitar*».

[...]

De tal forma, la realización del tipo penal, se actualizará con el despliegue de cualquiera de estos dos comportamientos sobre los medios de comunicación que menciona la norma, a fin de obtener contacto u ofrecer servicios sexuales con menores de edad.

---

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER**

**ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Delito de mera conducta / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Consumación o perfeccionamiento / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Consumación: no requiere que el resultado se lleve a cabo

[...]se trata de un **tipo penal de mera conducta**, cuya consumación se agota en una acción del autor, en este caso, con la sólo realización de cualquiera de los verbos rectores «*utilizar*» o «*facilitar*» sobre los elementos y con los fines señalados por la norma. Es así que para el perfeccionamiento o consumación del ilícito, basta con la realización de la descripción típica, **sin que interese la producción de un resultado exterior**, pues lo pretendido por el legislador a través de esta técnica legislativa, es valorar de forma negativa la conducta (desvalor de acción), con independencia del resultado que se produzca.

Es por ello que en esta clase de delitos, el resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico. El primero (resultado), supone la lesión o puesta en peligro del objeto material; en tanto el segundo (menoscabo del bien jurídico), tiene que ver con la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal.

Bajo este entendido, **para la configuración del delito descrito** en el artículo 219A del Código Penal, **no es forzoso que el contacto o la actividad con fines sexuales con el menor de edad** se lleve a cabo.

---

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos descriptivos del tipo: medio de comunicación, concepto / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos descriptivos del tipo: comprende toda relación o trato que se establece entre dos o más personas con fines eróticos

-Como elementos descriptivos y/o aquellos instrumentos de los que se ha tenido que valer el actor para lograr su propósito, la norma (en su versión original) hace referencia a mecanismos del tipo «*correo tradicional*», «*redes globales de información*» o «*cualquier otro medio de comunicación*».

Por «**correo tradicional**» debe entenderse el servicio postal convencional, es decir, aquel sistema dedicado a transportar de manera física y de un lugar a otro, documentos escritos o paquetes.

Por su parte, las «**redes globales de información**», hacen referencia a todas aquellas redes informáticas a través de las cuales es posible conectar ordenadores y otros dispositivos informáticos, con el objetivo de compartir recursos y/o entablar comunicación; de éstas, la más renombrada, el internet. También cuentan como redes globales, las plataformas que se sirven del internet, como Twitter, Facebook, Snapchat, o incluso WhatsApp.

De igual manera y en forma genérica, la ley utiliza el término «**medio de comunicación**», a fin de abarcar **cualquier otro sistema, mecanismo o instrumento de transmisión de información, alternativo a los arriba mencionados**, y que permiten a un emisor determinado ponerse en contacto con uno o varios receptores. Entre los medios de comunicación interpersonal, esto es, aquellos que conectan a dos o más personas de manera privada, cuentan, principalmente el teléfono tradicional, la telefonía celular, el correo postal, el telégrafo, el fax e incluso las actualmente conocidas como Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC – como lo son las redes sociales, el internet, el correo electrónico y todos aquellos demás recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten el procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, ya sea de voz, datos, texto, video o imágenes.

Estos medios de comunicación, señalaba el texto original, **deben ser utilizados para obtener u ofrecer «contacto sexual» o «servicios sexuales» con menores** de 18 años de edad, debiéndose interpretar estas expresiones, como **toda relación o trato que se establece entre dos o más personas con fines eróticos**.

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Tipo penal de peligro / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Bien jurídico protegido: derechos a la libertad, integridad y formación sexuales

[...] se está frente a un **tipo penal de peligro**, por constituir una conducta que apenas alcanza a potenciar una lesión para el objeto de la acción y, por ende, para el bien jurídico. Por lo mismo, **es suficiente el riesgo de lesión como resultado de la acción**. En los delitos de peligro concreto, como lo es el aquí analizado, el merecimiento de pena descansa sobre la peligrosidad general de la acción típica para determinados bienes jurídicos. En este sentido, recuerda y resalta la Sala, que **el acaecimiento del peligro mismo no pertenece al tipo, pero al comportamiento correspondiente le es típicamente propio la producción de un peligro concreto**.

Tratándose en este sentido del bien jurídico que protege la norma, **la conducta reprochada trasciende a los derechos a la libertad, integridad y formación sexuales** de quienes aún carecen de autonomía personal para defender por sí mismos tales garantías, dada su minoría de edad [...].

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Conducta reprochada: debe darse en un trasfondo de prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Conducta reprochada: debe darse, en un contexto de explotación sexual de menores de edad

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala, para diferenciar el comportamiento tipificado por el artículo 219A, de conductas cotidianas socialmente permitidas o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor – como lo podría ser el delito descrito en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de inducción de

menores de 14 años a prácticas sexuales – la conducta reprochada a través del artículo 219A ibídem y demás punibles descritos en el Capítulo IV del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, **debe darse en un trasfondo de prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual**. En otras palabras, debe darse, en un contexto de **explotación sexual de menores** de edad.

Así, la Corte propugna y mantiene vigente la siguiente tesis:

*«(...) si no puede predicarse en una conducta que formalmente se ajuste a la descripción del artículo 219-A del Código Penal un contexto de explotación sexual, la acción será atípica, por ausencia de lesividad, al menos con menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años».*

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Diferencias con el proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - De la explotación sexual: busca castigar quienes promueven el servicio con menores, como a quienes los demandan / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Sujeto activo: quien promueve el servicio con menores, se diferencia con el proxenetismo con menor de edad, por el ánimo de lucro de este último / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Puede concursar con el proxenetismo cuando se utilizan medios de comunicación para ofrecer estas actividades con ánimo de lucro / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Como resolverlo: principios de especialidad, subsidiariedad y consunción

**Diferencias con el punible de proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores**

Pertenece el proxenetismo con menor de edad (artículo 213A C.P.), junto con los delitos de estímulo a la prostitución (artículo 217 C.P.), pornografía (artículo 218 C.P.), turismo sexual (artículo 219 C.P.), demanda de explotación

sexual comercial con menores de edad (artículo 217A C.P.) y la utilización o facilitación de medios de comunicación para obtener u ofrecer actividades sexuales con menores de edad (artículo 219A C.P.), al grupo de **tipos penales relativos a la explotación sexual** en la que los menores de edad son víctima.

De la lectura de la descripción típica del conjunto de normas penales citadas, es posible concluir que **unas y otras están dirigidas a castigar ambos extremos de la explotación sexual de menores**, abarcando tanto a quienes de una forma u otra, proporcionan servicios sexuales con menores de edad o sirven para tal fin (incluidos intermediarios), como a aquellas personas que demandan la actividad.

De igual manera, las normas intentan comprender una diversidad de posibles comportamientos que tienen ocurrencia en la cadena del negocio ilegal de la explotación sexual de menores.

Así, a través de los ilícitos mencionados, tratándose de aquél **sujeto activo que promueve** de alguna manera la explotación sexual de menores (como es el caso de la procesada NSV), se sanciona:

- Al que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organiza, facilita o participa de cualquier forma de comercio carnal con menores (**artículo 213A C.P.**). Se trata de un delito de inducción a la prostitución, en el cual la víctima no ha alcanzado los 18 años de edad.

- Al que, entre otros verbos rectores, produce, divulga, ofrece o vende representaciones reales de actividad sexual que involucra menores de edad (**artículo 218 C.P.**)

- Al que destina, arrienda, mantiene, administra o financia inmueble para la práctica de actos sexuales con menores de edad (**artículo 217 C.P.**).

- Al que utiliza o facilita medio de comunicación para ofrecer o facilitar contacto o actividad sexual con menores (**artículo 219A C.P.**); y finalmente,

- Al que dirige, organiza o promueve actividad turística que incluya la utilización sexual de menores (**artículo 219**).

En este específico ámbito de sujeto activo, **la diferencia entre las conductas descritas en los artículos 213A y 219A** del Código Penal, **está en**

**particulares ingredientes del tipo de uno y otro. El principal** y que diferencia al primero del segundo, **es el ánimo de lucro**, lo cual hace que el reproche penal sea más severo, tal como lo denotan las penas establecidas: de 14 a 25 años de prisión para el proxeneta y de 10 a 14 años de prisión para quien incurre en la conducta del artículo 219A ibídem.

Ahora bien, **que la redacción del tipo penal del proxenetismo con menor, no contenga un medio específico** a utilizar (como son los medios de comunicación) para facilitar u organizar el comercio carnal allí reprochado, **no quiere decir, que no abarque aquellos comportamientos** en que el proxeneta –con ánimo de lucro– **instrumentalice tales medios**, para «organizar, facilitar o participar de cualquier forma» el tantas veces referido comportamiento.

Luego entonces, de tratarse el hecho investigado y juzgado, de persona que, dentro de un contexto de explotación sexual, **haciendo uso de cualquier medio de comunicación y con ánimo de lucro** para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, **organiza, facilita u ofrece contacto o actividad sexual con menores, concurre al mismo tiempo** en los tipos penales de proxenetismo con menor de edad, descrito en el **artículo 213A** del Código Penal, y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años, del **artículo 219A** ibídem.

Se está así, frente a un evidente **caso de concurso aparente de leyes penales**. Cómo elegir la norma a aplicar, tanto la doctrina, como la jurisprudencia nacional, han destacado el uso de los **principios de especialidad, subsidiaridad y consunción**.

1) De acuerdo con el **principio de especialidad**, un tipo penal es especial en relación con otro, cuando una disposición penal presenta todos los elementos de otra, pero además, otro(s) específicos, que demuestran un fundamento especial de la punibilidad (lex specialis derogat legi generalis). En este caso debe aplicarse el tipo penal especial, al contener los elementos propios del tipo básico y otros nuevos que permiten adecuar la conducta respectiva dentro de su marco.

2) De otra parte, un **tipo penal es subsidiario** de otros, cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que



sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. El tipo subsidiario retrocede ante el primario.

3) Finalmente, según el **principio de consunción**, el tipo penal consuntivo consume al simple. Y un tipo penal es consuntivo, cuando el contenido de injusto y culpabilidad de una acción típica incluye también otro tipo de menor relevancia jurídica, teniendo mayor riqueza descriptiva. En estos casos, el tipo penal de mayor riqueza descriptiva «*contiene una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura mas grave, realiza cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia sino por cuenta de otro tipo*».

Bajo tales principios, **la norma penal a aplicar al caso planteado, será el artículo 213A** de la Ley 599 de 2000. Ello, **al contener** el supuesto de hecho allí descrito, **todos los elementos del artículo 219A** ibídem, **más otros** ingredientes especiales o específicos.

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Sujeto activo: quien demanda el servicio con menores, se diferencia de la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, por el pago o promesa de pago / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - No contiene el elemento ánimo de lucro o, el pago o promesa de pago, lo que tipificaría otra conducta

[...] en lo que tiene que ver con aquellos **sujetos activos** que **demandan servicios sexuales** con menores de edad, el Capítulo IV del Título IV, Libro Segundo, del Código Penal castiga:

- Al que solicita o demanda realizar acceso carnal o acto sexual con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago (**artículo 217A C.P.**)
- Al que compra, posee, porta o almacena pornografía que involucre menores; y
- Al que utilice o facilite medios de comunicación para obtener o solicitar contacto o actividad sexual con menores (**artículo 219A C.P.**).

En el **caso de quienes demandan el servicio ilegal** –como sería para la mayoría de los aquí procesados que acuden en sede de casación y de conformidad con los hechos por los que fueron acusados—, prescindiendo de la conducta de pornografía infantil, se trata de tipos penales similares, diferenciados por circunstancias específicas contenidas en una y otra descripción típica.

**La mayor complejidad la posee el artículo 217A del Código Penal, frente al 219A** ibídem, lo cual se advierte en los elementos exigidos por la norma, así como en la sanción establecida para cada uno de ellos. Así, para el delito de **demandación de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años**, en la solicitud de la actividad sexual ilícita por parte del agente –sin importar el medio a través del cual se solicite—, **debe mediar el «pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza»**. Por el contrario, **dicho elemento no aparece en el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores**, cuya conducta principal es utilizar o facilitar medios de comunicación, con el fin de obtener o solicitar contacto o actividad sexual con personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

Así, la conducta principal del artículo 217A del Código Penal, en el artículo 219A ibídem **se convierte en secundaria**, debiendo mediar para el primero (217A), pago o promesa de alguna remuneración, cualquiera que ella sea. Por otra parte, tratándose de la sanción a imponer, mientras que el primero consagra pena de prisión de 14 a 25 años, el segundo contiene un castigo que puede ir de 10 a 14 años de prisión.

Ahora bien, una **comparación general** del tipo penal del **artículo 219A** ejusdem, *con* aquél descrito en el **artículo 213A** del estatuto penal o *proxenetismo con menores*, arroja como resultado una **diferencia** trascendente: **el último únicamente castiga a aquella parte de la cadena que se ocupa de promover o posibilitar de alguna forma la explotación sexual de menores**, dejando la sanción de quien demanda los servicios sexuales con menores mediante pago o promesa de pago, al ilícito descrito por el artículo 217A de la Ley 599 de 2000.

Por su parte, el **artículo 219A** del mismo Código, **si bien sanciona en el mismo tipo ambos extremos de la cadena** ilícita (ofertante o intermediario y demandante), contiene una

conducta principal (utilizar o facilitar cualquier medio de comunicación) no contenida específicamente en la del proxenetismo cuya finalidad resulta siendo las conductas principales castigadas por los delitos de los artículos 213A y 217A del Código Penal.

---

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Delito de mera conducta / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Consumación: no requiere que el resultado se lleve a cabo / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Tipo penal de peligro

**El apoderado de PM alegó** la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 219A de la Ley 599 de 2000. Sostuvo que para la configuración del tipo penal, **la conducta debe trascender del mero empleo de un medio de comunicación** para pretender un encuentro sexual, **siendo necesaria la demostración de la consumación** de tal propósito, esto es, el «*contacto o actividad con fines sexuales con la persona menor de 18 años*».

Al respecto **resultan desacertadas** las consideraciones expuestas en este sentido por el censor, quien no tuvo en cuenta que **el delito atribuido**, como se analizó en título anterior (2.1.1.), pertenece a la categoría de los denominados **tipos penales de mera conducta**, cuya consumación se agota con la sola realización de cualquiera de los verbos rectores sobre los elementos y con los fines señalados por la norma, por lo que **no es forzoso la producción de un resultado exterior**, pues la simple acción supone la puesta en peligro del objeto material, así como también, del bien jurídico.

Igualmente se trata de un tipo penal de peligro, en contraposición a aquellos denominados de lesión, al ser la conducta descrita una conducta que apenas amenaza y/o pone en peligro el bien jurídico.

---

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER**

**ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Demostración / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos descriptivos del tipo: medio de comunicación, concepto

**Alegó el apoderado de OV** la violación directa a la ley sustancial por **interpretación errónea**, al considerar que el Tribunal equivocó el sentido dado a la descripción típica del artículo 219A del Código Penal, **al entender que éste castiga las conversaciones telefónicas de tipo sexual** y/o en las que se hable de intercambio sexual con menores, yerro que llevó a la condena indebida de su representado.

**De acuerdo con la sentencia de segundo grado**, la llamada telefónica que compromete la responsabilidad de OV se refiere a la evidencia identificada con el Nr. 22, la cual se transcribió en su totalidad en la sentencia. De ésta dedujo el Tribunal «**un claro y evidente contenido de tipo sexual**». Sin embargo, no es tal consideración la que le permitió concluir la configuración del tipo penal en comento. **Del contenido de la llamada, dedujo** el ad-quem que «**se está hablando de un intercambio sexual con mujeres menores de edad, concretamente se menciona una menor de 16 años**». Conversación que, verifica la Corte, implicó los elementos constitutivos del tipo penal, pues en ella **no solamente se ofrecen contactos con fines sexuales que involucraban menores**, sino también, deja evidente, **el ánimo e interés** de uno de los interlocutores de la llamada telefónica, más exactamente del señor FO, de obtener contacto o actividad sexual con **jovencitas que no alcanzan la mayoría de edad**. Es así que OV, en el decurso de la llamada, pregunta a su interlocutora «*(...) dónde están es viejas buenas, señoritas (...)*» y al serle ofrecida una de su gusto (hermosa, de cara, cuerpo y bien hablada), pregunta por su edad (16 años), complementando su ánimo de obtener el contacto, con la manifestación: «*yo necesito una vieja para salir, pa (sic) llevarla a pasear*».

Luego entonces, carece de sustento el cargo elevado por el demandante, no resultando cierto que el fallador de segunda instancia hiciera una interpretación errada del contenido del artículo 219A del Código Penal. La prueba llevada a juicio demuestra los elementos constitutivos del tipo requeridos por el artículo 219A del Código Penal:

(i.) la utilización de la telefonía (ii.) con el fin de obtener contacto o actividad sexual con menores de 18 años de edad. Todo ello, en un contexto de explotación sexual de menores de edad.

El cargo no prospera.

**UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Puede concursar con el proxenetismo cuando se utilizan medios de comunicación para ofrecer estas actividades con ánimo de lucro / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Como resolverlo: principios de especialidad, subsidiariedad y consunción / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Sujeto activo: quien promueve el servicio con menores, se diferencia con el proxenetismo con menor de edad, por el ánimo de lucro de este último / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplica a favor del procesado

Igual cargo se propuso a favor de la señora SV. Sin embargo **los hechos jurídicamente relevantes** atribuidos a ésta, **difieren de aquellos imputados a los demás co-procesados**.

De las escuchas telefónicas obtenidas en contra de ésta y que datan del 20 de agosto de 2009, queda claro, tal como lo concluyó el Tribunal, que N se comunicó vía telefónica con MCM, alias «M», a fin de **conseguir por su intermedio dos quinceañeras** para llevarlas con un hombre de origen norteamericano, **a cambio de dinero**. Refiere la procesada en la comunicación, que el solicitante del servicio le entregará \$ 120.000.00 pesos **por niña**, de los cuales \$ 100.000.00 son para cada una de las adolescentes, \$ 20.000.00 para ella [N], ofreciendo a M \$ 20.000.00 por facilitar el contacto.

En efecto, **el comportamiento relatado** y demostrado a través de la llamada telefónica interceptada y reproducida como prueba en el juicio, **encuentra subsunción en dos tipos penales**: el de **proxenetismo con menor de edad** (artículo 213A del Código Penal) y aquél denominado **utilización o facilitación de medios de comunicación** para ofrecer actividades sexuales con menores (artículo 219A ibídem). Se está de tal forma, frente a la categoría

dogmática de un **concurso aparente de normas de delitos**.

La elección de uno de ellos a efectos de imputar a la procesada SV, **debió hacerse** dando aplicación a los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, desarrollados por la doctrina penal y acogidos pacíficamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Así, **como el tipo penal de proxenetismo con menor** de edad descrito en el artículo 213A citado, **reproduce también los elementos típicos de un tipo penal más general**, como lo es el descrito en el artículo 219A ibídem, y **además, caracteriza de manera más precisa al hecho**, añadiendo elementos adicionales, como lo es **el ánimo de lucro** para sí o para un tercero, y habiéndose demostrado este elemento subjetivo especial referente a la intención de **obtener una ganancia** para sí o un tercero, **el delito a aplicar, era** aquél descrito en el **artículo 213A ibídem**.

[...]

Ahora bien, **que la procesada NSV fuese acusada y haya resultado condenada por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación** para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años **y no por aquél con mayor riqueza descriptiva** y que abarcaba la totalidad de la conducta por ella desarrollada, considera la Corte, **no altera la legalidad de la sentencia censurada**.

No es posible perder de vista, se insiste, que la conducta desplegada por la procesada, encuentra subsunción en dos tipos penales, uno de los cuales (el proxenetismo con menores) consume al de menor entidad o simple (utilización de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores), por hacer parte la descripción típica del último, de las características y/o elementos del primero.

Al haberse adelantado el proceso por el delito simple o delito que debió ser desplazado, surge, en este caso particular, **la necesidad de mantener la aplicación de éste**, lo cual en manera alguna afecta el principio de legalidad de los delitos y las penas, **además de resultar favorable a la procesada**, evitando incluso la impunidad de la conducta, que de una u otra forma, es reprochada por la ley penal.

En este contexto y considerando que la ley penal colombiana únicamente regula lo concerniente al concurso ideal de conductas punibles (artículo

31 del Código Penal), dejando la solución al concurso aparente de leyes a los principios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, la Corte, reiterando:

1. Que en el caso bajo estudio concurren dos normas penales (artículos 213A y 219A del Código Penal), la cuales subsumen de una u otra forma la conducta desplegada por NSV.

2. Que la condena por el delito descrito en el artículo 219A del Código Penal no lesiona el principio de legalidad de los delitos y las penas, por cuanto la conducta demostrada, se insiste, encuentra subsunción también en el artículo 219A del estatuto penal.

3. Que la aplicación del artículo 219A *ibídem*, en últimas, es más favorable a la procesada.

4. Que en todo caso, se respetaron los derechos de defensa y debido proceso de la implicada, al haber existido congruencia fáctica y jurídica desde la formulación de imputación hasta el proferimiento de la condena en segunda instancia; y finalmente

5. Que a la luz de los actuales parámetros jurisprudenciales, **el juez tiene la posibilidad de variar la calificación jurídica** de la conducta imputada por la Fiscalía, **siempre y cuando se mantenga el núcleo fáctico de la imputación**, se trate de un delito de menor entidad y se respeten los derechos de las partes; luego entonces, al ser ello posible, menos controversia y obstáculos se presentan, **cuando existiendo un concurso aparente** de normas o de delitos, **se condena por un delito de menor entidad**, por el cual el procesado ha sido imputado, acusado y finalmente declarado penalmente responsable;

[...] en consecuencia, **no casará la sentencia impugnada respecto al cargo aquí analizado**, manteniendo la condena proferida en segunda instancia en contra de NSV por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años (artículo 219A *ibídem*).

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Identificación e individualización del procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: libertad probatoria / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas, existe libertad probatoria para identificar a los sujetos

que hacen parte de la conversación / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas, la ley no exige el cotejo de voces para establecer quienes hacen parte de la conversación / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: identificación de los intervinientes

**Para los defensores, las pruebas aducidas en juicio no demuestran** con la certeza requerida por la ley, **que sus representados son las personas cuya voz se escucha en las comunicaciones interceptadas**. Al respecto, echan de menos la realización de un cotejo de voces a través del cual se constatará la correspondencia entre interlocutores de las llamadas y procesados, constituyendo además las declaraciones respecto a las labores de identificación de los procesados realizadas por el testigo AGRM, investigador líder, una prueba de referencia que no cumple con los presupuestos para ser admitida como tal en el proceso.

**Las argumentaciones** de los togados en tal sentido, **carecen de cualquier respaldo**.

En primer lugar, como lo ha reiterado la Corte de manera constante y unánime, de conformidad con lo reglado por el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de libertad probatoria **«los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole derechos humanos»**. Por lo tanto, si bien el cotejo científico de voces **quizás fuese el mecanismo ideal** para la identificación de los interlocutores de una conversación, en este caso telefónica, **ello no excluye** que, como en el presente evento, esa convicción pueda lograrse por otros elementos probatorios.

En este contexto, como la **ley no exige una prueba en particular para identificar a las personas que intervienen en una comunicación telefónica, sino** que impone la **obligación al funcionario de disponer la práctica de aquellas necesarias para obtener tal fin**, los medios probatorios utilizados por la Fiscalía para probar tal menester, son del todo válidos, pues los mismos se ajustan a los parámetros establecidos por el Código de Procedimiento Penal y no vulneraron garantías fundamentales, tal como se expone a continuación.

En el sub-iúdice el proceso de individualización e identificación de quienes fungían como interlocutores en las llamadas objeto de observación y que en últimas demostraron la configuración del tipo penal por el que los implicados resultaran condenados, fue descrito en el juicio por el testigo AGRM, investigador líder, adscrito a la SIJIN.

Explicó RM que **una vez identificados los números telefónicos** de los interlocutores relevantes para la investigación, que entablaban comunicación ya fuera con HMCN, MCMM alias «M» o LJT, y de quienes **las comunicaciones arrojaron algunos datos** (como nombres, ocupación y/o localización), se solicitó a Empresas Públicas de Medellín (EPM), la

ubicación de tales líneas telefónicas o dirección en la cual se encontraban reportadas. Una vez obtenida esa información, **se realizaban labores de vecindario y visitas a los inmuebles reportados, donde confirmaban los nombres de los interlocutores** con la respectiva identificación que aportaban los allí residentes, la cual posteriormente **era corroborada con la copia de la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía** remitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En particular, sobre cada uno de los procesados, el líder investigador explicó:

[...].

**(Texto resaltado por la Relatoría)**



**Dr. Carlos Alfonso Herrera Díaz**  
**Relator**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9317  
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá