



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Primer trimestre 2022

Enero a Marzo de 2022

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. ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Concepto	3
2. ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos: casos de preclusión, cesación de procedimiento o absolución por violación a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional humanitario, procedencia y o requisitos	12
3. ACUERDO DE PAZ (FARC) - Extradición: el juzgamiento de crímenes contra el dih prevalece sobre esta figura de colaboración internacional	17
4. EXTRADICIÓN - Pruebas: solicitud extemporánea	23
5. ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES - Diferente a daños en los recursos naturales y ecodidio	27
6. INDICIO - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos	32
7. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Obligaciones de la fiscalía para lograr su apreciación	40
8. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Trámite: si no se respetan las reglas para practicarse o no se solicita su control en los plazos señalados, la prueba es ilegal y no puede hacerse valer en el juicio	47
9. IRA O INTENSO DOLOR - Ira: concepto	52
10. JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos	57
11. JURISDICCIÓN INDÍGENA - Competencia: no existe para juzgar conductas cometidas fuera del territorio nacional	63
12. LEGÍTIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: concepto	64
13. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Características: no establece amnistías o indultos generales para grupos armados ilegales	70
14. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: interés para recurrir	75
15. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio, alcance y límites	80

16. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba	86
17. TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, conservar, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración	90
18. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura: mediante maltrato psicológico a los hijos	94





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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Primer trimestre 2022

Enero a Marzo de 2022

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. ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Concepto / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO**

- Denominado por la doctrina: como hacking directo o mero intrusismo informático / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO**

- Delito de mera conducta / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, acceder o mantener /

ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Elementos: ingrediente normativo, se acceda en el sistema informático sin autorización del titular legítimo del derecho / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO**

- Elementos: ingrediente normativo, que aun cuando, se tiene permiso del titular legítimo del derecho, se mantiene dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas /

ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Demostración /

ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Perfeccionamiento / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Antijuridicidad /

ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Se configura / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - No se configura /

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Alcance / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: confirma condena

La Corte decidió la demanda de casación y doble conformidad formulada contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la condena por el delito

de concierto para delinquir y revocó las absoluciones que se habían proferido en primera instancia por los delitos de acceso abusivo a sistema informático y concierto para delinquir, para lo cual estudió las características y elementos de los referidos tipos penales, decidiendo no casar el fallo de condena, no obstante, haber evidenciado que el Ad quem incurrió en un error en el momento de dosificar las penas de prisión y multa por debajo de lo que en realidad correspondía y respecto de la totalidad de los hechos por los que había condenado, en aras de garantizar el principio reformatio in pejus.

Aunado a ello, pese a que el Tribunal de Medellín, ninguna argumentación presentó respecto de la concesión o no de los subrogados de la suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, estimó la Sala que, en cumplimiento de los principios de economía procesal, eficiencia y carga útil de las decisiones, le era posible pronunciarse respecto de la concesión del mecanismo sustitutivo, sin que ello estuviera en desmedro de la justicia o de las partes vinculadas al trámite.

SP592-2022(50621) de 02/03/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Y.A.V.O. y su compañero E.E.R.D., con el propósito de defraudar a varias entidades bancarias, conformaron una organización criminal que se inició a partir de enero de 2008 y perduró aproximadamente hasta finales del año 2011.

Con tal propósito reclutaban clientes que tenían cuentas de ahorro, corriente, crédito rotativo y tarjetas de créditos en la entidad o para que las abrieran con documentos falsos. Las mismas eran utilizadas para realizar movimientos financieros a través de títulos valores falsos que se hacían efectivos tras aprovechar un problema técnico interno de la entidad, en la cual, luego de que el Stratus notifica la devolución de cheques, solo hasta el día siguiente a las 06:00 se efectúa la notificación del sistema FM200 (para el caso de credi-express) y a las 07:00 la sincronización del sistema FACT para tarjetas de créditos.

El fraude era posible al contar la organización con el apoyo de funcionarios al interior del banco, que, en calidad de informadores de la entidad, se encargaban de hacer seguimiento a las cuentas, para asegurar el pago de los títulos valores fraudulentos, vulnerando los sistemas de información y aprovechando el momento en que el sistema interno de la entidad no funcionaba.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Elementos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Demostración: acuerdo de voluntades y conexidad de hechos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Configuración: puede recaer sobre delitos indeterminados, sin que requiera la materialización de uno de estos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Bien jurídico tutelado / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: Elemento "acuerdo": vocación de permanencia / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de mera conducta / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Configuración: es indiferente la consumación de los injustos indeterminados objeto del concierto, o siquiera el inicio de actos ejecutivos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Dolo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Consumación / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: inconsistencias, sobre aspectos secundarios / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: recuerdo de hechos ocurridos tiempo atrás / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto / **ACCIÓN PENAL** - No se subordina a los resultados del procedimiento disciplinario / **ACCIÓN PENAL** - Es independiente de la disciplinaria / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: sana crítica / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura

[...] se ofrece evidente la estructuración material y jurídica del delito de concierto para delinquir, en tanto, existió: i) un acuerdo de voluntades entre varias personas, ii) para crear una organización que tuvo como propósito la comisión de delitos indeterminados en su número y ejecución, con claro propósito de

defraudar a la entidad bancaria iii) aparato criminal con vocación de permanencia.

[...]

En este sentido, es necesario precisar, respecto del delito de concierto para delinquir, que la lesión al bien jurídico tutelado no requiere establecer, como lo insinúa la defensa, el número exacto de las muchas consultas realizadas, ni si las mismas tuvieron lugar durante su jornada laboral o por fuera de ella, pues, lo cierto que el delito de concierto para delinquir se tiene por demostrado con el solo acuerdo de voluntades, por tratarse de una ilicitud de mera conducta. Si fruto del acuerdo se ejecutan específicas conductas ilícitas, se acota, estas operan independientes del acuerdo y desde luego, reclaman su demostración específica.

Como la conducta inicial objeto de condena lo es el concierto para delinquir, ella no reclama que se demuestre la materialidad de algún delito en concreto, fruto de lo acordado, ni mucho menos, que se precisen elementos directamente relacionados con estos punibles.

Y, si aquí se ha hecho relación a las actividades que con ocasión del concierto para delinquir realizaron los acusados, ello deriva de un aspecto eminentemente probatorio, en cuanto, esos comportamientos puntuales, sea que se condene o no por ellos, verifican la pertenencia a la organización.

Se repite, la actuación destacada, en cuanto, forma de operar, define cómo la organización se hallaba compartimentada, con división de funciones de sus miembros, en tanto, una vez realizadas las consignaciones fraudulentas, era menester que los informadores del banco estuvieran al tanto de los movimientos de las cuentas, en particular, verificar que sí se aceptó el incremento del cupo y, que ya presentado el título valor, aún no se hubiese efectuado el canje; de ahí las consultas que reiteradamente fueron realizadas.

Por manera que, los cargos presentados por la defensa no logran demostrar que en la valoración probatoria adelantada por el Ad quem se incurrió en algún yerro.

[...]

En el anterior acontecer ilícito resultaba trascendente la intervención de los informadores, en tanto, eran éstos quienes, desde el interior del banco, realizaban las diferentes consultas antes, durante y después de la consignación de los mencionados cartularios, en el propósito de verificar y mantener al tanto a los líderes de la organización, respecto del momento en que podían apoderarse de los dineros.

Así lo dieron a conocer J.A.R. -perito en sistemas- y L.J.M.J. -investigadora del C.T.I.-, al indicar que el fraude consistía en realizar operaciones a través de la consignación de títulos valores de chequeras ajenas, los cuales se hacían efectivos debido a la falla existente en el sistema del banco, que impedía la inmediata corroboración.

[...]

Por tanto, las sindicaciones que en contra del acusado realiza S.C., no surgen aisladas o carentes de soporte probatorio, dado que, junto con los medios de prueba que vienen de analizarse, los vínculos que tenía con la organización C.M., se verifican, no sólo por el aporte del testigo, sino porque sus actuaciones delictuales al lado de J.A.U.Q. -hoy condenado por estos hechos- fueron debidamente probadas.

Finalmente, por obedecer el proceso disciplinario a unas naturalezas y consecuencias distintas, ninguna incidencia tiene a la hora de declarar o no la responsabilidad de un procesado, en tanto, en este caso son otros los medios de prueba los que otorgan el conocimiento requerido para tomar la decisión que el caso requiere.

Del mismo modo, más allá de que los cheques fraudulentos fueran o no cobrados cuando C.M. realizó las consultas, recuerda la Corte que la naturaleza del concierto para delinquir, como delito de mera conducta y de ejecución permanente, no requiere la materialización de los comportamientos que indebidamente pactaron ejecutar, sino el acuerdo previo de voluntades con fines eminentemente ilícitos.

Se concluye, entonces, que algunos empleados del banco, entre ellos el acusado, hicieron parte de la agrupación ilícita conformada por particulares, en su mayoría clientes de la misma entidad, que actuaron con criterio de permanencia y no apenas en casos aislados o coyunturales; y, además, no se discute que esa banda, aprovechando la desincronización de los sistemas y con la ayuda de los informadores, logró sustraer de manera permanente fuertes sumas de dinero que defraudaron las arcas de [...].

En esas condiciones, la valoración que efectuó el tribunal en torno de los medios de prueba allegados al juicio por la Fiscalía, se sujetó a la sana crítica, sin desconocimiento alguno a las reglas que las rige, por lo que la Sala no casará el fallo de condena respecto del delito de concierto para delinquir atribuido a F.D.C.M.

ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Concepto / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Denominado

por la doctrina: como hacking directo o mero intrusismo informático / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: sujeto activo indeterminado / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: sujeto pasivo / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: bien jurídico tutelado / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Delito pluriofensivo / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: solo admite modalidad dolosa / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Delito de mera conducta / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, acceder o mantener / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: ingrediente normativo, se acceda en el sistema informático sin autorización del titular legítimo del derecho / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: ingrediente normativo, que aun cuando, se tiene permiso del titular legítimo del derecho, se mantiene dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: ingrediente normativo, que aun cuando, se tiene permiso del titular legítimo del derecho, se mantiene dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas, explicación / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Demostración / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Perfeccionamiento / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Antijuridicidad / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Se configura / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - No se configura / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Alcance / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: confirma condena

[...] la Sala considera de importancia resaltar que el tipo penal de acceso abusivo a un sistema informático -art. 269 A del C.P.-, ha sido reconocida por la doctrina como “hacking directo o mero intrusismo informático”, es decir, “conductas de meros accesos y/o permanencias perpetradas con el único fin de vulnerar un password o una puerta lógica que permite acceder a sistemas informáticos o redes de comunicación electrónica”

En ese orden, el tipo penal está conformado i) por un sujeto activo que no es calificado por no necesitar de una condición especial para quien accede a un sistema informático “sin autorización”, o que teniéndola, decide conscientemente mantenerse conectado;

ii) por un sujeto pasivo, que es la persona natural o jurídica titular del sistema informático;

iii) por lesionar varios bienes jurídicos tutelados, entre ellos, la información, los datos y la intimidad, ha sido reconocido como un tipo penal pluriofensivo;

iv) solo admite el dolo en el actuar del ciberdelincuente;

v) es un delito de mera conducta, por cuanto, la sola intromisión en una red informática, en las condiciones establecidas en el tipo penal, afecta el bien jurídico tutelado;

vi) contempla dos verbos rectores, acceder o mantener;

vii) como ingrediente normativo, exige que el sujeto activo de la acción a) acceda en el sistema informático sin autorización, o, b) aun cuando, teniendo el permiso del titular legítimo del derecho, se mantiene dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas.

Respecto de la primera forma de actuar del ciberdelincuente, no reviste mayor complejidad, por cuanto, resulta suficiente la introducción ilegítima sin la voluntad del titular de la cuenta.

El problema surge con la segunda manera de actuar, en tanto, el ingrediente normativo que la contiene está enfocado a establecer cuáles serían los límites de esa autorización que desbordaría el tipo penal estudiado.

En las condiciones anotadas, se entrará a examinar si, en efecto, C.M. accedió al sistema informático del banco [...] sin la debida autorización o si, teniendo el permiso del titular legítimo del derecho, se mantuvo dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas.

Lo primero que debe señalarse es que, conforme con el acuerdo de voluntades al que llegó C.M. con la organización, su aporte en la empresa delincuencia, consistió en acceder a las cuentas bancarias de los demás integrantes de la banda y verificar el momento en que los títulos valores hicieran canje, por lo que, una vez establecida la liberación de cupos, procedían a realizar transacciones o a retirar el dinero.

De esa manera, se precisa que C.M., como informador del banco [...], tenía la posibilidad de acceder a la cuenta de los usuarios siempre y cuando cumpliera con algunos de los requisitos establecidos en el manual de autenticación de clientes, entre los que se encontraba contar con la presencia del legítimo titular del derecho.

Para el efecto, cobran relevancia las declaraciones de N.E.S.L., O.L.H. N. y M.A.A.C. -funcionarios del banco [...]-, al señalar que, en cumplimiento del manual de autenticación de los clientes, establecido en la entidad, los informadores sólo podían acceder a las cuentas

de los usuarios en el horario de atención al cliente, cuando éstos se encontraran presentes en la entidad realizando sus transacciones.

En ese orden, resulta preciso establecer si cuando el acusado, entre enero de 2010 y enero de 2011, accedió más de trescientas veces a las cuentas bancarias de J.A.U.Q., y otras tantas a las de D.E.M.H. y L.E.B. -todos integrantes de la organización criminal-, como lo sostuvieron los investigadores J.A.R.V. -perito en sistemas del C.T.I.- y J.C.R.M. -Asesor Legal en Riesgos, Investigación y Fraude financiero-, incurrió con su actuar en el delito de acceso abusivo a un sistema informático, conforme los hechos de la acusación.

De acuerdo con el señalamiento que estos últimos hicieron, las consultas realizadas por C.M. aunque ocurrieron cuando éste cumplía funciones de informador y en su horario de trabajo -de 9 a.m., a 4 p.m-, no por ello se descarta, como la defensa lo sugiere, la antijuridicidad de la conducta, dado que como el bien jurídico tutelado es la información y los datos, de igual manera puede éste resultar vulnerado, cuando a ellos se accede para cumplir propósitos ilícitos como en este caso.

De esta suerte que, aunque el funcionario se encontrara cumpliendo sus labores en su jornada laboral, es posible vulnerar bienes jurídicos protegidos por la norma, por cuanto el reproche punitivo se presenta en los dos eventos claramente establecidos, bien cuando el ciberusuario accede a los sistemas sin estar autorizado o, estándolo, decide permanecer en ellos con fines delictuales.

En este caso, C.M. pretextando veladamente que no infringía el manual de autenticación del cliente, ingresó de manera reiterada a las cuentas bancarias de quienes igualmente hacían parte de la organización criminal, con el objeto de cumplir la labor que el grupo delincuencia le había asignado, sin que para el trámite que le competía realizar al interior de la entidad se requiriera de la presencia del cliente, como la defensa lo esgrime.

Es lo cierto que según el acuerdo de voluntades que con el grupo delincuencia había llegado, el informador contaba con la anuencia explícita del cliente para acceder a las plataformas virtuales, aprovechando además que, poseía las claves que la propia entidad le había suministrado para a ellas ingresar solo en cumplimiento de su función, de tal suerte que, al utilizarlas para los intereses del grupo criminal, de entrada vulneraba el bien jurídico de la información y los datos.

Así lo declaró O.L.H.N. -ejecutiva Sponsor de [...] al señalar que los informadores podían acceder a las cuentas de los usuarios cuando éstos hacían presencia en el banco para los trámites que éste quería, como atrás quedó señalado, o cuando en el ejercicio de sus funciones, controlaban de éstos su cartera, para ello explicó que el banco proporcionaba al funcionario -informador-, una clave y un usuario, que “garantizaba la confiabilidad que tenemos de reserva bancaria”.

Bajo esos lineamientos, la Fiscalía sí logró acreditar que C.M. en atención al número de incursiones efectuadas en las cuentas de tres de los miembros de la banda, perfeccionó el delito de acceso abusivo a sistema informático, que tuvo como finalidad, como ya se ha venido indicando -en cumplimiento de los acuerdos de voluntades-, mantenerlos al tanto del momento en que la operación fraudulenta se podía realizar por la falla técnica en los sistemas.

Con esos propósitos dijo J.A.R.V. -perito en sistemas del C.T.I.- que de acuerdo con el análisis forense por el realizado, incorporado como prueba 4 de la Fiscalía -de febrero de 2015- el acusado consultó infinidad de veces a J.A.U.Q. para verificar el movimiento de sus productos, antes y después de consignar varios títulos valores fraudulentos.

Ilustró el testigo, que el usuario U.Q. presentó 17 eventos de devolución de títulos valores fraudulentos entre el 19 de noviembre de 2010 al 4 de enero de 2011 por montos cercanos a los doscientos millones de pesos, lapso durante el cual y en sólo 10 días se presentaron múltiples consultas por parte del acusado, las que se realizaron antes y después de cada transacción que superaron las cincuenta y seis.

Además de resultar desproporcionado, dijo el testigo, que durante enero de 2010 a octubre del mismo año, cuando la organización delictiva mayor actividad fraudulenta realizó, el acusado igual procedimiento efectuó con el mismo usuario, de la siguiente forma: i) en el mes de enero efectuó 80 consultas; ii) en febrero 107; iii) en marzo 196; iv) en abril 58; v) en mayo 161; vi) en junio 108; vii) en julio 98; viii) en agosto 70; ix) en septiembre 23 y, x) en octubre 31 consultas.

Al respecto informo O.L.H. N. -funcionaria del banco-, que no era usual que un informador bancario ingrese de manera reiterada a las cuentas de un usuario, cuando éste cuenta con las herramientas necesarias para consultar sus saldas y hacer las respectivas transacciones por fuera de la entidad.

No cabe duda que el actuar del acusado, al ingresar desmedidamente a la cuenta de uno de

los mayores defraudadores del banco, no se corresponde con el normal desarrollo de su actividad como informador, sino con un actuar ostensiblemente doloso tendiente a favorecer a la banda de la que hacía parte, proceder éste que repercutió en los intereses de la entidad, al utilizar a su antojo la contraseña y el usuario que sólo le permitía ingresar a la base de datos con propósitos lícitos.

De esta manera, sin justificación alguna, vulneró la información y datos privilegiados que la entidad bancaria sometía a la respectiva reserva y confidencialidad.

Finalmente, la Sala ninguna fundamentación hará con respecto de lo actuado respecto de los también integrantes de la organización criminal D.E.M.H. y L.E.B., a los que se dijo en la acusación igualmente consultó de manera irregular el acusado, ello para no vulnerar el principio de reformatio in pejus, dado que el Tribunal ningún cuestionamiento al respecto hizo.

Por tanto, la Sala no casará el fallo del Tribunal Superior de Medellín que condenó a F.D.C.M. por el delito de acceso abusivo a un sistema informático agravado -art. 269 A, 269 H 1 y 3-, por lo que en garantía del instituto de impugnación especial la decisión de segunda instancia será confirmada».

NULIDAD - Congruencia: acusación y sentencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: obligaciones, frente a la delimitación y verificación de hipótesis factuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinación de la relevancia jurídica / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Demostración / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: no se vulnera / **NULIDAD** - No se configura

No vulneró el Tribunal Superior de Medellín, el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y el fallo, cuando decidió condenar a Y.M.M.M. por el delito de acceso abusivo a un sistema informático.

[...]

Es lo cierto que la Fiscalía cumplió con su deber legal de atribuir tanto fáctica como jurídicamente los dos eventos en que la conducta se tipifica, porque se accede a un sistema sin autorización del titular o excediendo el permiso que le fue dada, de manera que lo importante para el caso que se revisa, es si, cuando M.M. accedió a los sistemas financieros del banco, ésta se encontraba o no autorizada, independientemente

si lo hizo por fuera o no de su horario laboral -ver numeral 1.2.-

En cuanto a lo primero, dijo el Ente Acusador que la funcionaria incumplió el manual de autenticación del cliente, al acceder a los sistemas informáticos en diversas oportunidades, sin la autorización del cliente, dado que este no se encontraba presente, en tanto, las consultas se hicieron por fuera del horario de atención al público.

A su vez, le atribuyó a la acusada el segundo evento que establece el tipo penal, al referir que las consultas realizadas, en lo que concierne a tres de los integrantes de la organización, excedieron el límite de lo permitido.

El Ad quem, al momento de resolver el recurso de apelación respecto de M.M., la condenó por el primero de los eventos -acorde con la formulación de acusación- e indicó haber quedado demostrado que la acusada, sin autorización, accedió a las cuentas bancarias de los integrantes de la organización, porque en la oportunidad en que lo hizo no discurría el horario de atención al público, resultando evidente que no se encontraba presente el cuenta-habiente y por tanto, no contaba con la directa, expresa y presencial autorización de éste.

[...]

Resalta la Corte que, aunque la Fiscalía aludió a 144 consultas irregulares realizadas por la acusada a L.H.B. y 3 a H.A.H., finalmente el Tribunal, dentro del marco de la acusación, terminó condenándola sólo por 11 realizadas al primero y 3 al segundo.

Así, entonces, la congruencia exigida entre la acusación y la condena se mantuvo incólume, tanto fáctica como jurídicamente, sin que en ninguna irregularidad se hubiere incurrido por parte del Tribunal al momento de emitir el fallo. En consecuencia, no se declarará la nulidad por esa causa».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Demostración / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Demostración: acuerdo de voluntades y conexidad de hechos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de mera conducta / **COAUTORÍA** - División del trabajo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Dolo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Consumación / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: confirma condena

La Sala no duda de que los vínculos de M.M. con la organización y su responsabilidad a título de dolo en el delito de concierto para delinquir, refuglen evidentes, por cuanto, además de las pruebas analizadas existen otras directas e indirectas que se alzan en su contra.

Véase, por ejemplo, que respecto del actuar delictivo de la acusada declaró P.C.C.C. , - Representante Legal de [...], asesor legal en riesgo, investigación y fraude financiero-, recordando las irregularidades encontradas en la documentación que recibió el procesado C.M. para la ampliación de los créditos con relación al hoy condenado J.A.U.Q., al paso de indicar que el mismo procedimiento, por fuera del curso normal que le competía como informador, encontró respecto de M.M., con relación a los integrantes de la organización L.H.B., M.M.L. y J.J.S. -hoy condenado por estos hechos-.

Aseguró que, dentro de la documentación entregada a la procesada para la ampliación de los créditos, los cuenta-habientes aportaron direcciones del domicilio familiar y comercial, que no correspondían a la realidad. Igual inconsistencia verificó en la información de ingresos económicos, pues, en uno y otro formulario diferían considerablemente, siendo obligación de los informadores, como en efecto lo ratificó L.E.D., verificar esa serie de situaciones.

De acuerdo con lo señalado por el testigo C.C., la acusada realizó una serie de consultas en lo que toca con L.H.B., lo mismo que M.M.L. y J.J.S., pues, accedió a sus cuentas por fuera del horario de trabajo y cuando se evidenciaba la consignación de títulos valores fraudulentos, varios de ellos cobrados irregularmente.

[...]

En estas condiciones, concluye la Sala que la procesada, en su condición de informadora del banco [...], hizo parte de la organización criminal conformada por particulares, en su mayoría clientes de la misma entidad, que actuaron con criterio de permanencia, pues, aprovechando la desincronización de los sistemas y con la ayuda de ésta, lograron sustraer de manera ilícita fuertes sumas de dinero, en detrimento de las arcas de la entidad.

El actuar de la procesada se reputa eminentemente doloso, por cuanto, con conocimiento de causa utilizó su cargo con fines ilícitos y vulneró el bien jurídico de la fe pública.

Por tanto, la valoración que efectuó el Tribunal resulta acertada, al sujetarse a los principios de la sana crítica, por lo que la Sala no casará el fallo de condena respecto del delito de concierto para delinquir atribuido a Y.M.M.M.

En consecuencia, en garantía de la doble conformidad, confirmará la condena que le fuera impuesta por este delito.

ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Demostración / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: ingrediente normativo, se acceda en el sistema informático sin autorización del titular legítimo del derecho, explicación / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: bien jurídico tutelado / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: solo admite modalidad dolosa / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Delito de mera conducta / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, acceder o mantener / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Perfeccionamiento / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Antijuridicidad / **ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Se configura / **DECISIONES JUDICIALES** - Motivación: manifestación del debido proceso / **SENTENCIA** - Falta de motivación: caso en el que solo se refieren a la enunciación del hecho, pero que no incide en la imposición de la pena / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Dosificación punitiva / **MULTA** - Dosificación punitiva / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Alcance / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: confirma condena

La procesada M.M. fue absuelta en primera instancia por el delito de acceso a un sistema informático del artículo 269 A y 269 H, 1.3 del Código Penal, por considerar el A quo, que existía duda sobre su responsabilidad, dado que las consultas realizadas a las cuentas de varios integrantes de la organización, se hicieron durante el horario de atención al público, sin que coincidieran las mismas con un evento fraudulento.

[...]

La Sala no desconoce que, conforme con el acuerdo de voluntades -como arriba se analizó, num. 2.2.1.- al que llegó Y.M.M.M. con la empresa criminal, su aporte consistió en acceder a las cuentas bancarias de los demás integrantes de la banda criminal, a quienes mantenía al tanto de la liberación de cupos que hiciera posible el pago de títulos valores fraudulentos -aprovechando la falla existente en el sistema de la entidad-.

En armonía con el análisis realizado respecto del otro coacusado, recuérdese.

Con fundamento en las pruebas allegadas, en especial los testimonios rendidos por J.A.R.V. - investigador del C.T.I-, M.A.A.C. -auditora forense del banco [...]-, P.C.C.C. - asesor legal en riesgo, investigación y fraude financiero- y J.C.R.M. -, la procesada realizó múltiples consultas al usuario L.H.B. para finales del año 2010 y hasta junio de 2011, algunas de ellas dentro del horario laboral y otras por fuera del mismo, vulnerando el reglamento interno de identificación del cliente.

Para poder acceder a las cuentas del cliente, debían éstos encontrarse presentes, so pena de vulnerar el manual de autenticación. Así lo indicaron en audiencia pública algunas funcionarias del banco, entre ellas, M.A.A.C., L.P.O.M. y L.E.D., quienes además señalaron que el servicio al público se prestaba a partir de las 9 de la mañana y hasta las 4 de la tarde; no obstante, aclararon que después de terminada la jornada se debía atender a todos los usuarios que se hallaran dentro del banco antes de cerrar las puertas al público.

Dentro de la actuación se logró establecer que para la fecha de los hechos -año 2010 a 2011-, la procesada laboraba de lunes a viernes, en la jornada de la mañana, de 8 am. a 5 pm, en la sucursal Museo de Oro del banco [...], pero que el ingreso y atención al público comenzaba a partir de las 9 a.m. y terminaba a las 4 p.m.

[...]

La Sala verifica que el actuar de M.M. resulta reprochable, al poner la función de informadora al servicio de la organización criminal, pues, en sólo cuatro meses realizó más de 144 consultas a las cuentas de los miembros de la organización con el afán de hacer posible la actividad fraudulenta, ello con independencia de que los hechos se hubieren presentado por fuera o no de su horario laboral, de todas formas su actuar resultó antijurídico, conforme análisis realizado cuando se valoró idéntico proceder del coacusado C.M. -num. 1-2-.

Con todo, oportuno se ofrece reiterar que el reproche punitivo contra la procesada, no sólo procedía por las incursiones realizadas a las plataformas de los sistemas por fuera de su jornada laboral, sino dentro horario establecido por la entidad, en tanto que la actualización del dolo de ella se predica al acceder a las cuentas de los clientes que pertenecían a la organización, en cumplimiento del designio criminal.

En ese orden, la Fiscalía logró demostrar que la funcionaria vulneró el bien jurídico de la información y los datos al acceder de manera reiterativa, por fuera del marco legal, a varias

cuentas de los usuarios del banco que hacían parte de la organización a la que ella igualmente pertenecía.

Dijo J.C.R.M. -perito en informática-, que consultada la base de datos proporcionada por el banco, logró establecer que la procesada, el 20 de octubre de 2010, a las 8:37:45 de la mañana, accedió a la cuenta de L.H.B., al que realizó una consulta por fuera del horario laboral. Igual situación ocurrió el 9 de noviembre de 2010 al efectuar el mismo procedimiento en 4 oportunidades, entre las 8:53:18 y 8:53:49.

Si, de acuerdo con lo probado en la actuación, el horario de atención al público comenzaba a partir de las 9 de la mañana, ninguna duda refulge respecto a que, cuando la acusada realizó las cinco (5) consultas, antes de esa hora, aún no se encontraban abiertas, al público, las puertas de la entidad.

En consecuencia, como M.M. no tenía autorización para acceder a las cuentas del cliente, por no encontrarse este presente, objetivamente ninguna duda refulge acerca de su actuar reprochable, dado que en el horario que no le era permitido, decidió acceder a los sistemas informáticos, sin contar con el aval del legítimo administrador de la cuenta.

En lo que toca con los hechos que se presentaron el 20 de octubre de 2010, cuando realizó una consulta a las 15:54:42 p.m., lo mismo que cuando accedió a los sistemas el 30 de noviembre de 2010 - dos consultas a las 16:33:34 y 16:39:43 p.m., el 3 -entre las 9:36:44, 10:14:34 y 10:20:15 a.m.- y, 6 de diciembre del mismo año -entre las 13:19:29 y 13:20:51 p.m., igual reproche merece, dado que según lo aseguró el analista de sistemas R.M. los ingresos que hizo la funcionaria coincidió con cheques fraudulentamente consignados por la organización.

Su conducta resulta antijurídica y culpable, pues, resulta evidente que para cumplir el acuerdo de voluntades al que llegó con la organización delincriminal, decidió infringir nuevamente la ley penal.

No está por demás recordar que el delito por el que se juzga a M.M., es de aquellos denominados de mera conducta, es decir, que basta el ingreso del ciber-delincuente en las modalidades que establece la norma -ver num. 1.2.- para tener por afectado el bien jurídico de la información y los datos.

Ninguna justificación surge a favor de la procesada, quien decidió utilizar su cargo para actuar de manera contraria a la ley con el propósito de cumplir los acuerdos a los que llegó con la organización criminal.

Finalmente, el Ad quem consideró probado que la funcionaria igualmente accedió de manera ilícita, 3 veces a las cuentas de H.A.H.; sin embargo, no hizo una adecuada motivación para llegar a esa conclusión, quedándose en la sola enunciación del hecho, por lo que, en esas condiciones, nos encontramos ante una falta de debida motivación de las decisiones, lo que vulnera el debido proceso, pero que no incidiría en la imposición de la pena como más adelante se verá.

En suma, con relación a la condena del Ad quem por el concurso homogéneo de acceso abusivo a un sistema informático, por acceder en múltiples ocasiones a las cuentas bancarias de L.H.B., vulnerando la información y los datos, la Sala no casará el fallo del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 14 de marzo de 2017, en su lugar confirmará la condena.

En lo atinente a las 3 consultas realizadas a H.A.H., por las cuales el Tribunal ninguna argumentación realizó, la Corte, como se anunció, dejará en firme la pena impuesta por el Tribunal, consistente en 90 meses de prisión y multa de 159 salarios mínimos legales mensuales, por las siguientes razones:

El Ad quem, al momento de dosificar la pena partió del delito con pena más alta, que corresponde al acceso abusivo a un sistema informático agravado del art. 269 A, 269 H, incisos 1 y 3, luego, dividió la pena de prisión y de multa en cuartos, para optar por el primer cuarto mínimo, en lugar de ubicarse dentro de los cuartos medios, conforme lo dispone el artículo 61 del C.P., inciso segundo y tercero, dado que concurrían las circunstancias de agravación punitiva indicadas.

En este orden, se ubicó el fallador dentro del cuarto mínimo, esto es, de 72 a 96 meses de prisión, pese a que, se reitera la fijación debió hacerse entre los cuartos medios, es decir, 96 a 144 meses de prisión.

Ahora bien, establecidos los cuartos en los que el Ad quem determinó la pena, consideró adecuado partir del mínimo, correspondiente a 72 meses, a los que aumentó 9 meses por los tres (3) eventos en que la procesada accedió de manera abusiva al sistema informático -3 meses por cada conducta-, es decir 81 meses, tiempo al que aumentó nueve (9) meses más por el concurso heterogéneo con el delito de concierto para delinquir, para imponer finalmente una pena de 90 meses de prisión.

Igual precisión hizo con la multa, el primer cuarto mínimo lo fijó entre 150 a 550 s.m.m.l.v., sin tener en consideración los parámetros de dosificación arriba mencionados -art. 61.2-. Por manera que partió del mínimo, que corresponde

a 150 salarios, a los que aumentó 9 s.m.m.l.v, por las tres ocasiones en que lesionó el bien jurídico de la información y los datos -3 por cada delito-, para un total de 159 s.m.m.l.v., vigentes.

En ese orden, a pesar de que el Tribunal había condenado por 14 hechos, de los que consideró que la procesada de manera irregular accedió a los sistemas informáticos, contrariando sus propios argumentos, terminó dosificando tanto la pena de prisión como la de multa, sólo por tres (3) eventos, aspectos que de cara a la real pena que se debía imponer, terminaron favoreciendo a la acusada.

No obstante, el error en que incurrió el Ad quem al momento de dosificar las penas de prisión y multa por debajo de lo que en realidad correspondía y respecto de la totalidad de los hechos por los que había condenado, no puede ser corregido por la Corte, so pena de vulnerar el principio reformatio in pejus.

En esas condiciones, con la aclaración realizada, no se casará el fallo de condena y por tanto ninguna variación sufre la condena impuesta a la procesada de 90 meses de prisión, multa de 159 s.m.m.l.v., la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad.

SENTENCIA - Falta de motivación: configuración / **PROCESO PENAL** - Principio de economía procesal / **PROCESO PENAL** - Principio de eficiencia / **PROCESO PENAL** - Principio de carga útil de las decisiones / **PROCESO PENAL** - Principio de celeridad y eficiencia: deber oficioso de funcionarios judiciales de corregir actos irregulares, en procura de garantizar los derechos fundamentales de las partes / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Requisitos / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia

La Corte advierte con extrañeza que el Tribunal de Medellín, pese a condenar por primera ocasión a la acusada, ninguna argumentación presentó respecto de la concesión o no de los subrogados de la suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, en evidente falta de motivación sobre un aspecto trascendente, suficiente para decretar la nulidad de la sentencia.

Empero, estima la Sala, en cumplimiento de claros principios de economía procesal, eficiencia y carga útil de las decisiones, que en el caso examinado ello representa una carga innecesaria, pues, como se verifica adelante, el examen objetivo de las normas y lo allegado al

proceso, permite acceder a la pretensión del apelante, sin que ello vaya en desmedro de la justicia o de las partes vinculadas al trámite.

Según establece el canon 63 original del Código Penal, vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos -2008 a noviembre de 2011-, de oficio o a petición del interesado, la ejecución de la pena privativa de la libertad se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, siempre que concurren, entre otros, los siguientes requisitos: i) Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años; ii) Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En este caso no hay lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no cumplirse el primer presupuesto de orden objetivo, dado que la sanción impuesta es de noventa (90) meses de prisión, superando el requisito objetivo de tres (3) años exigido por la norma, por lo que resulta innecesario valorar el aspecto de carácter subjetivo.

Ahora bien, con la modificación introducida al artículo 63 por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, aumentó la pena de tres (3) a cuatro (4) años de prisión, sin embargo, tampoco se cumple con el requisito objetivo en tanto que la pena de prisión impuesta supera el mencionado quantum.

En esas condiciones, se torna inviable la concesión del mecanismo sustitutivo.

PRISIÓN DOMICILIARIA - Procedencia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Requisitos para concederla / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Requisito objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Análisis del factor subjetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: está vinculando con el análisis del arraigo familiar y social del condenado y no con la gravedad de la conducta / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Procedencia: constituye un derecho del condenado cuando cumpla con los presupuestos señalados en la norma / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Requisitos: suscribir diligencia de compromiso ante el juez de primera instancia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Procedencia: garantía mediante caución prendaria / **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC)** - Competencia: condiciones de reclusión

Necesario se ofrece indicar que las conductas punibles de concierto para delinquir y acceso abusivo a un sistema informático, por los que es juzgada la procesada, se cometieron en vigencia

del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007, que disponía como requisitos concurrentes para el otorgamiento de la prisión domiciliaria: (i) un mínimo de pena prevista en la ley de cinco (5) años de prisión o menos. (ii) Un pronóstico favorable de su desempeño personal, laboral, familiar o social del cual se deduzca que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena y (iii) la garantía mediante caución de las obligaciones que se señalan en el numeral 3° de la norma a la que se hace referencia.

Ambos tipos penales -artículo 340 y 269 A, 269 H.1.3. del C.P.-, consagran una pena mínima de 4 años de sanción, por lo que con creces se cumple el primero de los requisitos que es del orden objetivo, el cual de igual manera queda cobijado con la Ley 1709 de 2014, posterior a los hechos, que modificó el requisito de la pena mínima de 5 años ampliándolo a 8.

Además, ninguno de los delitos por los que se procede, se encuentra enlistado en el inciso 2 del canon 68A de la ley 599 de 2000, de tal suerte que, en ambas disposiciones, en cuanto al aspecto objetivo corresponde, se permite la concesión de la prisión domiciliaria de los art. 38 y 38B del C.P.

Se verifica ahora el segundo requisito, de carácter subjetivo, es decir, si la acusada tiene arraigo familiar y social, aspecto que, como lo ha dicho la Corte, 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.

Al respecto, la Sala advierte que estas circunstancias se encuentran plenamente establecidas en la actuación, dado que desde la solicitud de medida de aseguramiento, la defensa ha demostrado que la procesada tiene un arraigo social y familiar, ha estado presta a concurrir a todas las diligencias judiciales a las que ha sido citada, además de no registrar antecedentes penales durante los últimos cinco años anteriores, conforme se verifica de la certificación expedida por la Policía Nacional de fecha 03/02/2022

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.

En consecuencia, la condenada M.M. deberá permanecer en su lugar de domicilio, ubicado de la [...] de esta ciudad, además de suscribir la correspondiente diligencia de compromiso de que trata el art. 38 B, numeral 4, literales a) y d) y prestar caución por la suma de un salario mínimo mensual legal.

De esta determinación se comunicará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, del lugar donde quedará recluida domiciliariamente para lo de su cargo.

Inicio

2. ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos: casos de preclusión, cesación de procedimiento o absolución por violación a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional humanitario, procedencia y o requisitos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: testimonio / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Prueba nueva: concepto / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: deben tener el carácter de novedosos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: trascendencia probatoria / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: se configura / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: efectos, evento en que se declara fundada la causal / **ACCIÓN DE**

REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:

efectos, no comporta un juicio de responsabilidad penal / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos:

efectos, se declara sin valor la sentencia y se ordena la remisión del proceso al juez competente / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Prescripción: inoperancia del término prescriptivo / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Prescripción de la acción penal: si se anula el fallo y reanuda la actuación, no se tiene en cuenta el tiempo que transcurre desde la ejecutoria de la sentencia y el momento en que se decide la acción de revisión

La Corte resolvió la acción de revisión promovida por el Ministerio Público contra la sentencia del 6 de abril de 2001 por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva confirmó la que

dictara el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 15 de diciembre de 2000, absolviendo a quienes habían sido acusados como probables coautores del punible de homicidio agravado de que fuera víctima el educador y periodista NCCI.

Al respecto, indicó que, la Corte Interamericana, fue reiterativa en indicar que, el proceso se sujetó a los estándares investigativos mínimos y exploró las diversas líneas de investigación; además que, la sentencia demanda fue debidamente motivada y no existe elemento alguno del cual se pueda inferir que fue producto de fraude o colusión; no obstante, un pronunciamiento judicial interno y otro de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constataron la existencia de prueba nueva, no conocida al tiempo de los debates, que podrían incidir sobre la declaración de responsabilidad de FBA, por lo que dejó sin efecto las sentencias dictadas en primera y segunda instancia, en cuanto absolvieron a FBA del cargo por el delito de homicidio agravado por el cual fue acusado y del que fuera víctima NCCI, explicando la forma en que debe contarse el término prescriptivo de la acción penal.

SP352-2022(51188) de 16/02/2022

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS:

1. El 16 de abril de 1998, en horas de la tarde luego de concluir su jornada laboral en una institución educativa, caminaba por la intersección de la calle 5ª con carrera 18, Barrio Los Pinos, de Pitalito-Huila el educador y periodista N.C.C., cuando repentinamente un sujeto le disparó en varias oportunidades con arma de fuego, causándole la muerte, luego de lo cual el homicida huyó en una motocicleta conducida por otra persona que lo esperaba.

2. La correspondiente investigación fue iniciada por la Fiscalía 22 Seccional de Pitalito el 20 de abril siguiente, vinculando a la misma, mediante indagatoria y como presunto autor material de los hechos, a C.A.C.M.

3. El asunto pasó luego al conocimiento de una Fiscalía Delegada ante los entonces Juzgados Regionales de Bogotá, despacho el cual el 10 de mayo de 1998 impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a dicho indagado quien, en resolución de calificación

sumarial del 28 de diciembre de 1998, fue finalmente favorecido con preclusión de la investigación.

4. Sin embargo, en curso el sumario, fueron también vinculados a través de injurada F.B.A., M.F.C., R.F.C. y V.F.T.C., los tres primeros como posibles autores intelectuales del delito y el último como eventual autor material del mismo, a quienes les fue resuelta su situación jurídica el 18 de enero de 1999 con detención preventiva.

5. Posteriormente fue vinculado A.Q.A. a quien también se le detuvo preventivamente por considerársele responsable de la comisión del citado punible como autor material.

6. El 17 de enero de 2000 la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados, al calificar el mérito del sumario, acusó a F.B.A., V.F.T.C. y A.Q.A. como presuntos autores del referido delito de homicidio agravado y lo precluyó en favor de M.F.C., R.F.C.

7. Adelantada la respectiva etapa de juzgamiento, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Neiva dictó sentencia el 15 de diciembre de 2000 para absolver a los acusados.

8. Contra este fallo la Fiscalía y el defensor de F.B.A. interpusieron recurso de apelación en virtud del cual el Tribunal Superior de esa ciudad profirió el suyo el 6 de abril de 2001 para confirmar el impugnado.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCIÓN DE REVISIÓN - Excepción al principio de la cosa juzgada / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Causales: permiten la rescisión del fallo absolutorio / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: casos de preclusión, cesación de procedimiento o absolución por violación a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional humanitario, procedencia y o requisitos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Procedencia: pronunciamiento nacional o internacional que constate el incumplimiento de la obligación del Estado de investigar violaciones a los DDHH y o DIH / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos: requisitos

«[...]la causal invocada para ejercer esta acción permite la remoción de la cosa juzgada y la rescisión del fallo absolutorio cuestionado cuando: a) “se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y

control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates” o b) se trate de “procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones”, (Sentencia C-04 de 2003), por manera que, en virtud de la misma, concierne verificar:

(i) Que la acción se interponga contra un fallo absolutorio y ejecutoriado, proferido en proceso por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario.

(ii) Que una decisión judicial interna o proveniente de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual Colombia ha aceptado formalmente la competencia, establezca un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones, o

(iii) Que un pronunciamiento judicial interno o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates.

ACCIÓN DE REVISIÓN - Procedencia: pronunciamiento nacional o internacional que constate el incumplimiento de la obligación del Estado de investigar violaciones a los DDHH y o DIH / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos: requisitos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos: procedencia cuando no hubo una actuación seria e imparcial / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos: pruebas / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento obligatorio de sus fallos / **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Funciones y efectos de sus fallos / **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Órdenes al Estado de

Colombia: adelantar las investigaciones y sancionar a los responsables del crimen / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos / **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos: no se configura / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos: se declara infundada la causal

Es decir, existen pronunciamientos, un informe de fondo y una sentencia, originados en una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual Colombia ha aceptado formalmente la competencia, a través de los cuales se ha determinado que con ocasión del homicidio del educador y periodista NCC y la imposibilidad de establecer sus autores o partícipes, se han violado las prerrogativas antes enunciadas, contenidas en la Convención Americana, todo lo cual revela, sin que por demás en ello la defensa haya presentado oposición alguna, que en efecto, como se resalta en aquellos, nos encontramos ante un evento de vulneración de derechos humanos.

Y aunque lo anterior, como lo señalan la accionante y la Fiscalía, denota el incumplimiento que tiene el Estado colombiano del deber de adelantar una investigación imparcial, seria y eficaz, impera también admitir, esta vez con la defensa, que, de un lado, tal conclusión, además de ser relativamente equívoca en los pronunciamientos internacionales mencionados a juzgar por los términos de sus recomendaciones y disposiciones, se advierte genérica frente al sistema judicial interno y, de otro, que un tal aserto mal puede predicarse específicamente del proceso en relación con el cual se ha ejercido la acción de revisión, pues examinadas las actuaciones en él surtidas y resaltadas por la Corte Interamericana, es evidente que no emerge protuberante el incumplimiento de esa obligación.

[...]

En otros términos, la sentencia reseñada, la cual es la verdaderamente vinculante, ya no ordena que se reabran investigaciones precluidas o se reexaminen causas decididas, sino que se continúen con las investigaciones y procesos judiciales en curso a efectos de determinar los

hechos y sus responsables, todo lo cual equivale a sostener que con respecto al proceso en relación con el cual se ha ejercido la acción de revisión en cuanto causa decidida, no advierte la instancia internacional el incumplimiento protuberante de las citadas obligaciones. Éste se aduce del sistema judicial colombiano en general a partir de las omisiones o actuaciones verificadas luego de que se confirmara la sentencia absolutoria materia de revisión, pero se excluye así de manera específica el proceso objeto de esta acción.

Tanto que la Corte Interamericana y la Comisión señalan infringido el plazo razonable a partir de 2001, esto es, como ya se dijo, después de proferida la sentencia demandada [...]

[...]

En fin, todos los apartes transcritos y varios otros contenidos en la sentencia de la Corte Interamericana, revelan que en relación con el proceso objeto de esta acción de revisión, no se constató que el Estado haya incumplido protuberantemente sus obligaciones de adelantar una investigación seria e imparcial; todo cuanto se concluyó frente a dicha materia lo es en relación con lo ocurrido luego de la sentencia de absolución y en todo caso con ajenidad del proceso respecto del cual se tramita esta acción; eso explica por qué, contrario a lo recomendado por la Comisión, la Corte dispuso, no que se reabrieran causas decididas, sino que “El Estado debe continuar con las investigaciones y procesos judiciales en curso que correspondan a efectos de determinar los hechos y las responsabilidades correspondientes,...”.

En esas condiciones, por tanto, no obstante las conclusiones y ordenes de la Corte Interamericana, ellas no afectan el proceso objeto de la acción pues, se reitera, la determinación de que se infringieron las citadas garantías y de que el Estado incumplió protuberantemente sus obligaciones de investigar los hechos y determinar a sus responsables de una manera seria e imparcial, no incluye dicho trámite, mucho menos cuando el ente internacional fue reiterativo en indicar que, además de que el proceso se sujetó a los estándares investigativos mínimos y exploró las diversas líneas de investigación, la sentencia demanda fue debidamente motivada y no existe elemento alguno del cual se pueda inferir que fue producto de fraude o colusión.

Por tanto, como el proceso que se cuestiona no vulneró en sí mismo las garantías que la Corte Interamericana encontró infringidas por el Estado, ni es expresión de un protuberante incumplimiento de sus obligaciones de adelantar

una investigación seria e imparcial, resulta imperativo concluir que la causal de revisión en su primer aparte, según los alcances señalados por la Corte Constitucional, deviene infundada.

ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos: casos de preclusión, cesación de procedimiento o absolución por violación a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional humanitario, procedencia y o requisitos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: testimonio / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Prueba nueva: concepto / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: deben tener el carácter de novedosos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: trascendencia probatoria / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: se configura / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: efectos, evento en que se declara fundada la causal / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: efectos, no comporta un juicio de responsabilidad penal / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: efectos, se declara sin valor la sentencia y se ordena la remisión del proceso al juez competente / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Prescripción: inoperancia del término prescriptivo / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Prescripción de la acción penal: si se anula el fallo y reanuda la actuación, no se tiene en cuenta el tiempo que transcurre desde la ejecutoria de la sentencia y el momento en que se decide la acción de revisión

«[...] la causal de revisión invocada por el demandante también es procedente cuando, tratándose de fallo absolutorio proferido en proceso por violaciones a Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, como es este caso, un pronunciamiento judicial interno o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates.

Cierto es que, como lo señaló la Corte Interamericana, aunque el sumario cuestionado no exploró la línea de investigación de acuerdo con la cual habrían sido miembros de las FARC los responsables del homicidio de NC, no menos lo es que la Fiscalía y el juzgado de instancia sí la dejaron latente y fue abordada en los años siguientes a la conclusión de aquél. En tal virtud la Fiscalía recibió en varias sesiones verificadas en fecha muy posterior a la sentencia demandada en revisión, el testimonio de PEBB, desmovilizado el Bloque Sur, Frente XIII de las FARC, quien especialmente en declaración del 11 de octubre de 2006 aseguró que el absuelto FB participó

como determinante en el homicidio del educador y periodista aportando dineros para su material ejecución.

Dicho testimonio, en cuanto escuchado en la fecha señalada, mucho después del proferimiento de la sentencia objeto de la acción de revisión, responde, sin duda, al calificativo de prueba nueva en la medida en que no fue conocida, ni recaudada al tiempo de los debates.

Así fue reconocida no solo por la Corte Interamericana en su sentencia del 13 de marzo de 2018, sino también en un pronunciamiento de orden interno, tal como lo demostró el demandante.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el organismo internacional y demostrado por el accionante, PEBB declaró en la investigación por el homicidio de NC los días 29 de marzo, 11 y 12 de octubre de 2006, esto es con posterioridad a la conclusión del proceso en relación con el cual se demandó la revisión; tal testigo fue víctima de homicidio perpetrado en Pitalito el 19 de abril de 2007; el 4 de septiembre de 2007 el CTI de la Fiscalía reportó al Fiscal del caso de NC, sobre los hallazgos relacionados con elementos que se encontraban en poder de PEB, que podían ser de interés para la investigación por el homicidio del periodista.

[...]

Es decir, no solo por la fecha en que fue escuchado tal testimonio, sino también por su contenido, debe considerársele, como lo hizo la Corte Interamericana en el contexto de su examen sobre el caso, una prueba nueva, pues se trata de un elemento de convicción que, recaudado años después de concluido el proceso, no solo involucra a miembros de las FARC, sino que además, he ahí el hecho novedoso, los relaciona con FB, entre otros, en el objetivo de dar muerte al periodista y educador, línea investigativa que, como igualmente lo señaló la Corte Interamericana y se infiere de las alegaciones de apelación que en su momento presentó la Fiscalía frente a la sentencia absolutoria de primera instancia, aunque fue prevista no tenía entonces sustentación probatoria suficiente alguna.

Debe advertirse sí que en el pronunciamiento del organismo internacional el carácter novedoso se defiende al testimonio de PEBB, no así al de JRGO, según lo pretende el demandante, pues examinada la sentencia de la Corte Interamericana este testigo no es mencionado, ni analizado en parte alguna.

Con el mismo carácter fue reconocido y valorado el testimonio de PEB en pronunciamiento judicial

interno efectuado el 14 de julio de 2017, a través del cual la Fiscalía 101 Delegada adscrita a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario acusó a GMB y FGR como autores de los delitos de homicidio, de que fuera víctima NC, y rebelión, por estar demostrado no solo que los procesados hacían parte del Frente XIII de las FARC, sino además su participación en el homicidio del periodista según lo declaró PEBB[...]

[...]

Lo evidente en tal pronunciamiento es que las declaraciones de BB de que se vale la Fiscalía para acusar a los dos procesados fueron las rendidas precisamente en marzo y octubre de 2006, es decir varios años después de concluido el proceso respecto del cual se adelanta esta acción y corresponden a las mismas que analizó la Corte Interamericana, luego en tales condiciones debe concluirse igualmente que un pronunciamiento judicial de orden interno constató, así fuera tácitamente, la existencia de una prueba nueva, no conocida al tiempo de los debates, a partir de la cual emerge la potencialidad de cambiar la declaración de justicia realizada en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva.

Tal condición de novedad debe predicarse, aquí sí, por igual del testimonio de JRGO aducido por el demandante, pues, efectivamente, su declaración fue rendida el 29 de marzo de 2007 y como guerrillero miembro del Frente XIII de las FARC da cuenta también de las circunstancias que rodearon la ejecución del homicidio de NC.

Ciertamente, como lo relieves la defensa, no bastaría el carácter novedoso de las pruebas para que pueda declararse plausible la causal invocada, pues se hace necesario que las mismas tengan alguna trascendencia en la declaración de justicia hecha en la sentencia objeto de revisión, pero ella no puede examinarse a la luz de la eventual responsabilidad propiamente dicha de los procesados absueltos, sino desde su potencialidad en esos propósitos, porque mal podría utilizarse este escenario para efectuar una valoración que exclusivamente le corresponde al juez que habrá de conocer el caso en cuanto la acción, como así habrá de declararse, resulta fundada.

Es que, necesario es precisar, frente a algunas argumentaciones del defensor relativas a la responsabilidad de los procesados y a la valoración probatoria que pretende se haga en esta sede, que no es en desarrollo de la presente acción extraordinaria que habrá de esclarecerse la de las personas en favor de las cuales, en

primera y segunda instancia, se dispuso su absolución por el delito a ellas imputado, porque de conformidad con el artículo 227 de la Ley 600 de 2000, numeral 2 y atendida la causal invocada, sólo atañe a la Corte, en caso de que ésta prospere, declarar sin valor el pronunciamiento objeto de la revisión y devolver la actuación ‘a un despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquél que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique’.

En otros términos, la Sala únicamente debe pronunciarse en torno a si están satisfechos o no los requisitos inherentes a la causal aducida, a fin de disponer, como en efecto lo hará, se rehaga la actuación; por ende, carecería de sentido resolver en ésta sede sobre la responsabilidad de los procesados y pese a ello ordenar rehacer el proceso.

Por tanto, verificados los elementos que integran la segunda parte de la causal de revisión aducida en cuanto un pronunciamiento judicial interno y otro de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constataron la existencia de prueba nueva, no conocida al tiempo de los debates, que podrían incidir sobre la declaración de responsabilidad de FBA, es patente que la acción acá incoada por el Ministerio Público resulta debidamente fundada, pero solo en relación con el referido procesado, pues es a él a quien se refieren los nuevos elementos de convicción, por ello se dejarán sin efecto las sentencias dictadas respectivamente, en primera y segunda instancia por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Neiva el 15 de diciembre de 2000 y el Tribunal Superior de la misma ciudad el 6 de abril de 2001 en

cuanto absolvieron a FBA del cargo por el delito de homicidio agravado por el cual fue acusado y del que fuera víctima NCCL.

En el claro entendido, por demás, que la acción de revisión propuesta con sustento en la causal 3ª del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 lo fue exclusivamente respecto de las mencionadas sentencias y que en esa medida, como ya se anunció, se declarará fundada en relación con FBA, se retrotraerá lo actuado, a fin de que se rehaga el juicio, inclusive, hasta el auto del 8 de agosto de 2000, con el cual se dispuso el traslado para que los sujetos procesales preparasen las audiencias preparatoria y pública (artículo 400 Ley 600 de 2000), de modo que el competente disponga lo pertinente frente a la causa que ha de asumir.

Se dispondrá en consecuencia la remisión del expediente al Juez Penal del Circuito Especializado con jurisdicción en el Municipio de Pitalito, diferente a quien emitió la sentencia de primera instancia, en orden a que asuma el conocimiento del asunto y de inició y continuación al juicio respectivo, no sin antes precisar que a partir de la recepción del proceso por parte del funcionario a quien se le asigne, se reanudará el término de prescripción de la acción penal, sin que haya lugar, en todo caso, según tiene definido la jurisprudencia de la Corte (Fallos de revisión de 15 de junio de 2005, 1 de noviembre de 2007, 24 de febrero de 2010 y 2 de octubre de 2019, radicaciones N° 18769, 26077, 31195 y 49222, respectivamente, entre otros), a considerar para esos efectos, el tiempo transcurrido desde la ejecutoria de la sentencia en la cual se decretó la absolución, como tampoco aquél que tomó la Corte para decidir la acción de revisión.

Inicio

3. ACUERDO DE PAZ (FARC) -

Extradición: el juzgamiento de crímenes contra el DIH prevalece sobre esta figura de colaboración internacional

Al emitir concepto positivo sobre la extracción de un ciudadano colombiano, desmovilizado de las antiguas FARC-EP, quien ha venido colaborando en el esclarecimiento de la verdad, reparación y no repetición, la Sala pondera su entrega al estado requirente, por un plazo de seis meses, en tanto culmina de brindar su versiones ante el tribunal de justicia transicional; ello basado entre otros, por los compromisos de Colombia con la Corte Internacional de Justicia, quien

señaló: “la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su violación es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado”.

CP184-2021(53719) del 17/11/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Garantía de no extradición, verificación / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: garantía de no extradición, factor personal, temporal, de relación con el conflicto armado interno y material, verificación / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: facultad de Corte Suprema para ponderar concepto de extradición, Ley 1957 de 2019 / **EXTRADICIÓN** - Garantía de no extradición: concepto negativo de la Sección de Revisión de la JEP / **EXTRADICIÓN** - Garantía de no extradición: no se configura

El artículo transitorio 19 del A.L. 01 de 2017 incorporó al ordenamiento jurídico constitucional la garantía de la no extradición que presupone la imposibilidad de otorgarla por delitos que son objeto del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y, particularmente, aquellos que competen a «*la Jurisdicción Especial para la Paz, ocasionados u ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de este hasta la finalización del mismo, trátase de delitos amnistiables o de delitos no amnistiables, y en especial por ningún delito político, de rebelión o conexo con los anteriores, ya hubieran sido cometidos dentro o fuera de Colombia*».

Cobija a todos los integrantes de las FARC y a personas acusadas de formar parte de dicha organización, por conductas cometidas con anterioridad a la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y que se sometan al SIVJNR.

[...]

[...], como lo ha expuesto la Sala (CSJ CP142-2017, rad. 50.220 y CSJ AP4754 - 2018, entre muchos otros), **existen determinadas prohibiciones constitucionales para la extradición de ciudadanos involucrados en el conflicto armado interno**, cuando haya cesado su actividad criminal en virtud de un acuerdo de paz. En ese entendido, no es posible conceder tal mecanismo de cooperación judicial internacional respecto de los integrantes de las FARC-EP que hayan cometido conductas delictivas relacionadas con el conflicto armado, dentro o fuera de Colombia, con anterioridad a la firma del Acuerdo Final de Paz, **siempre que se sometan al SIVJNR y esté acreditada su pertenencia a esa organización**.

Esta última prohibición, constitucionalizada mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, es producto del «*Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*» suscrito el 24 de noviembre de 2016

por el Presidente de la República y el Comandante del Estado Mayor de las FARC-EP. **Se enmarca en el propósito de poner fin a un conflicto armado de más de medio siglo a efectos de materializar el derecho a la paz como bien supremo de todos los colombianos.**

[...]

En desarrollo de los anteriores postulados, **el art. 5° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 establece que la JEP conocerá, de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva**, de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo. Entre varios de sus objetivos, de acuerdo con la norma, se destacan los de contribuir a una paz estable y duradera, mediante la adopción de decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno.

[...]

[...], **el art. 150 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 dispone:**

Artículo 150. EXTRADICIÓN POR CONDUCTAS POSTERIORES AL ACUERDO FINAL. Cuando se alegue, respecto de un integrante de las FARC-EP, o de una persona acusada de ser integrante de dicha organización, que la conducta atribuida en la solicitud de extradición hubiere ocurrido con posterioridad a la firma del Acuerdo Final, **la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz evaluará la conducta atribuida para determinar la fecha precisa de su realización y decidir el procedimiento apropiado**. En el evento de que la conducta hubiere ocurrido con anterioridad a la firma del Acuerdo Final, la remitirá a la Sala de Reconocimiento para lo de su competencia, en este supuesto excluyendo siempre la extradición. **De haber sido posterior a la firma del Acuerdo Final y no tener relación con el proceso de Dejación de Armas, la remitirá a la autoridad judicial competente para que sea investigada y juzgada en Colombia, sin excluir la posibilidad de extradición.**

[...]

Tras ese análisis, **la JEP habrá de definir si se mantiene vigente la garantía de no extradición** y asume competencia para el cumplimiento de los objetivos previstos en el SIVJNR **o, por el contrario**, establece que la conducta que fundamenta la solicitud se materializó con posterioridad a la firma del

Acuerdo Final y no está estrechamente vinculada al proceso de dejación de armas.

En el segundo supuesto deberá: i) advertir que el solicitado no está cobijado por la referida garantía; y ii) **dejar a la persona a órdenes de la autoridad judicial competente** para que sea investigada y juzgada en Colombia, **o, de ser el caso, remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que se surta el trámite de extradición** bajo las previsiones de los arts. 500 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004.

Sobre el particular **expuso la Corte Constitucional**, en el análisis previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, hecho en sentencia C-080/18, lo siguiente:

[...]

También abordó la referida decisión de constitucionalidad la hipótesis a partir de la cual, adelantada por la Sección de Revisión de la JEP la verificación atinente al momento temporal de comisión del delito objeto de extradición, encuentra que el comportamiento se ejecutó después de la firma del Acuerdo Final. Dijo al respecto lo siguiente:

[...]

Si el concepto de la Corte fuere favorable, corresponderá al gobierno decidir, en forma facultativa, previa la ponderación que se indica a continuación, si concede la extradición, la cual podrá subordinar a las condiciones que considere oportunas e, incluso, diferirla, en los casos en que con anterioridad al recibo del requerimiento la persona solicitada hubiere delinquido en Colombia, hasta cuando sea juzgada y cumpla la pena, o hasta que por cualquier otra causa termine el proceso.

Las precitadas autoridades, como ya se dijo, al decidir, en el ámbito de sus competencias, sobre la posibilidad de extradición, deberán ponderar el deber de cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad con los valores y principios constitucionales como la paz, los derechos de las víctimas y la obligación internacional de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH, y en particular deberán tener en cuenta:

La obligación del Estado de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, particularmente a los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Los objetivos del SIVJNRN dirigidos a la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

[...]

La Sección de Revisión de la JEP llevó a cabo la verificación de su competencia. Surtido el procedimiento respectivo y practicadas las pruebas que estimó necesarias **emitió el auto SRT-AE-006/2021 del 17 de junio de 2021.**

En tal proveído halló, en primer lugar, **satisfecho el componente personal de aplicabilidad de la precitada garantía**, pues acreditó documentalmente la pertenencia del requerido en extradición a las FARC a partir de «(i) el acta de compromiso suscrita por el solicitante ante la Presidencia de la República el 12 de junio de 2017, ii) el acta de compromiso No. 501577 firmada ante la SEJEP el 17 de enero de 2018, y iii) el certificado de dejación de armas expedido por el Representante Especial del Secretario General y Jefe de la Misión de las Naciones Unidas en Colombia», así como su sometimiento al SIVJNRN.

Encontró, sin embargo, que las conductas por las cuales fue solicitado por el gobierno de los Estados Unidos no son objeto del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y, en particular, de la Jurisdicción Especial para la Paz, tampoco tienen relación ni tuvieron ocurrencia en el marco del conflicto armado interno. **Dijo en ese sentido la SR «que la conducta ocurrió con posterioridad a la firma del AFP»** por lo que no se satisfizo el componente temporal.

Tampoco halló un vínculo «entre la conducta por la cual el señor C es solicitado en extradición -en los cargos analizados- y el proceso de dejación de armas».

Igualmente, descartó el cumplimiento del requisito material a razón de que «el señor CP, probablemente pertenecía a una organización dedicada al tráfico de estupefacientes (DTO) sin existir, por el contrario, elementos probatorios que señalen una eventual vinculación de dichas actividades con su militancia en el entonces grupo guerrillero» al punto **que las conductas materia de la solicitud de extradición no se cometieron «por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado».**

Luego de reconocer que por aquellos motivos era inaplicable, en el caso concreto, la garantía de no extradición, agregó que:

... al faltar alguno de los factores de competencia o en concreto demostrarse que la conducta fue

cometida con posterioridad al Acuerdo Final y no guarda relación con el proceso de dejación de armas, **el deber de la Sección de Revisión es remitir a la autoridad judicial correspondiente, para que sea esta quien determine la ruta a seguir.**

(...)

Así las cosas, el aspecto objeto de análisis no es obstáculo para emitir concepto favorable frente a la solicitud de extradición bajo análisis».

ACUERDO DE PAZ (FARC) - Acto legislativo 01 de 2017: facultad de Corte Suprema para ponderar concepto de extradición, Ley 1957 de 2019 / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: privilegia el procesamiento en Colombia de las graves violaciones a los DH e infracciones al DIH / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Extradición por delitos no relacionados con el conflicto interno: debe armonizarse con los derechos de las víctimas en Colombia

«la decisión de la Sala, en esta oportunidad y de manera consonante con la postura expuesta, no solo por la SR de la JEP, sino también por la Corte Constitucional en la decisión por cuyo medio llevó a cabo el correspondiente análisis de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 previamente citada, **impone que la Corte Suprema de Justicia**, por ser de su competencia evalúe la procedencia de la extradición, **ponderando, de un lado, el deber de cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad** como pilar fundamental del trámite de extradición, **frente a los derechos de las víctimas y las obligaciones internacionales adquiridas por la República de Colombia para investigar y juzgar los comportamientos lesivos de los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario**, considerando, para el caso concreto, que LECP es militante desmovilizado de las FARC y se sometió al SIVJRNR.

[...]

El “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” contempla como fines fundamentales los de garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición que asisten a las víctimas del conflicto armado interno, así como el cumplimiento de los compromisos y obligaciones que con su suscripción adquirieron los integrantes de las FARC para velar por el estricto respeto de tales fines y, además, **«privilegiar el**

procesamiento en Colombia de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario» (C-080/18).

[...]

Al respecto **se dijo en la exposición de motivos de la Ley Estatutaria 1957 de 2019:**

En el centro del Sistema Integral está la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición, con un énfasis especial en esclarecer lo ocurrido y garantizar justicia frente a los crímenes más graves cometidos con ocasión del conflicto armado. Nada de esto sería posible si los responsables de estos actos fueran extraditados a otro país desde el cual no se aseguraría su sometimiento a la JEP y a los demás órganos que componen el Sistema.

Las dificultades que se presentaron para la satisfacción del derecho a la verdad y la justicia de las víctimas tras la extradición de los jefes paramilitares en 2008 fueron identificadas por el Centro Nacional de Memoria Histórica. Entre estas se destacan: i) posibilidades limitadas de adelantar procesos judiciales en el marco de la Ley de Justicia y Paz con los extraditados, pues entre Estados Unidos y Colombia no existía convenio de cooperación judicial; ii) mensaje social generalizado y en medios de comunicación según el cual en Colombia ¿traficar droga era más reprochable que cometer delitos atroces?; iii) negación de rendir testimonio ante jueces de Justicia y Paz por parte de los ex jefes paramilitares extraditados por falta de condiciones técnicas y procesales; y iv) pérdida de eficacia del proceso de justicia transicional (en ese momento Justicia y Paz).

(...)

Es una experiencia aprendida de los procesos de justicia transicional que ya ha vivido el país y que ha demostrado que la extradición de responsables de crímenes atroces en el marco del conflicto armado satisface a la justicia de países extranjeros en su lucha contra el narcotráfico, pero desconoce los derechos de las víctimas en Colombia (Gaceta del Congreso No. 626 de 2017).

[...]

Lo anterior, claro está, de ninguna manera significa que el solo sometimiento de un individuo requerido en extradición al SIVJRNR implique, per se, la emisión de concepto desfavorable. No. Una vez verificada la aplicabilidad o no de la garantía de no extradición, de no otorgarse, significa que la

extradición continuará su curso si los demás requisitos constitucionales y legales se satisfacen.

[...]

El aval de la extradición, entonces, **deberá armonizarse con la protección de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición que asisten a las víctimas del conflicto armado interno».**

ACUERDO DE PAZ (FARC) - Sujetos destinatarios: miembros del grupo rebelde que han cumplido con sus compromisos / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Extradición por delitos no relacionados con el conflicto interno: desmovilizados que están colaborando con el SIVJNR / **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Su enjuiciamiento es una obligación internacional para el Estado Colombiano / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Extradición: el juzgamiento de crímenes contra el DIH prevalecen sobre esta figura de colaboración internacional

«En el caso concreto, dentro del trámite simplificado, **la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP** informó, mediante auto 212 del 24 de septiembre de 2021, **que LECP, en su condición de comandante de la Columna Móvil Daniel Aldana de la antigua guerrilla de las FARC-EP**, una vez se sometió al SIVJNR fue vinculado al macrocaso No. 02 que adelanta esa autoridad, *«correspondiente a las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, presuntamente cometidas por exintegrantes de las FARC-EP y miembros de la Fuerza Pública en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1990 y antes del 1 de diciembre de 2016 en los municipios de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas en el Departamento de Nariño».*

Dentro de aquella actuación, **dijo la citada Sala, el aquí reclamado en extradición ha cumplido con los componentes de verdad, justicia y reparación,** [...]

[...]

Y solicitó la citada Sala a esta Corporación:

... que, al momento de someter a estudio la decisión sobre el concepto de extradición del señor LECP, valore la información que se ha sometido a su consideración por parte tanto de la Sección de Revisión como de esta Sala, de manera que permita la terminación en Colombia del cuestionario preparado por la Sala para este compareciente, en el marco de

las diligencias de versión voluntaria y con la debida intervención de las víctimas.

La Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, por su parte, en el auto mediante el cual se pronunció sobre la inaplicabilidad de la garantía de no extradición en favor de CP, **adujo que el reclamado, en sus aportes al componente de verdad dentro del referido macrocaso 002 ha intervenido de la siguiente manera:**

[...]

Tal información fue suministrada, en similares términos, por el defensor del requerido cuando postuló la solicitud de aplicación del procedimiento simplificado de extradición.

Es claro entonces, que LECP ha cumplido, hasta la fecha, con los compromisos adquiridos a partir de su sometimiento al SIVJNR y fundamentalmente, con los fines principales de garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición que asisten a las víctimas del conflicto armado interno colombiano.

[...]

Evaluadas por la Corte las cargas inherentes a la investigación y juzgamiento de conductas atentatorias contra bienes jurídicos protegidos por el DIH, frente a los compromisos internacionales adquiridos en el marco del procedimiento mixto de extradición, **encuentra necesario dar prevalencia**, en este caso, **a la satisfacción de los componentes del SIVJNR**, pero bajo los precisos términos delimitados por la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, y sin dejar de lado, **también, que LECP incumplió los compromisos adquiridos** con la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, en tanto así se observa del pedido de extradición que está fundado en delitos cometidos después de la suscripción del Acuerdo y ajenos al conflicto interno colombiano, tal y como la Sección de Revisión de la JEP también lo verificó, en la oportunidad procesal correspondiente

Para fundamentar la decisión de la Sala, **pertinente resulta citar la postura que la Corte Internacional de Justicia** sostuvo en torno a la naturaleza y el significado de la **obligación de juzgar crímenes atroces, que impone «... al Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso que someta el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin que importe la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso... Sin embargo, la Corte señala que si el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso**

*ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los casos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de juzgar haciendo lugar a esa solicitud. Con arreglo a la Convención, **la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su violación es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado.***

De igual manera, **el Acuerdo de Cooperación signado el 28 de octubre de 2021 entre el Gobierno de la República de Colombia y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional**, destacó *«los logros recientes de la justicia transicional en Colombia en la consecución de los objetivos de retribución, rehabilitación, restauración y disuasión» y la «demostrada capacidad y voluntad de Colombia... para administrar genuinamente justicia relacionada con los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional».*

Lo precedente muestra con claridad que, **el juicio de ponderación de competencia de la Corte debe decantarse en favor del ofrecimiento de verdad y reparación que CP está entregando a la JEP** en el macrocaso 02 que conoce la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, tras su sometimiento al SIVJNR, **el cual debe prevalecer frente a la extradición inmediata** del solicitado, en aras de la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado, porque de esa manera se acatan estrictamente los principios internacionales que obligan al procesamiento en Colombia de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, **dicha conclusión, de ninguna manera excluye o impide un concepto favorable a la extradición** en caso de que los requisitos legales se verifiquen satisfechos, **pero si será sometido a un condicionamiento especial, que conlleve diferir la entrega del solicitado**, en orden a armonizar los temas bajo análisis con los mecanismos de lucha contra la impunidad y la criminalidad transnacional».

EXTRADICIÓN - Condicionamiento especial / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: entrega diferida / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: facultad de Corte Suprema para ponderar concepto de extradición, Ley 1957 de 2019 / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** -

Extradición por delitos no relacionados con el conflicto interno: entrega diferida por seis meses por colaboración con el SIVJNR / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: exhorta a la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP para que adelante trámite

«Aunque el concepto de la Corte es favorable, por razón de los lineamientos trazados en los ítems 3.3.1. y subsiguientes de esta providencia, **la entrega del reclamado al gobierno de los Estados Unidos deberá ser diferida** hasta el momento en que **la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP** verifique e informe al Gobierno Nacional sobre alguno de los dos escenarios siguientes:

Uno. Que LECP haya terminado en Colombia el cuestionario preparado por la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP en el marco del macrocaso 02 dentro del cual está actualmente ofreciendo verdad y reparación a las víctimas a raíz de su sometimiento al SIVJNR o,

Dos. Que la precitada Sala informe al Gobierno Nacional que CP dejó de cumplir los compromisos adquiridos a partir de su sometimiento al SIVJNR.

Para tales efectos, **se EXHORTARÁ a la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP para que adelante el trámite** atinente al precitado cuestionario al requerido CP, **dentro de un plazo razonable que para la Corte no puede superar el término de seis (6) meses.**

Tras el informe que deberá rendir la citada Sala de la JEP indicando la ocurrencia de alguna de las precedentes situaciones, **el Gobierno Nacional**, por ser de su cargo, **podrá entregar al reclamado al Gobierno de los Estados Unidos para que sea juzgado** por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de La Florida bajo los términos de la acusación No. 17-20604-CR-ALTONAGA(s), dictada el 16 de octubre de 2017 por esa autoridad judicial.

En resumen, la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP deberá informar al Gobierno Nacional sobre la verificación de alguno de los dos escenarios precedentes para que, subsiguientemente, el Gobierno Nacional proceda a la respectiva entrega del solicitado a los Estados Unidos. **De todas maneras, una vez fenecido el plazo de seis (6) meses**

precedentemente enunciado, el Gobierno queda en libertad para proceder a ello».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

4. EXTRADICIÓN - Pruebas: solicitud extemporánea / **EXTRADICIÓN** - Prueba: impertinencia, no se ordena su práctica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Deberes de las partes e intervinientes: proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos / **EXTRADICIÓN** - Principio de preclusividad / **EXTRADICIÓN** - Prueba: improcedencia / **EXTRADICIÓN** - Procedencia / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: garantía de no extradición, demostración del factor personal / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Competencia: factor personal, es necesario acreditar si el peticionario es sujeto destinatario del sistema de Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNRN) / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario / **EXTRADICIÓN** - Integrante de las FARC: falta de acreditación de su condición implica abstenerse de remitir el expediente a la Jurisdicción Especial para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Prohibición de conceder la extradición (Acto Legislativo 01 de 2017): no procede la suspensión del trámite de extradición

La Sala se pronunció negando las solicitudes presentadas por la defensa de D.A.U.D., ciudadano colombiano requerido en extradición por el Gobierno de los Estados Unidos de América, a través de las cuales pretendía: 1) Que se decretara la nulidad de la actuación, alegando la violación al debido proceso; 2) la práctica de unas pruebas; 3) Que el trámite fuera remitido a la JEP; y 4) La revocatoria oficiosa de la providencia que le negó la práctica de unas pruebas.

AP928-2022(60687) de 09/03/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RESUMEN DE LOS HECHOS:

1. Mediante Notas Verbales No. 1078 y No. 1083 de 30 de junio de 2015, así como No. 1827 de 25 de septiembre 2015, el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó solicitud de detención preventiva con fines de extradición de D.A.U.D., quien es requerido para comparecer a juicio por delitos de tráfico de narcóticos, concierto para delinquir y porte ilegal de armas.

2. Formalizada la solicitud de extradición, mediante la Nota Verbal N° 2245, de 23 de noviembre de 2021, se recibió la solicitud junto con los documentos anexos, y luego de adelantar los trámites pertinentes relacionados con la designación de abogado de confianza, la Sala dispuso surtir el traslado previsto en el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, a efecto de que pidieran las pruebas que considerasen necesarias.

3. En el lapso previsto, el defensor de confianza del requerido solicitó la práctica de diferentes medios de convicción; por lo que la Sala mediante la decisión CSJ AP127-2022, del 26 de enero de 2022, resolvió las solicitudes probatorias. Contra la determinación de negar la práctica de unas pruebas, la defensa interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante auto CSJ AP579-2022, del 23 de febrero de 2022.

4. El 28 de febrero de 2022, el defensor del requerido presentó dos memoriales. En uno de ellos, solicita que se decrete la nulidad de la actuación, para lo cual alega la violación al debido proceso; y en el segundo, pidiendo a la Corte la práctica de unas pruebas.

5. El 2 de marzo, el profesional del derecho presentó otro memorial mediante el cual solicita la remisión del trámite a la JEP.

6. Al día siguiente, el defensor presentó otro escrito mediante el cual reclama que se “REVOQUE OFICIOSAMENTE” la providencia AP127-2022, para que se decreten las pruebas (15) y (17), contenidas en el escrito inicial de peticiones probatorias. Asimismo, demanda que se oficie a los Juzgados 2° Penal del Circuito y 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ambos de Quibdó, a fin de que remitan copia íntegra del proceso [...], por cuanto en el mismo fue condenado su representado, aun cuando con

el nombre de [...], razón por la cual no se tenía conocimiento de ese asunto.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JUEZ - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Deberes de las partes e intervinientes: proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos / **SUJETO PROCESAL** - Actuaciones procesales: las declaraciones de las partes siempre deben estar exentas de temeridad y malicia

El numeral 1º artículo 139 de la Ley 906 de 2004, impone al funcionario judicial la obligación de “Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos”.

Así mismo, el numeral 2º del artículo 140 ibidem señala que son deberes de las partes e intervinientes “Obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas”; y el artículo 143 enumera las medidas correccionales que el funcionario judicial puede imponer a quien incumpla con los deberes establecidos en el ordenamiento jurídico.

Bajo las anteriores premisas, la Corte desde ya anuncia que las solicitudes elevadas por el defensor identificadas con los numerales 1, 2 y 4 serán rechazadas de plano dada su abierta improcedencia [...]

NULIDAD - Debido proceso / **EXTRADICIÓN** - Pruebas: contra el auto que las decreta, no procede ningún recurso / **EXTRADICIÓN** - Pruebas: contra el auto que niega su práctica, procede el recurso de reposición / **EXTRADICIÓN** - Recurso de reposición: su interposición, no suspende el trámite de extradición / **EXTRADICIÓN** - Principio de celeridad / **EXTRADICIÓN** - Principio de economía procesal / **EXTRADICIÓN** - Prueba: pertinencia / **EXTRADICIÓN** - Pruebas: incorporación / **RECURSO DE REPOSICIÓN** - Sustentación: debe estar acorde con la realidad procesal / **EXTRADICIÓN** - Prueba de oficio: procedencia / **EXTRADICIÓN** - Principio de preclusividad / **NULIDAD** - Debido proceso: no se configura / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano

El abogado refiere que en el presente asunto se vulneró el debido proceso, dado que se inició la práctica probatoria pese a que el auto que resolvió las solicitudes de pruebas -AP127-2022- no se encontraba ejecutoriado, con lo cual parece olvidar el defensor que en el curso del trámite de extradición, contra la decisión de decretar la práctica de pruebas no procede recurso alguno, por lo tanto, una vez emitida la decisión, lo que sigue es el recaudo de las pruebas que fueron decretadas.

Ahora bien, es cierto que contra la determinación de negar la práctica de pruebas procede el recurso de reposición, sin embargo, ello no significa, como de manera errada parece entenderlo el defensor, que la interposición del recurso suspenda el trámite de extradición, de modo que deba esperarse que el mismo sea resuelto; razonar de esa manera no solo resulta contrario a los efectos procesales del medio impugnatorio, sino además a los principios de celeridad y economía procesal que caracterizan el trámite de cooperación internacional; máxime cuando en este asunto el requerido se encuentra privado de su libertad.

De otro lado, del discurso del citado profesional del derecho no se percibe cómo tal diligencia logra afectar negativamente los intereses de su defendido. En cambio, lo que se infiere de sus argumentos es la férrea idea de retardar injustificadamente el presente trámite, en contravía de las garantías y derechos de su propio representado, lo que resulta inadmisibles.

Así, la afirmación del defensor, según la cual, el que se hayan incorporado las pruebas antes de la resolución del recurso de reposición “le da un menor tiempo a la defensa para prepararse en cada uno de los estancos procesales” resulta contraria a la realidad procesal, pues, el defensor ha contado con más tiempo que el previsto en la ley para analizar los elementos cognoscitivos recaudados, comoquiera que no tuvo la necesidad de esperar la supuesta ejecutoria de la decisión que dispuso la práctica de varias pruebas, para su correspondiente estudio, de cara a la defensa de los intereses de D.A.U.D..

Además, contrario a lo referido por el defensor, el expediente siempre ha estado a disposición de los sujetos procesales en la Secretaría de la Sala de Casación Penal, sumado a que la actuación aún se encuentra en trámite, de modo que el profesional del derecho bien puede enterarse de la integralidad del asunto, como en efecto lo hizo, según su propio dicho, el 25 de febrero de 2022, a fin de ejercer de manera cabal el derecho de defensa y contradicción de su representado.

Por otra parte, la Corte advierte que la solicitud de nulidad del trámite porque la Sala ordenó incorporar y tener como prueba el oficio N° [...] del 29 de noviembre de 2021, con la intención de que la Corte decrete las pruebas (5), (15) y (17) que fueron negadas en el auto de pruebas; deja en evidencia que la genuina intención del defensor no es otra que reabrir un debate que ya feneció, con la intención de imponer su particular postura, bajo el argumento sofisticado de una violación de garantías de su representado, del todo inexistente, lo que resulta impertinente y contrario al principio de preclusividad.

De otro lado, olvida el defensor que la Sala se encuentra facultada para decretar pruebas de oficio que, “a juicio de la Corte Suprema de Justicia sean indispensables para emitir concepto”, tal y como lo prevé el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, por lo que, aunque el medio en cuestión se allegó antes incluso de que la Corte se pronunciara sobre las solicitudes probatorias, una vez verificada su pertinencia y, precisamente, en aras de dotar de validez y publicidad el medio, de forma oficiosa dispuso ingresarlo, sin que ello represente ningún efecto dañoso para el solicitado en extradición.

Por último, tal petición resulta incomprensible, por decir lo menos, pues carece de toda utilidad decretar la nulidad para que se ordene la práctica de la misma prueba, la cual se encuentra válidamente incorporada a la actuación; ello sería contrario a los principios de economía procesal y celeridad que rigen en este tipo de trámites.

Por lo tanto, no cabe duda sobre la abierta improcedencia del cuestionamiento, razón por la que la solicitud se rechazará de plano.

EXTRADICIÓN - Pruebas: solicitud extemporánea / **EXTRADICIÓN** - Prueba: impertinencia, no se ordena su práctica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Deberes de las partes e intervinientes: proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos / **EXTRADICIÓN** - Principio de preclusividad / **EXTRADICIÓN** - Nulidad: no se configura, cuando es para revivir una etapa procesal que precluyó, con la intención de dilatar el trámite / **EXTRADICIÓN** - Prueba: improcedencia

El defensor solicita que se “vuelva” a ordenar la práctica de las pruebas (18), (19) y (20), conforme al numeral segundo de la parte resolutive del pronunciamiento AP127-2022, “con la finalidad de evitar que se produzca una nulidad posterior al presente trámite de Extradición”; solicitud que resulta a todas luces extemporánea, impertinente y dilatoria del trámite.

En efecto, la Sala mediante el auto AP127-2022 del 26 de enero de 2022, accedió a la práctica de las solicitudes probatorias identificadas con los numerales (18), (19) y (20); por lo que se ordenó oficiar “a la Presidencia de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, para que en el perentorio término de diez (10) días, al que se refiere el inciso 2° del art. 500 de la Ley 906 de 2004, informe si D.A.U.D. solicitó su sometimiento a esa Jurisdicción y, en caso afirmativo, en qué condición. Además, en dicho evento deberá precisar el estado actual de dicho trámite judicial transicional”.

En cumplimiento de lo anterior, el 3 de febrero de 2022 se recibió el oficio N° [...] suscrito por el Secretario Ejecutivo (E) de la JEP.

Ahora bien, sólo cuando ya se encontraba vencido el término otorgado por la Sala para que la JEP rindiera el informe solicitado, los días 18 y 22 de febrero de 2022, el requerido a través de apoderado judicial presentó memoriales mediante los cuales solicitó acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz y la aplicación de la garantía de no extradición, respectivamente; pretendiendo que la Sala insistiera en una prueba que ya fue practicada.

Lo anterior, no solo resulta contrario a la lealtad y buena fe que debe guiar las actuaciones de los sujetos procesales, sino que deja en evidencia nuevamente que la intención del defensor es revivir una etapa procesal que precluyó, con la única intención de dilatar el trámite, lo que resulta contrario a sus deberes profesionales.

Por lo tanto, la solicitud probatoria resulta improcedente.

EXTRADICIÓN - Pruebas: solicitud extemporánea / **EXTRADICIÓN** - Prueba: impertinencia, no se ordena su práctica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Deberes de las partes e intervinientes: proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos / **EXTRADICIÓN** - Principio de preclusividad / **EXTRADICIÓN** - Prueba: improcedencia

Ante la evidente improcedencia de la solicitud consistente en que se “REVOQUE OFICIOSAMENTE” la providencia AP127-2022, la Sala rechazará de plano la misma, en atención a que ya feneció la oportunidad para postular ello, al punto que fue resuelto el recurso de reposición interpuesto por el abogado, mediante auto AP579-2022, del 23 de febrero último.

En relación con la petición referente a que se ordene la práctica de las pruebas (15) y (17) establecidas en el escrito inicial de peticiones probatorias, se advierte que tal solicitud también

resulta improcedente por extemporánea e inoportuna, pues ya la Corte se pronunció al respecto, quedando en evidencia que la pretensión del abogado consiste en reabrir un escenario que ya feneció, lo que resulta contrario a la lealtad, celeridad y economía procesal.

JUEZ - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano

Como se dijo al inicio, la Sala advierte que las solicitudes elevadas por el defensor de D.A.U.D. identificadas con los numerales 1, 2 y 4 resultan abiertamente improcedentes e inconducentes, por lo tanto, se rechazarán de plano, pues se estaría frente a maniobras dilatorias a todas luces inadmisibles.

EXTRADICIÓN - Procedencia / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: garantía de no extradición, demostración del factor personal / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Competencia: factor personal, es necesario acreditar si el peticionario es sujeto destinatario del sistema de Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN) / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Competencia: factor personal, corresponde definirlo a la Sección de Revisión de la Jurisdicción Especial para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Acto legislativo 01 de 2017: garantía de no extradición; la acusación de pertenecer a la organización debe provenir de una autoridad judicial nacional / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario / **EXTRADICIÓN** - Integrante de las FARC: falta de acreditación de su condición implica abstenerse de remitir el expediente a la Jurisdicción Especial para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Prohibición de conceder la extradición (Acto Legislativo 01 de 2017): no procede la suspensión del trámite de extradición

El artículo 35 de la Constitución Política, con la modificación introducida por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 1997, dispone que la extradición (i) se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley; (ii) se concederá por delitos cometidos en el exterior por colombianos por nacimiento, considerados como tales en la legislación penal colombiana; y, (iii) no procederá por delitos políticos ni por hechos cometidos con anterioridad al 17 de diciembre de 1997.

Por su parte, el artículo transitorio 19 constitucional, introducido por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017, dispone lo siguiente:

[...]

En tal sentido, la garantía de no extradición impone una limitante para la procedencia del mecanismo de cooperación judicial internacional, en tanto prohíbe que los ciudadanos involucrados en el conflicto armado interno que hayan cesado su actividad insurgente con ocasión de la celebración del acuerdo de paz, comparezcan ante tribunales extranjeros, pues de acuerdo con el artículo 5° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP conocerá de las conductas cometidas en dicho contexto, teniendo como objetivo, entre otros aspectos, contribuir a una paz estable y duradera, mediante la adopción de decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron en tal confrontación.

Con la misma relevancia, la mencionada prerrogativa busca preservar la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas de crímenes perpetrados en desarrollo del conflicto armado, lo cual no sería posible si los responsables de estos actos fueran extraditados, en la medida que no se aseguraría su sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz ni a los demás órganos que componen el SIVJRN.

Ahora bien, los artículos 149 y 151 de la Ley 1957 de 2019 -Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz- disponen en qué eventos se prohíbe la extradición. La Sala ha acogido tales preceptos, para decantar los requisitos que deben ser acreditados para ese fin (CSJ AP5316-2019, Rad. 53706; CSJ AP1003-2020, Rad. 54557; CSJ AP118-2021, Rad. 57760).

Con base en el referido criterio, se advierte que, en el curso de este trámite, luego de haber sido decretada como prueba de oficio, se recibió el oficio OFI 22-00008982/IDM 1302000 de 31 de enero de 2022, mediante el cual la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) informó lo siguiente:

[...]

Con dicho documento se acredita que D.A.U.D. no fue incluido en los listados entregados por las extintas FARC-EP al Gobierno Nacional, y, por lo tanto, no fue reconocido como miembro integrante de esa organización, por la OACP.

Así las cosas, en este instante no se cuenta con elementos a partir de los cuales pueda concluirse que ciertamente el solicitante tiene las calidades de sujeto cualificado en el SIVJRN, de cara a las previsiones del artículo transitorio 19 del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017.

Por lo expuesto, la Sala se abstendrá de remitir el expediente a la Jurisdicción Especial Para La

Paz; de donde surge que tampoco se accederá a la solicitud de suspensión del trámite de extradición, dado que no se vislumbra de manera seria y razonada que D.A.U.D. cumpla el factor *ratione personae*.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: para mejor proveer, ordena requerir Juzgado

En aras de un mejor proveer, la Corte dispondrá requerir al Juzgado 1° de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad de Quibdó, para que de manera INMEDIATA remita copia de la sentencia condenatoria emitida en contra de D.A.U.D., en el proceso identificado con el número [...], y de la constancia de ejecutoria.

Inicio

5. ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES

- Diferente a daños en los recursos naturales y ecocidio

Ambos tipos penales se asocian al mismo bien jurídico –los recursos naturales–, el artículo 333 consagra como elemento estructural la causación de un daño específico (grave afectación), lo que permite catalogarlo como “delito de lesión”, ese requisito no está presente en el artículo 328, que, al igual que los otros punibles incluidos en ese capítulo, tiene el carácter de delito de peligro.

En el fallo que resuelve el recurso de casación interpuesto por el delegado del Ministerio Público en contra del fallo proferido el 4 de agosto de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida el 17 de agosto de 2016 por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito de esa ciudad, por el delito de daños en los recursos naturales, la Sala identifica las diferencias entre los delitos contemplados en los artículos 328 y 333 (actual) de la Ley 599 de 2000, y determina cual se configura cuando no se produce una grave afectación a un ecosistema, sino a algunos especímenes de dicho ecosistema.

SP5664-2021(51380) del 09/12/2021

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 27 de septiembre de 2007, MEGM reclamó una encomienda enviada en un autobús que cubría la ruta Montería – Bogotá, contentiva de diversos animales silvestres, así: (i) una lora real, (ii) tres cotorras carisucias, (iii) 38 pericos bronceados, y

(iv) 40 tortugas morrocoy. La procesada no contaba con el salvoconducto único de movilización, ni permiso para la tenencia y transporte de las referidas especies. Los hechos ocurrieron en la zona urbana de la ciudad de Bogotá.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación: no está sometida a control material por parte de los jueces / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez

La Sala ha precisado que **en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004 no se dispuso el control material de la imputación y la acusación**. Al respecto, resaltó que esa posibilidad se incluyó en los proyectos iniciales del Acto Legislativo 03 de 2002, pero, finalmente, fue suprimida, bajo el argumento de que era necesario preservar la autonomía de los fiscales y evitar que los jueces intervinieran en la determinación de los cargos.

Tras referirse a los aspectos que podría incluir el control material a la imputación y la acusación (el contenido de la premisa fáctica, el soporte “*probatorio*” de la misma y la **calificación jurídica**), **resaltó que los jueces pueden intervenir frente a este último tópico, cuando la selección normativa sea manifiestamente equivocada** (CSJSP3988, 14 oct 2020, Rad. 56505).

Además, **la Sala ha diferenciado el control material a la imputación y la acusación**, entendidas como las actuaciones de parte realizadas por la Fiscalía a la luz de lo dispuesto, en su orden, en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, **de las verificaciones que debe realizar el juez para**

decidir sobre la pretensión de condena. Sobre esto último, estableció las diferencias entre el trámite ordinario y el que debe surtir ante la **aceptación anticipada de responsabilidad penal** (CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007, entre otras).

En lo que concierne a la terminación anticipada de la actuación por allanamiento a cargos o preacuerdo, la Corte ha destacado que **el juez, al estudiar la pretensión de condena presentada por la Fiscalía, debe verificar que:** (i) la aceptación de cargos **haya sido libre y suficientemente informada;** (ii) **las evidencias físicas, los documentos y la demás información aportada le brinden un respaldo suficiente a la premisa fáctica,** según el estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004; (iii) **la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador;** y (iv) en general, que **se respeten los derechos del procesado y las víctimas** (CSJSP2073, 24 jun 2020, Rad. 52227, entre otras).

ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES - Diferente a daños en los recursos naturales y ecocidio / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Delito de peligro / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES Y ECOCIDIO** - Delito de lesión / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES** - Teoría del efecto acumulativo / **TEORÍA DEL EFECTO ACUMULATIVO** - Concepto

El Código Penal, en el Libro II, Título XI, Capítulo I, consagra los delitos contra los recursos naturales. Así, regula el aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables (228), el tráfico de fauna (228 A), la caza ilegal (328 B), entre otros. Igualmente, en el Capítulo II del mismo Título incluyó el delito de daños en los recursos naturales y ecocidio.

Por su importancia para la solución del presente asunto, debe resaltarse que **el artículo 328 sanciona con pena de prisión de 60 a 135 meses al que “con incumplimiento de la normatividad existente se apropie, acceda, capture, mantenga, introduzca, extraiga, explote, transporte, comercie, explore, trafique o de cualquier otro modo se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, corales, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana”.**

A su turno, **el artículo 333 regula el delito de daños en los recursos naturales y ecocidio,** así:

*El que con incumplimiento de la normatividad existente **destruya, inutilice, haga***

***desaparecer** o cause un impacto ambiental grave o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de sesenta (60) a ciento treinta y cinco (135) meses...*

A primera vista se advierte que: (i) **ambos tipos penales se asocian al mismo bien jurídico –los recursos naturales–;** (ii) **el artículo 333 consagra como elemento estructural la causación de un daño específico,** lo que permite catalogarlo como “**delito de lesión**”; y (iii) **ese requisito no está presente en el artículo 328,** que, al igual que los otros punibles incluidos en ese capítulo, **tiene el carácter de delito de peligro.**

Es sabido que **la lesividad de la conducta constituye uno de los principales fundamentos de la pena,** ya que la misma solo se justifica si resulta útil para la protección de determinados bienes jurídicos. A partir de esta premisa, debe precisarse lo siguiente:

En el ámbito de los recursos naturales y el medio ambiente, como también sucede frente a otros bienes jurídicos colectivos (por ejemplo, el orden económico y social), **la lesividad suele explicarse a partir de la teoría del efecto acumulativo.** Según esta, **aunque la conducta, individualmente considerada, no afecte el bien jurídico, la posible reiteración de ese tipo de comportamientos puede producir efectos nefastos para el mismo.**

La **doctrina especializada plantea ejemplos** como el siguiente para explicar dicha temática:

*Los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, **no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales.** Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. **El problema se deriva de la generalización de vertidos** con ciertos grados de concentración de metales.*

[...]

En la misma línea ejemplificativa del tratadista Silva Sánchez, en el caso de las tortugas hicoteas (y de las demás especies en peligro), **es razonable pensar que la especie no se vería amenazada y los ecosistemas no sufrirían alteraciones relevantes, si se presentara la extracción aislada de algunos ejemplares.** Sin embargo, **la proliferación de ese tipo de acciones,** que conlleva la caza y aprovechamiento de miles y hasta millones de

animales, **puede generar consecuencias inconmensurables para este recurso natural.**

Precisamente, **la reiteración de la conducta regulada en el artículo 328 del Código Penal fue lo que justificó el incremento punitivo previsto en la Ley 1121 de 2021.**

[...]

[...] sin perjuicio de los debates dogmáticos que existen en torno a los denominados “*delitos acumulativos*”, **lo expuesto en precedencia resulta suficiente para concluir que**, por regla general, **los delitos previstos en los artículos 328 y siguientes son de peligro**, al punto que, **en ocasiones, la lesividad solo puede explicarse en virtud del denominado efecto acumulativo.**

De otro lado, debe quedar claro que, en estos eventos, **la afectación del bien jurídico no se establece por el impacto producido sobre un espécimen en particular** (el loro x, la tortuga y...), **sino a partir de los efectos generados sobre las especies**, los ecosistemas, etcétera.

De no ser así, perderían sentido todos los tipos penales consagrados en los artículos 328 y siguientes, pues, a manera de ejemplo, la captura de especímenes -328- siempre implica su afectación, lo que, por razones obvias, también sucede con el tráfico de fauna -328 A-, la caza ilegal -328 B-, la pesca ilegal (328 C), etcétera.

Lo anterior, sin perder de vista que el Código Penal, en el Título XI-A, consagra los delitos contra los animales, y, en el Capítulo Único, sanciona con pena de prisión de 12 a 36 meses al que “*por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física*” –Art. 339 A-, sin perjuicio de las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 339 B. Estos tipos penales fueron adicionados por el artículo 5° de la Ley 1174 de 2016.

En todo caso, **debe considerarse la posibilidad de que las conductas referidas en el artículo 328 del Código Penal causen alguno de los efectos descritos en el artículo 333** (que, **con algunas variaciones, equivale al artículo 331, según la nomenclatura vigente para cuando ocurrieron los hechos**). **Ello puede suceder si, por ejemplo, con la captura, explotación o transporte de un recurso faúnico se causa su destrucción o desaparición.**

En ese tipo de casos, según sus particularidades, **debe analizarse si la conducta encaja en el artículo 328 o en el artículo 333.** Para ello, **será**

determinante la comprobación del daño que reclama el artículo 333 –331 para la época de los hechos-, lo que suele hacerse a través de un dictamen pericial, que debe ser valorado a la luz de la sana crítica y con apego a la respectiva reglamentación en el ordenamiento procesal, tal y como se explicó en precedencia.

DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES - Elementos: elemento normativo (grave afectación) / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES** - Teoría del efecto acumulativo

No se discute que el 27 de septiembre de 2007, MEGM reclamó una encomienda envidada en un autobús que cubría la ruta Montería – Bogotá, contentiva de diversos animales silvestres, así: (i) una lora real, (ii) tres cotorras carisucias, (iii) 38 pericos bronceados, y (iv) 40 tortugas morrocoy. De ello, da cuenta el informe de la autoridad que llevó a cabo el procedimiento, así como el reporte del estado de los animales recuperados.

En cuanto al impacto de la conducta de la procesada, **la Subdirección de Silvicultura, Flora y Fauna Silvestre concluyó [...]**

[...]

[...] se advierte que en este concepto, para explicar el daño, **se alude a dos situaciones** perfectamente diferenciables, a saber: (i) **el impacto en el ecosistema y en las especies a las que pertenecen los animales incautados**, y (ii) **el daño sufrido por cada animal en particular.**

Frente a lo primero, a lo largo del informe se hizo énfasis en la reiteración de conductas como la endilgada a GM, para explicar el daño al bien jurídico [...].

[...]

La conclusión plasmada en el informe, según la cual los animales incautados deben corresponder al 10% de los efectivamente capturados (sobre la base de que solo ese porcentaje sobrevive), **amerita los siguientes comentarios:**

No se discute que **los estudios** mencionados (aunque no desarrollados) **pueden dar cuenta de la muerte del 90 % de los animales puestos en cautiverio.** Sin embargo, **resulta especulativo concluir que la procesada GM realizó otras conductas ilícitas**, al punto que pueda afirmarse que los animales que le fueron incautados corresponden al 10% de los que resultaron afectados con su proceder.

Lo expuesto en el concepto técnico solo es sostenible a la luz del efecto acumulativo, esto

es, **sobre la base de la reiteración** de ese tipo de conductas por parte de personas indeterminadas. Al respecto, deben recordarse las estadísticas expuestas como fundamento del incremento de las penas previstas en el artículo 328 del Código Penal.

DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES - Elementos: elemento normativo (grave afectación) / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Elementos: verbo rector, transportar / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES** - Teoría del efecto acumulativo / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Diferente a daños en los recursos naturales y ecocidio: evaluación / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Se configura

Como quiera que los hechos ocurrieron en el año 2007, es necesario traer a colación las normas penales vigentes para ese entonces, frente a las que se ha suscitado la discusión, a saber, los artículos 328 y 331 del Código Penal.

Artículo 328. El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa hasta de quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 331. El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, causándoles grave afectación o a los que estén asociados con éstos o se afecten áreas especialmente protegidas incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres (133) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En primer término, como bien lo señala el impugnante, se advierte que **la conducta de la procesada encaja en uno de los verbos rectores previstos en el artículo 328 (transportar)**, sin que pueda descartarse que los animales recuperados estuvieran destinados al tráfico. Por tanto, **debe evaluarse lo atinente al daño, a efectos de establecer si**, en principio, la **conducta también podría subsumirse en el**

artículo 331 de la época, que equivale al artículo 333 de la actual normatividad.

Según se indicó en precedencia, en **el informe técnico** aportado por la Fiscalía **se dejó en claro que la lesividad de la conducta** realizada por la procesada **tiene como principal fundamento la proliferación de este tipo de delitos** y, puntualmente, **el proceso prolongado de extracción de estos animales**, que pone en riesgo la supervivencia de las respectivas especies y, en general, los ecosistemas a los que pertenecen.

Además del daño causado a cada animal en particular, **en el informe no se establece que la conducta de GM, individualmente considerada, haya dado lugar a la destrucción, inutilización, desaparición u otra forma de daño semejante**, según lo previsto en el artículo 331.

Así, por ejemplo, **no se estableció cuál es la población estimada de loras, pericos o tortugas, para precisar el impacto** que sobre esas especies, y sobre los respectivos ecosistemas, pudo tener la conducta de la procesada. Se aclaró, eso sí, que la proliferación de este tipo de comportamientos puede tener esa clase de impactos, lo que no admite discusión.

Llama la atención que **en el referido reporte se resaltó que la procesada tenía en su poder más de 80 especímenes**, lo que fue reiterado por los no recurrentes. **Aunque ello es cierto, no puede perderse de vista que no todos pertenecen a la misma especie**, lo que, necesariamente, debe considerarse al momento de establecer la afectación de los recursos naturales.

Lo anterior no implica que la conducta de la procesada sea irrelevante de cara a la protección del referido bien jurídico. Por el contrario, tal y como se expuso en las discusiones legislativas previas a la ley 1121 de 2021, la proliferación de este tipo de conductas puede causar graves consecuencias para los recursos naturales, lo que, precisamente, sirvió de fundamento al incremento de las penas previstas en el artículo 328.

Por tanto, **la Sala concluye que la conducta endilgada a la procesada MEGM encaja en el artículo 328 del Código Penal, bien porque corresponde a varios verbos rectores consagrados en dicha norma y porque con su comportamiento, aisladamente considerado, no causó un daño específico, en los términos del artículo 331** (vigente para ese entonces).

APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - Se configura / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación

probatoria / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por cercenamiento: se configura / **FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY** - Se configura / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Delito de peligro / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES Y ECOCIDIO** - Delito de lesión / **PRUEBA EN EL JUICIO** - Fiscalía: le corresponde la carga de la prueba

El yerro en la selección de la norma aplicable se produjo, en esencia, **por la indebida valoración del concepto técnico** aportado por la Fiscalía.

Al efecto, en el fallo impugnado se transcribió el aparte del informe técnico, en el que se plantearon las tres formas de afectación de los recursos naturales: (i) al ecosistema, (ii) a las respectivas especies, y (iii) a las loras, pericos y tortugas transportados por la procesada. Al respecto, el Tribunal relacionó las conclusiones trascritas en los apartados anteriores.

Sin embargo, **no tuvo en cuenta que en dicho reporte: (i) para explicar la lesividad, se hizo énfasis en “la comercialización de que son objeto de manera reiterada e indiscriminada”** este tipo de animales, y se resaltó que **“la actividad adelantada por esta persona causa un grave daño a los recursos naturales debido a la recurrencia del ilícito”**; (ii) **no se incluyeron datos que permitan establecer el impacto** de la conducta de GM, individualmente considerada, **en las especies** a los que pertenecen los animales incautados y en los respectivos ecosistemas; y (iii) **el único daño específico que se relacionó fue el causado a los animales recuperados.**

Lo anterior, constituye un error de hecho, en la modalidad de **falso juicio de identidad**, toda vez que **se dejaron de considerar aspectos relevantes de la prueba.**

Ese yerro se tradujo en la **violación indirecta de la ley sustancial**, porque **se dejó de aplicar el artículo 328 del Código Penal y, en su lugar, se aplicó indebidamente el artículo 331 ídem.**

Aunque el error de hecho en mención fue determinante, no puede perderse de vista que **el Tribunal no analizó a profundidad el artículo 328 del Código Penal**, en orden a decidir si la conducta de la procesada podría encajar en el mismo. Puntualmente, **no tuvo en cuenta que se trata de un delito de peligro.**

[...]

En todo caso, **no puede asumirse que las conductas descritas en los artículos 328 y siguientes del Código Penal son irrelevantes**

de cara a la protección de los recursos naturales. Al efecto, debe considerarse que el legislador, como ya se dijo, recientemente incrementó las penas previstas en dicha norma, precisamente, por el grave impacto derivado de la proliferación de ese tipo de comportamientos.

De otro lado, **el fallador de segundo grado no tuvo en cuenta que si la Fiscalía optó por el delito previsto para ese entonces en el artículo 331, tenía la carga de demostrar el daño causado a los recursos naturales**, bajo el entendido de que el artículo 328 atañe al mismo bien jurídico, pero en la modalidad de peligro.

Por tanto, **es inapropiado hablar de la “carga dinámica de la prueba”, para concluir que era a la defensa a quien le correspondía demostrar que no ocurrió una afectación relevante** a la luz de lo establecido en la norma elegida por el acusador.

Lo anterior, aunado a **los yerros en la valoración del concepto técnico** aportado por la Fiscalía, **le impidió establecer que la conducta de la procesada se enmarca en el artículo 328, no solo porque reprodujo varios de los verbos rectores allí previstos, sino porque, además, generó un peligro efectivo para los recursos naturales**, bajo el entendido de que la proliferación de este delitos, según se aclara en el referido reporte, hace que comportamientos como el suyo, por la vía de la acumulación, puedan dar lugar a la extinción de múltiples especies y a la afectación de los ecosistemas.

PRESCRIPCIÓN - Variación de la calificación jurídica / **PRESCRIPCIÓN** - Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - La Corte le hace llamado de atención: para que asuma con la diligencia debida los procesos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la actuación: por prescripción de la acción penal

Aunque el caso se sometió a conocimiento de la Judicatura en virtud de un preacuerdo, lo que, en principio, limitaría la competencia a resolver sobre la procedencia de la condena anticipada, **la corrección de la calificación jurídica obliga a verificar si operó la prescripción de la acción penal**, tal y como lo solicita el impugnante.

No se discute que **los hechos ocurrieron el 27 de septiembre de 2007.**

Para esa época, **el artículo 328 del Código Penal consagraba la pena de prisión de 32 a 90 meses.**

La imputación se formuló el 18 de junio de 2015, cuando habían transcurrido más de 90 meses luego de perpetrado el delito.

Por tanto, según lo previsto en el artículo 83 del Código Penal (“la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a 5 años”), es claro que la acción penal había prescrito para el momento en que se formuló la imputación.

Al respecto, **se hace un respetuoso llamado de atención a la Fiscalía para que proceda con la diligencia debida, pues resulta inadmisibile que ante una captura en flagrancia y frente a un proceso que no acarrea mayores esfuerzos investigativos, hayan transcurrido casi ocho años entre la comisión de la conducta y la formulación de imputación.**

Por tanto, se casará el fallo impugnado, conforme lo solicita el impugnante, con las aclaraciones hechas a lo largo de este proveído, en orden a declarar que la conducta de la procesada encaja en el artículo 328 del Código Penal y que, **por tanto, operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, razón suficiente para decretar la preclusión.**

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

6. INDICIO - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos

Los hechos o circunstancias debidamente demostradas, aisladamente consideradas, no permiten arribar a la conclusión en un nivel alto de probabilidad, pero ese estándar de conocimiento puede lograrse por la convergencia y concordancia de los mismos, esto es, porque todos apuntan a la misma conclusión y no se excluyen entre sí.

Al examinar la Sala, en sede de casación, un fallo condenatorio, por un homicidio contra una mujer víctima de maltrato físico y psicológico por su esposo, recuerda la posibilidad de llegar al conocimiento requerido para condenar, a partir de los diferentes indicios que rodean el caso.

SP5451-2021(51920) del 01/12/2021

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS:

“El 16 de abril de 2010, entre las 6:00 y 6:20 PM, en el último nivel del inmueble ubicado en [...], MCCA, quien se encontraba en compañía de su esposo JCVG, recibió disparo de arma de fuego en su cabeza, con trayectoria derecha-izquierda, infero-superior y antero-posterior. Conducida la

víctima a la clínica más cercana, luego de recibir la debida atención médica, falleció como consecuencia de shock neurogénico agudo con paro cardio-respiratorio.

De conformidad con las pruebas aducidas en juicio, se logró establecer que MCCA, de tiempo atrás venía siendo víctima de maltrato por parte de su esposo JCVG, quien llegó a controlar su forma de vestir, de arreglarse, las personas con quienes podía relacionarse, ofendiéndola y humillándola de palabra e incluso agrediéndola físicamente en algunas ocasiones”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad / **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: no supone flexibilización del estándar exigido para proferir condena

«En el contexto socio-cultural latinoamericano y más específicamente el colombiano, históricamente han sido habituales las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, en las que gobiernan estereotipos de género, de dominación, subordinación y discriminación sobre la mujer, manifiestas en las agresiones de que suelen ser víctimas, ya sea a través de la violencia física, psicológica, sexual e incluso económica.

Entre otras consecuencias que trae este tipo de relaciones, se identifican, incuestionablemente la

vulneración del más alto valor como lo es la dignidad humana, la minimización de la mujer, así como también, el miedo y/o vergüenza a poner en conocimiento de los demás tales imposiciones y/o vejámenes, permitiendo la prolongación de tan reprochable abuso, que en **algunos casos, conduce hasta la muerte.**

La legislación nacional, **a través de el inciso primero del artículo 2 de la Ley 1257 de 2008** - vigente para la época en que ocurrieron los hechos (16 de abril de 2010) -, siguiendo la definición elaborada por la Convención Interamericana para Prevenir, **Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**, Convención de Belém do Pará de 1994, entiende por violencia contra la mujer, «cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado».

Desarrollando tal concepto, **la jurisprudencia de la Sala se ha referido a las múltiples formas de violencia a que son sometidas las mujeres.** En particular, **ha merecido importante atención, aquella de carácter psicológico**, por su difícil identificación y por considerarse en algunos casos, de mayores y/o más graves consecuencias que la misma violencia física. [...]

[...]

En el marco de la investigación, **la Corte ha puntualizado que el abordaje de los casos con un enfoque de género implica**, entre otras cosas, **la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia**, resaltando:

«La obligación que impone el deber de debida diligencia en la investigación de la violencia contra la mujer debe desplegarse durante todo el desarrollo del modelo de enjuiciamiento criminal previsto, en este caso, en la Ley 906 de 2004, por lo que su implementación se debe llevar a cabo desde que la Policía Judicial genera las primeras hipótesis factuales y, a partir de las mismas, realiza los actos urgentes, así como en el diseño del programa metodológico por parte del Fiscal, el oportuno aseguramiento de las evidencias físicas, la utilización de los recursos técnico científicos orientados a establecer sus aspectos más relevantes y la adopción de las medidas procesales necesarias para que en el juicio oral las evidencias físicas puedan ser presentadas y debidamente autenticadas».

De esta forma, el enfoque de género permite una atención especial a estos casos, lo que de acuerdo con la Corte Constitucional, **implica deberes**

concretos de la administración de justicia, tales como:

- a) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;
- b) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;
- c) no tomar decisiones con base en estereotipos de género;
- d) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;
- e) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;
- f) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;
- g) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;
- h) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e;
- i) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres».

Lo anterior, por supuesto, **en modo alguno significa una flexibilización o inobservancia del estándar probatorio exigido para condenar**, ni comporta, como la ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, la idea de que el testimonio de las víctimas deba acogerse irreflexivamente o aceptando pruebas violatorias de derechos fundamentales.

En últimas, abordar la litis en hechos de violencia contra la mujer, bajo la perspectiva del enfoque de género, permite hacer visible la violencia en contra de éstas, presupuesto indispensable para su erradicación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Indicio: validez probatoria / **INDICIO** - Concepto / **INDICIO** - Estructura / **INDICIO** - Hecho indicador: debe estar probado / **INDICIO** - Confrontación con las reglas de la experiencia / **INDICIO** - Hecho indicado: concepto / **INDICIO** - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos / **INDICIO** - Valoración probatoria

«Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte, en forma pacífica y reiterada ha sostenido que las inferencias lógico-jurídicas fundadas en operaciones indiciarias, hacen parte del sistema

probatorio colombiano, a pesar de no aparecer taxativamente consagradas, tal como sucedía con el indicio en el estatuto procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000 en sus artículos 233 y 284 a 287, erróneamente clasificado como medio de prueba autónomo.

El **sistema procesal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004**, por el contrario, intentó perfeccionar la metodología para la apreciación probatoria. Así, en el título IV del Libro III del Código Penal, más exactamente en las reglas aplicables a la práctica probatoria en el juicio oral, **al referirse en el artículo 375 a la pertinencia de la prueba**, indicó que la misma «(...) deberá referirse **directa o indirectamente** a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias (...), desarrollando seguidamente que «*También es pertinente, cuando sólo sirve para hacer mas probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados (...)*», **de donde se deduce, la posibilidad de acudir a la metodología de las operaciones indiciarias** en el análisis de las pruebas legalmente introducidas en el juicio.

Al mismo tiempo, **ha señalado la Corte** -siguiendo la doctrina clásica- que **el indicio es todo hecho o circunstancia conocida, del cual se infiere**, por sí sólo o conjuntamente con otros, **la existencia de otro hecho desconocido**, mediante una operación lógica y/o de raciocinio.

Entonces, **para construir un indicio, debe existir un hecho indicador, una regla de la experiencia** que le otorga fuerza probatoria al indicio **y un hecho indicado o conclusión**.

El primero (**hecho indicador**) se refiere a una circunstancia o **suceso debidamente demostrado**. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador o existiendo no se les da credibilidad, el hecho indicador no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de inferencia lógico-jurídica alguna.

El **segundo**, remite a la **máxima de la experiencia, el principio de la lógica o el postulado científico**, concretos, que permiten **conectar al primero con una conclusión**.

Y finalmente, **el hecho indicado**, que no es más que **la consecuencia extraída como resultado de la deducción** hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador.

En este orden, enunciado el hecho indicado, habrá que emprender su valoración, en concreto y **en conjunto con los demás medios probatorios**, en aras de concluir qué se declara probado.

Ahora bien, aunque no todo hecho o circunstancia debidamente demostrado puede ser cobijado por el juicio de raciocinio escogido (llámese regla de la experiencia, principio lógico o ley de la ciencia), no puede asumirse que tales hechos o circunstancias carezcan de importancia en el proceso de determinación de la verdad en materia penal. En tales casos, ha enseñado la Corte, **la fuerza argumentativa emanada de las máximas de la experiencia puede suplirse por la relación, convergencia y concordancia de los hechos demostrados**, al punto que de esa forma puede **alcanzarse el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal para emitir un fallo condenatorio**. Interconexión que debe ser lógica, surgir de la realidad y no de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador. [...]

[...]

Así, en ocasiones **se presentan casos en que existiendo dos hechos indiciarios que ponderados independientemente carecen de fuerza probatoria, al ser unidos la adquieren tan considerablemente a raíz de su lógica complementación, que en ausencia de pruebas en contrario, resultan concluyentes**.

De igual forma, la práctica judicial indica, que habitualmente **es casi improbable que un solo indicio tenga la fuerza suficiente para probar con contundencia un hecho delictivo**. Cada indicio, resulta ser un fragmento de prueba que debe ser complementado con otros elementos, ya sean directos o indirectos. Y en este contexto, tal como lo señalaba Glaser desde finales del siglo XIX, «*cuantos más hechos concuerden, menos deben ser atribuidas esas relaciones a un juego engañoso del azar*». En este sentido, **el grado de probabilidad estará dado por la convergencia de distintos indicios**, que examinados lógicamente en su integralidad, **deben permitir desentrañar la relación entre procesado y el delito**.

En estos casos, ha razonado la Sala, **los hechos o circunstancias debidamente demostradas**, aisladamente consideradas, no permiten arribar a la conclusión en un nivel alto de probabilidad, pero ese **estándar de conocimiento puede lograrse por la convergencia y concordancia de los mismos**, esto es, porque todos **apuntan a la misma conclusión y no se excluyen entre sí**.

Han sido entonces identificados por la Corte, **dos formas diferentes de argumentación** jurídica frente a las operaciones **indiciarias**:

La primera, que **adopta la forma de un silogismo**, donde **la máxima de la experiencia**, el principio lógico o la ley de la ciencia, **permite**

explicar la conexión entre el hecho indicador y la conclusión en un evento particular.

Y la **segunda**, estructurada sobre la concepción de que **los hechos o circunstancias debidamente demostradas**, si bien **aisladamente considerados no tienen la entidad suficiente para arribar a una conclusión** altamente probable, **analizados en conjunto** pueden permitir ese **estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable**, exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004».

PRUEBA PERICIAL - Análisis de residuos de disparo: apreciación probatoria / **PRUEBA PERICIAL** - Análisis de residuos de disparo: resultado negativo, no es razón suficiente para asumir que la persona no disparó / **PRUEBA PERICIAL** - Análisis de residuos de disparo: requisitos para ser demostrativos

«**El recurrente afirma que el fallo demandado cercenó los resultados de la prueba pericial de residuos de disparo** practicada al acusado por los peritos RMG y ARO, al no tener en cuenta que ésta se practicó sobre otras prendas de vestir - diferentes a la camisa - y diversas partes de su cuerpo, **arrojando siempre resultado negativo.**

Ciertamente, de acuerdo con lo manifestado en declaración dentro del juicio oral por **el técnico en balística** adscrito a la SIJIN, ARO, **practicó la toma de muestras al procesado**, para ser posteriormente sometidas al correspondiente análisis e identificación de residuos de disparo por microscopia electrónica de barrido. Explicó que acudió al lugar de los hechos a eso de las 23:10 del 16 de abril de 2010, donde se encontraba el señor JCVG acompañado por su padre, tomándole al primero las respectivas muestras corporales (manos y pecho) y en prendas de vestir (pantalón y camisa). **Expuso igualmente haber tenido conocimiento de que la camisa que vestía el procesado no era la misma que llevaba al momento de los hechos**, presumiendo que aquella ya estaba en poder del laboratorio y le sería remitida posteriormente.

Por su parte, **la perito RMG**, en el juicio, **dio a conocer los resultados de la Microscopia Electrónica de Barrido** practicada sobre la muestras tomadas al acusado, identificadas con el número KIT DAS2010-09, y que arrojaron:

«*Del estudio morfológico y químico practicado con el Microscopio Electrónico de Barrido M.E.B. y la Microsonda de Dispersión Energética de Rayos X, D.E.X., sobre las partículas presentes en las muestras enviadas a este laboratorio, se conceptúa que **NO SE ENCONTRARON PARTÍCULAS DE RESIDUOS DE DISPARO EN***

LAS MUESTRAS TOMADAS CON LOS KITS DAS2007-09 Y DAS2010-09 [...]»

Añadiendo como interpretación a esos resultados que:

«*Cuando se conceptúa que **“NO SE ENCONTRARON PARTÍCULAS DE RESIDUOS DE DISPARO”, en ningún momento el perito está afirmando que la persona muestreada no ha disparado un arma de fuego; ya que la ausencia dichas partículas puede deberse a factores tales como: PRIMERO. Que la persona muestreada realmente no haya disparado un arma de fuego. SEGUNDO. Que la persona muestreada efectivamente disparó, pero los residuos desaparecieron de las manos y/o prendas por factores externos como: lavado de manos, frotado y limpieza de manos, uso de guantes, sudoración excesiva, factores ambientales incluyendo viento y lluvia, manos ensangrentadas, cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el disparo y la toma de muestra, cuando la muestra se toma en prendas diferentes a las que portaba el muestreado en el momento del disparo entre otros.***

[...]

Se explica entonces la actitud de argucia y engaño del Sr. JCVG [...] al solicitar cerca de cinco (5) horas después de haberle generado la lesión, que le realizaran la prueba de microscopia electrónica de barrido, previa alteración de la escena y elementos materiales de prueba, al cambiarse la camisa, realizarse aseo y limpiar sus manos como lo expresa la testigo ACA quien manifestó haber visto a JCV llegar a la clínica llevando puesta una camisa a cuadros que vio manchada de sangre e igualmente sus manos, para verle luego otra prenda de vestir limpia. Entonces ¿qué pasó con las manos de JC untadas de sangre?, se pregunta la testigo. **No era otro el objeto, sino el de distraer, despistar y alterar los EMP, para desviar y confundir la investigación**, como inicialmente lo logró.

[...]

Luego entonces, **no es cierto como lo plantea el censor**, que los falladores **mutilaran la prueba** realizada por la perito RMG y el técnico en balística ARO en el sentido aquí analizado. Por el contrario, **examinaron en su integridad el contenido de sus declaraciones**, incluidos los resultados arrojados por la prueba de residuos de disparo para el procesado, sólo que **le otorgaron un valor probatorio distinto al pretendido por el defensor**, apreciación que en concreto, no fue refutada en la particular censura».

LEY DE LA CIENCIA - Verificación y refutación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: posición final del arma, tercera ley de Newton

«**La controversia formulada apunta a infirmar el siguiente razonamiento del Tribunal:**

«JCVG luego de producida la detonación bajó inmediatamente a buscar la ayuda de las personas que se encontraban en la casa, quienes al subir **vieron a MC con el arma de fuego en medio de sus piernas, circunstancia físicamente imposible** bajo el entendido que la contextura de MC, su estatura, la grave lesión sufrida en su cerebro, y **la fuerza de retroceso del arma de fuego**, permitieron establecer con seguridad en instancia, que **el revólver no podía haber quedado allí, separada (sic) del cuerpo y no “acomodado” como se ubicó, sino que debió salir con una dirección contraria a la del disparo**, hechos que indican que efectivamente **JCV sí tuvo en su poder y manipuló el arma de fuego con la que se produjo la muerte de su esposa, para hacer creer infructuosamente que ella la tenía en sus manos y había disparado»** (Pág. 52 de la sentencia de segunda instancia).

[...]

- **El físico JCB** (testigo de cargo), respecto la (sic) posición del arma de fuego.

Este testigo experto, dentro de su declaración en el juicio oral, **manifestó que pudo establecer** luego del estudio del arma con la que se produjo el disparo, **la fuerza de retroceso de la misma**, indicando los ejercicios matemáticos (**3ª Ley de Newton**) y físicos (**calcular la energía de retroceso**) realizados para ello, **tanto de manera teórica como práctica**, que en el presente asunto, y según la forma en que se lo pusieron de presente, la propia víctima realizó el disparo, **el brazo de ella**, luego de oprimir el gatillo, **recibió un peso de 2.8 a 3.01 kilogramos**, es decir, explicó “es como si se dejara caer una bola de boliche de ese peso, en caída libre de un metro de altura sobre la mano de una persona” (audiencia de juicio oral 1:28:00).

Esto **para significar** que **si MCCA se hubiese disparado en la cabeza**, el arma de fuego **debió haber salido con dirección diferente a una caída libre**, es decir, “**necesariamente botado el arma en sentido contrario al del disparo**” (1:44:00) (...).

- Por su parte, **el médico cirujano**, especialista en medicina y antropología forense MADP (testigo de cargo), **en su informe explicó:**

Que la referencia que se hizo por los testigos que acudieron a la escena y vieron a MCCA con

el arma entre sus piernas, empuñada en la mano derecha, **no es consistente con lo que se esperaba**, pues **las armas de fuego al ser disparadas generan una fuerza de retroceso en dirección contraria a la que sale el proyectil**; que un revólver calibre 38 produce una fuerza que sumada al peso del arma produce que **sea difícil de sostener y por ello se recomienda empuñar el arma con ambas manos** para dispararla, así, **en el caso de las lesiones encefálicas graves que sufrió la víctima**, al **presentarse flacidez y caer al piso**, **no puede esperarse que con su contextura tuviera fuerza para mantener empuñada un arma de fuego**, ya que al dispararse en la cabeza ella misma, el retroceso del arma hace que la misma se suelte de las manos, o se suelta cuando la persona lesionada va cayendo.

(...)

Análisis que a su vez tuvo como fundamento el informe base de opinión pericial expuesto por el perito físico JCB en el juicio oral, en lo relacionado con el cuestionamiento que le fuera inicialmente formulado, esto es, entre otros, establecer la posición en que hubiese quedado el arma, de haberse producido el disparo en la forma en que se afirmó por terceros, narró JCVG, y en el que sobre el particular indicó:

«**D. CÁLCULO PARA ESTABLECER LA FUERZA DE RETROCESO DEL ARMA**

[...]

La fuerza de retroceso de un arma es explicada por la tercera ley de Newton y el principio físico a aplicar es denominado cantidad de movimiento debido al empuje de la carga en el cañón. Un proyectil de masa m sale con velocidad v , por la conservación de la cantidad de movimiento esto significa que el tirador con el arma (de masa conjunta M) sufre un retroceso de velocidad inicial V , de forma que se cumple:

[...]

Para finalmente concluir:

«[...] 11. **En el instante de un disparo de un revólver** calibre 38 SPL Indumil Martial con cañón de 3 pulgadas, con munición 38 SPL marca Indumil, **transmite a la mano de la persona que lo porta entre 2.8 a 3.01 Newtons a una velocidad de entre 9.97 a 10.7 Km/h**, esto indica que **el arma retrocede y no puede caer en caída libre [...]**».

[...]

[...], concluyó que **si MCCA accionó el arma de fuego que provocó su muerte, ésta no podía quedar entre sus piernas** como lo refirieron

algunos testigos, pues **por la fuerza de retroceso, tenía que caer**, una vez producido, **en dirección contraria**.

El recuento realizado permite advertir que **no existió suposición alguna en la lectura, interpretación y/o valoración de la prueba**, efectuada por el Tribunal.

[...]

Lo anterior indica, que **la lesión sufrida** por MCCA **de realizarse por ella misma**, hubiese causado que **la ubicación del arma de fuego en la escena de los hechos fuera diferente**, así se demostró, esto, no obstante resaltarse por la defensa lo dicho por el Perito de Cargo Médico Forense doctor HLR en relación con que el disparo se realizó **cerca del cráneo a contacto firme**, lo cierto es que el mismo testigo afirmó *“Por eso me ratifico, tipo suicida, el trazo es tipo suicida, pero puede haber la intención de que puede ser otra persona que le hizo a puño, cerca, contacto firme en esa parte”* (Audencia de Juicio Oral, CD 2, Pista No. 2: minuto 20:27).

Es decir, **no es cierto que en juicio se demostrara que MCCA se hubiese disparado a sí misma en su cabeza**, pues **la prueba pericial practicada en juicio oral permitió concluir todo lo contrario**, esto es, que de ella haberse autoinfligido el disparo que acabara con su vida, el arma de fuego no pudo quedar en la posición en la que la encontraron los testigos que vieron la escena luego que JCVG bajara de la misma y los llamara para que acudieran».

De lo hasta aquí expuesto, no evidencia la Sala el yerro demandado. **La valoración que realizaron los falladores** de segunda instancia respecto a la posición en que fue encontrada el arma luego del disparo que acabó con la vida de la joven víctima, **no se fundamenta en prueba supuesta como lo demanda el recurrente**. Por el contrario, se basó tanto en el testimonio del experto MD, como en el del ya referido físico JCB, pruebas aducidas en juicio con el lleno de requisitos legales».

INDICIO - Antecedentes de violencia física y psicológica: se configura

«Los **antecedentes de violencia física y psicológica de parte del procesado** hacia MCCA

Encuentran respaldo en lo relatado por los familiares de la occisa, CPAS (madre), HCM (padre), ACCA (hermana) e HLLC (prima).

[...]

Para la Sala, **los hasta aquí citados testimonios resultan verosímiles**. Individualmente considerados, **cada uno de ellos fue coherente en su dicho, manteniendo un hilo conductor**

en el relato, no pudiendo ser descartados o tachados de mentirosos en virtud del lazo parental que los unía con la víctima. Por el contrario, quiénes si no, los seres más cercanos a la fallecida, su núcleo familiar y que tenía contacto diario con ella, para dar fe de los detalles y circunstancias acontecidas y de que fueron testigos en los últimos meses de vida de MCCA.

De otra parte, observadas en conjunto, tales declaraciones resultan contestes, coincidiendo en varios de los acontecimientos y circunstancias observadas, lo que imprime no sólo credibilidad, sino también, poder de convicción sobre lo relatado».

INDICIO - Presencia en el lugar de los hechos

«YRCJ y NCGC, declararon encontrarse al momento en que ocurrieron los hechos en el inmueble ubicado en [...] de Cúcuta. La primera, en su calidad de **empleada doméstica de la familia**; y la segunda, **tía del acusado**, por ser su lugar de residencia. Al unísono, **dieron a entender que si bien** en el momento en que escucharon el disparo se encontraban en otro piso de la vivienda, **en el 4º piso sólo estaban MC y JC**. Así se deduce, pues ambas, manifestaron haber visto primero a JC cuando bajó las escaleras pidiendo ayuda y a MC cuando yacía ya herida sobre el suelo, cerca a la entrada de la habitación del matrimonio.

Testimonios que **no fueron objeto de tacha** y que por resultar coherentes y contestes entre sí, **merecen credibilidad**, pudiéndose fundamentar el hecho indicador en su dicho».

INDICIO - Manipulación del arma homicida

«**Manipulación del arma de fuego** con la que se produjo la muerte de MCCA

Los testimonios de quienes acudieron al 4º nivel de la casa luego de ocurrido el disparo que cegó la vida de MC, en concordancia con las evidencias demostrativas números 10, 11 y 12, manifestaron haber observado el arma de fuego en la siguiente posición:

[...]

Tomando como punto de partida lo manifestado por estos tres testigos, que **de una u otra forma coinciden en ubicar el arma de fuego entre las piernas semiflexionadas de la occisa**, unos más cerca o no de su mano derecha, **los expertos JCB, perito físico en balística y MADP, médico forense**, con base en conceptos científicos y su experiencia profesional, tal como quedó evidenciado en el punto 2.5.3. de estas consideraciones, **concluyeron la imposibilidad física, de que frente a un hipotético disparo a**

contacto producido por la misma víctima, el revolver utilizado **quedara en la ubicación informada por los testigos**. Por el contrario, concluyeron ambos peritos, si una persona usa un arma de fuego, en el instante del disparo aparece una fuerza de retroceso significativa, que impide que tal instrumento pueda caer en caída libre.

Luego entonces, **los anteriores medios probatorios demuestran**, tal y como lo concluyeron los jueces de instancia, **que la posición del arma de fuego con la que se ocasionó disparo a MCCA, fue manipulada con posterioridad a su descarga**.

INDICIO - De manipulación de prueba pericial

«[...] **antes de la toma de muestras de residuo de disparo, lavó sus manos y se cambió la camisa que vestía al momento de los hechos**.

Así lo testificaron en juicio CPAS, HCM y ACCA, progenitores y hermana de la occisa, quienes tuvieron la oportunidad de verlo cuando éste arribó a la clínica con MC, detallando que en ese momento JC **vestía una camisa a cuadros color marrón y blue-jeans; prendas que junto con sus manos, observaron totalmente ensangrentados**. Horas después lo vieron con una camiseta blanca.

Manifestaciones que coinciden con lo relatado por la hermana del acusado, SJVG, quien **reconoció haber entregado en el hospital a JC una camiseta para que se cambiara**.

Igualmente, **el técnico que recogió las respectivas muestras** para practicar la prueba de residuos de disparo al acusado, ARO, informó que para ese momento, **5 horas después de los hechos aproximadamente, JCVG vestía una camiseta blanca, la cual reconoció haberse cambiado antes de la toma**. Y adicionalmente, las fotografías que registran dicha diligencia, admitidas como evidencia Nr. 4 de la Fiscalía, más exactamente aquellas identificadas como imágenes 006, 007, 008 y 009 (carpeta FOTOGRAFÍA INDICIADO) muestran claramente que en ese momento, **JCVG ya no poseía manchas de sangre visibles en sus manos**.

Luego entonces, el hecho indicador identificado por el ad-quem, encuentra demostración en el material probatorio mencionado en precedencia».

INDICIO - De las manifestaciones posteriores al delito

«**Con posterioridad al deceso de MC, el procesado pidió perdón al padre de la víctima** y ante el ataúd de ésta en su sepelio, **afirmó que «ya lo tenía mamado»**.

Hechos que también se encuentran debidamente comprobados a través de los siguientes testimonios:

- HMC, relató ante la audiencia que, luego que el doctor G les comunicara el fallecimiento de su hija, *«[...] en ese momento, cuando nos dio la noticia, **J se me arrodilló y me dijo: don H, perdóneme por lo que le hice a su hija**. Y eso fue así señor Juez, yo no tengo por qué venir a decir aquí cosas que no son»*. Ya en el funeral, narró el mismo testigo, cuando finalmente se hizo presente el procesado, *«**se acercó al ataúd y golpeándolo le dijo “yo a usted la quería pero ya me tenía mamado”**»*.

Manifestaciones que también dijo haber escuchado la progenitora de MC, señora CPAS haciendo mención de ellas en su declaración».

PRUEBA PERICIAL - Análisis de residuos de disparo: resultado negativo en víctima

«A través de la criminalística profesional grado 15, adscrita al DAS, RMG, **se introdujeron**, entre otros, **los resultados de la prueba de microscopía electrónica de barrido, practicado** sobre las muestras tomadas **a la fallecida MCCA (KIT: DAS2007-09)**, los cuales **arrojaron negativo para residuos de disparo**.

Dichas muestras, tal como lo relató el técnico en balística de la SIJIN, ARO, **fueron tomadas por éste a las manos de la occisa en la morgue de Medicina Legal**, el 17 de abril de 2010 a las 10:55 a.m., anotando que **las mismas se encontraban debidamente embaladas**, tal como lo muestran las fotografías que aparecen en el álbum contenido en la evidencia Nr. 4 de la Fiscalía.

Adicionalmente, como se analizó en el cargo por falso juicio de identidad por cercenamiento, en efecto, a través de los testimonios de la enfermera jefe GTD y la instrumentadora YAP, **se comprobó que las manos de MCCA no fueron sometidas a proceso de limpieza alguno**, menos aún la mano derecha, por cuanto no fue el brazo manipulado para canalizar a la paciente».

INDICIO - Hecho indicador: displicencia del cónyuge hacia la víctima

«**Comportamiento displicente del acusado en el transporte de la víctima al hospital**

También, **la actitud de JCVG**, revelada por algunos testigos **acerca del comportamiento hacia su esposa**, con quien llevaba escasos cuatro meses de casados, **durante el traslado de ésta última al hospital** donde fuera atendida, fue debidamente demostrada en el juicio».

[...]

Los anteriores relatos enseñan una actitud displicente del acusado para con su cónyuge, **a quien sin consideración aventó en la cámara trasera del vehículo** tipo camioneta, **decidiendo dejarla a su suerte en tal espacio**. Especialmente **notable es el hecho de que el, su marido recientemente casado con la occisa, prefiriera ocupar el puesto del copiloto para dejarla agonizando atrás del vehículo ausente de cualquier cuidado y protección**. Esa conducta es extraña a cualquier pareja de enamorados que recién llevan 4 meses de casados y escasos 12 meses de relación, como lo eran MCCA y JCVG».

INDICIO - Hecho indicador: estado de ánimo alegre del presunto suicida

«Comportamiento de MCCA en las horas previas al suceso que acabó con su vida

A fin de establecer el estado de ánimo de MCCA el 16 de abril de 2010, día en que recibió el fatídico disparo que acabó con su vida, **relataron quienes tuvieron contacto con ella, previo al suceso:**

- CPAS, madre de la occisa, refirió:

*«[...], estaba muy contenta porque el día anterior me había contado lo de la entrega del apartamento. Ya les habían hecho como una pre-entrega. Faltaban unos detalles de las áreas sociales y todavía no les habían entregado en forma. Entonces faltaba, pero **estaban ya contentos** porque ya se aproximaba la fecha para irse a vivir allá, a su casa nueva. [...]*».

Sobre el estado de ánimo de su hija, indicó la declarante:

*«[...] **Ella estaba contenta, estaba jovial, no le noté absolutamente nada extraño**. [...]*».

El padre de MC, HCM, por su parte, manifestó:

*«[...] Ella el último día que la vi en mi consultorio, el día de su muerte, **ella estaba feliz, sonreía**. Ella fue como a las 11 am en la clínica San José, ella fue a llevarme la facturación. Estuvimos hablando, las secretarias entraron, **ella se reía, saludaba a los pacientes, ella estaba muy alegre, muy contenta, [...]**».*

«Los anteriores narraciones, demuestran que MCCA, **en las horas que antecedieron a los hechos, tenía un estado de ánimo normal, sin muestras de tristeza, desesperación y/o depresión**».

ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer: ejercida en una relación asimétrica, bajo

condiciones de discriminación basada en estereotipos de poder, sobre la idea recurrente de inferioridad de la mujer / **INDICIO** - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Se configura

«Del análisis conjunto de la prueba indiciaria

Como se planteó al inicio de las consideraciones, **la prueba indirecta recogida** en el presente asunto, **valorada en conjunto**, demuestra la tesis sostenida por la Sala mayoritaria.

En efecto, tal como se demostró, **existieron antecedentes de violencia física y psicológica** por parte de acusado sobre su víctima, los que **permiten deducir un contexto de maltrato psicológico y físico** al que venía siendo sometida MCCA. La irascibilidad y agresividad de JCVG contra su pareja, se develó prácticamente desde los albores de su noviazgo y luego en su convivencia matrimonial. Y aunque **en principio el maltrato era generalmente de carácter psicológico, se acentuó y pasó a lo físico**, primero con los **empujones y los golpes que evidenciaban los hematomas** y luego con el fatídico desenlace por una discusión entre la pareja.

Tales actitudes denunciadas al unísono por los familiares de MC, revelan que de acuerdo con las circunstancias que rodearon la muerte de la joven, **se trató de un caso de violencia contra la mujer**, ejercida dentro de una relación asimétrica, en la que el hombre ejerció poder y mando sobre ésta, aprovechándose del amor que aquella le profesaba, con actitudes y comportamientos discriminatorios, maltratos psicológicos y luego físicos, basados seguramente en la idea errónea de inferioridad de la mujer.

Y si bien existieron tales inconvenientes en la relación de pareja, fue también evidente para los familiares de la víctima, que **la joven estaba completamente enamorada y con grandes expectativas de mejorar su relación**, cuando les fuera entregado el apartamento en el que finalmente conviviría la joven pareja. Así **lo develaba su actitud alegre y comportamiento optimista en los días y horas previas a su muerte**, alejando la tesis del suicidio, sostenida por la defensa.

Siguiendo una secuencia lógica, las hasta aquí descritas circunstancias antecedentes plenamente demostradas, se concatenan con aquellas concomitantes y subsiguientes que rodearon el hecho infortunado:

Así, se acreditó igualmente, que **JCVG era la única persona que acompañaba en el 4º piso de su residencia a MC en el momento en que aquella recibió el disparo de arma de fuego en**

su cabeza. Ello, sumado a la irascibilidad y agresividad de su carácter frente a su cónyuge, lleva a inferir, que éste pudo haber sido quien ante una discusión de pareja reaccionó desproporcionada y agresivamente, disparando contra ella.

Pero aquella probabilidad, **adquiere el grado de certeza, cuando lo hasta aquí comprobado se conecta con los hechos subsiguientes al disparo**, demostrados también con claridad.

Entonces, **la ausencia de rastros de sangre en la pared** donde fue encontrada MC luego del disparo, **es indicadora o bien de que se trató de un disparo no a contacto**, o bien **que el disparo se produjo en otro lugar**, diferente a aquél donde fue encontrado el cuerpo de MC, descartándose una vez más la teoría del suicidio.

Adicionalmente, **concurren la demostrada manipulación del arma de fuego por parte del procesado** - único que acompañaba a MC - (la cual, de haberse tratado de un disparo a contacto tipo suicidio, hubiese quedado alejada

del cuerpo de la víctima), **la eliminación de evidencias como la camisa que vestía JC y los restos de residuos de disparo en sus manos** (consecuencia tanto del cambio y desaparición de la camisa que vestía el procesado al momento de los hechos, como también del lavado de sus manos), **la actitud displicente del acusado para con su cónyuge en el traslado de esta última hacia el hospital y las manifestaciones de perdón al padre de la occisa** y de incordio ante el ataúd de la fallecida.

[...]

Es esta conexión entre hechos indicadores antecedentes, concomitantes y posteriores, la que permite inferir de manera lógica y razonable, más allá de toda duda, que en el presente asunto **no se trató de una auto-lesión de MC en contra de sí misma**, sino más bien, **que fue JCVG quien cegó la vida de su esposa**.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

7. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Obligaciones de la Fiscalía para lograr su apreciación

A través del fallo que resolvió el recurso de Casación contra la sentencia condenatoria que revocó la absolutoria emitida el dos de marzo de 2017, y, que condenó a dos procesados por el delito de concierto para delinquir agravado, la Sala determina que, en casos de interceptaciones telefónicas, le corresponde a la Fiscalía realizar las labores de verificación necesarias, para demostrar fehacientemente que una persona en particular participó en las conversaciones incriminatorias. Además, recordó la necesidad de que los miembros del CTI que realizaron seguimientos y verificación de identidades, atestigüen directamente en el juicio.

SP5461-2021(54495) del 01/12/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 21 de noviembre de 2008, PW, Primer Secretario de la Embajada Británica, informó a la

Policía Nacional sobre la posible existencia de una organización dedicada a la producción y transporte de sustancias estupefacientes que operaba en los departamentos de Casanare, Cundinamarca, Antioquia y en la ciudad de Bogotá, la cual al parecer era liderada por MMB, de quien brindó sus números celulares.

Como consecuencia de ello, la Fiscal Delegada 17 UNAIN ordenó la interceptación de las líneas aportadas y de otras que surgieron de la mencionada labor, así como la realización de actividades de vigilancia y seguimiento de personas e inspecciones judiciales a varios procesos penales, labores mediante las cuales, se corroboró la mencionada noticia cirminis y se determinó que de dicha organización delictiva hacían parte [...], YRP alias “Yesid”, “Maira”, “Mairita”, “El viejo”, “Don Yesid o “Juan Carlos” y EFVP alias “Churrias”, entre otros, varios de los cuales, suscribieron preacuerdo con la Fiscalía, a excepción de los dos últimos mencionados.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Trascendencia y utilidad para el esclarecimiento de los hechos / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Pueden constituir hechos jurídicamente relevantes o hechos indicadores

/ **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Obligaciones de la Fiscalía para lograr su apreciación / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: datos básicos, fecha, contenido, partícipes / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Autenticación de su contenido / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: identificación de los intervinientes

La Sala ha resaltado que **la interceptación de comunicaciones es un acto de investigación especialmente útil para el esclarecimiento de los delitos**, especialmente aquellos que encajan en la denominación de crimen organizado.

Igualmente, ha hecho énfasis en las **cargas probatorias que, en esos casos, debe afrontar la Fiscalía**, lo que **depende del uso que pretenda darle a la información** obtenida a través de las interceptaciones. En ese contexto, a manera de ejemplo, **puede ser necesario demostrar**: (i) el contenido de las conversaciones; (ii) la **identidad de las personas** que intervienen en ellas; (iii) la **identidad de los titulares de las líneas**, aunque esto puede ser tomado como un hecho indicador del aspecto anterior; (iv) la fecha y hora en que las comunicaciones ocurrieron; etcétera.

Lo anterior adquiere especial relevancia cuando, como en este caso, **los aspectos en mención constituyen el fundamento principal de los cargos**. En efecto, **todo gira en torno a la conclusión de que YRP y FVP intervinieron en las conversaciones incriminatorias**.

Sobre el particular, en la decisión CSJSP4264, 22 sep 2021, Rad. 55027, se dejó sentado que

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 906 de 2004, **la interceptación de comunicaciones es un acto de investigación dirigido a “buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda o ubicación de imputados, indiciados o condenados”**.

Los datos obtenidos pueden ser utilizados de formas diversas, entre ellas: (i) como prueba en el juicio oral; y (ii) para disponer otros actos de investigación, que permitan hallar evidencias físicas u otra información con vocación de prueba.

Sin perjuicio de los requisitos constitucionales y legales de este acto de investigación, dada su innegable injerencia en los derechos fundamentales, **la utilización del contenido de las conversaciones interceptadas, como prueba, está supeditada a diversos requisitos**. Por su importancia para la solución del caso, es necesario resaltar los siguientes:

En primer término, **debe establecerse la pertinencia de esa información**, esto es, su relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes que integran el tema de prueba (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre otros). Este aspecto es determinante para que la prueba sea decretada en la audiencia preparatoria, y, además, tiene amplia relevancia en la fase de juzgamiento, toda vez que: (i) **de ello dependen las decisiones acerca de la autenticidad del respectivo documento**, bajo el entendido de que autenticar es “demostrar que una cosa es lo que la parte dice, según su teoría del caso” -CSJSP, 31 ago 2016, Rad. 43915, entre otras-; y (ii) **determina su peso o incidencia en la decisión** atinente a la responsabilidad penal.

En armonía con lo anterior, la Sala ha sostenido que **el tema de prueba está integrado, principalmente, por los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación**, sin perjuicio de las hipótesis factuales alternativas propuestas por la defensa.

Además, ha resaltado que **los llamados “hechos indicadores”**, aunque no hagan parte de los hechos jurídicamente relevantes, **también tienen que ser demostrados**, pues **de ello depende que puedan servir de fundamento a las inferencias a partir de las cuales se conectan con los hechos jurídicamente relevantes**. La diferencia entre hechos jurídicamente relevantes y hechos indicadores fue analizada con amplitud en la decisión CSJSP, 8 marzo 2017, Rad. 44599.

En este orden de ideas, **es posible que el contenido de una interceptación telefónica tenga el carácter de hecho jurídicamente relevante** (por ejemplo, en un caso de extorsión: la llamó, para decirle que la mataría si no le entregaba el dinero), **o de hecho indicador**, a partir del cual, aisladamente o en asocio con otros datos, se puede inferir el hecho con trascendencia jurídico penal (en la conversación interceptada, Pedro y Juan hablaban del riesgo de que el cadáver fuera hallado en el lugar donde lo abandonaron, de lo que puede inferirse su participación en el homicidio).

En ambos eventos, **la parte** (generalmente la Fiscalía) **tiene la carga de establecer con precisión los datos de la conversación interceptada**, de los que depende su relación, directa o indirecta, con los hechos jurídicamente relevantes, **entre ellos**: (i) **la identidad de las personas que intervienen en la misma**, (ii) **su contenido**, (iii) **las fechas en las que se produjo**, etcétera. Ello, bajo el entendido de que estos aspectos determinan la pertinencia de la prueba y, finalmente, su trascendencia para dirimir el debate sobre la responsabilidad penal.

Como es propio de un sistema de corte adversativo, como el regulado en la Ley 906 de 2004, frente a este tipo de actividades **la Fiscalía debe asumir dos tareas perfectamente diferenciables**, aunque relacionadas entre sí: (i) **establecer el contenido de la evidencia**, en los términos referidos en los párrafos precedentes, lo que determina el juicio de imputación y de acusación, la solicitud de medidas cautelares, entre otras actuaciones relevantes; y (ii) **demostrar esos aspectos en el juicio oral**, pues de ello depende que los jueces le asignen el valor pretendido por el acusador.

Así, **solo si se demuestra la existencia y el contenido de la conversación, la identidad de quienes participan en ella, las fechas en que se llevaron a cabo, etcétera, la parte podrá asumir que el dato está demostrado**, bien porque, en sí mismo, constituya un hecho jurídicamente relevante, o porque pueda tenerse como un “hecho indicador” o un dato a partir del cual pueda hacerse una determinada inferencia.

La existencia de las conversaciones interceptadas y su contenido, mirados como objeto de prueba, en principio **pueden ser demostrados de diversas maneras**, entre las que se destacan: (i) **el documento contentivo de las mismas**, presentado a través de uno o varios testigos que tengan bases suficientes (“conocimiento directo y personal”, como lo señala el artículo 402 de la Ley 906 de 2004) para autenticarlo; y (ii) **a través de una persona que las haya escuchado**. Mirado solo desde la perspectiva de su eficacia probatoria, parece claro que el documento constituye mejor evidencia, entre otras cosas por las dificultades que puede tener un testigo para reproducir con exactitud los términos de una conversación, sobre todo cuando es extensa.

De otro lado, **la identidad de las personas que participan en la conversación puede acreditarse con “prueba directa” o “prueba indirecta”, lo que acarrea las respectivas cargas demostrativas y argumentativas**. Esto, teniendo en cuenta lo siguiente:

En el primer caso, este aspecto podría acreditarse, por ejemplo, **con el testimonio de una persona que esté en capacidad de identificar a quienes intervienen en la conversación**, porque haya participado de la misma, la haya presenciado o por cualquier otra razón que colme las exigencias previstas en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

Lo segundo, también a manera de ilustración, **a través de la demostración de datos a partir de los cuales pueda inferirse que una persona**

participó en la conversación interceptada, entre los que podrían enunciarse la titularidad sobre las líneas telefónicas, los temas tratados, etcétera. Ello, sin perjuicio de otros medios de demostración, como el cotejo de voces y, en general, todas las posibilidades que ofrece un sistema procesal cimentado en el principio de libertad probatoria.

Ahora bien, es posible que el contenido de las conversaciones interceptadas sea pertinente, incluso si no se demuestra la identidad de todos los que participan en las mismas. En ese caso, la parte que solicita la prueba debe explicar su relación -directa o indirecta- con los hechos jurídicamente relevantes y, a partir de ello, debe cumplir las respectivas cargas demostrativas, en orden a que la información pueda ser valorada por los juzgadores.

En cuanto a **las fechas de las conversaciones interceptadas**, cuya importancia no admite discusión, **es un aspecto que la Fiscalía debe estar en capacidad de demostrar**, toda vez que tiene a cargo la ejecución del respectivo acto de investigación. Ahora bien, si por alguna razón valedera no es posible establecer este componente temporal, la parte debe demostrar por qué, a pesar de ello: (i) la prueba es pertinente, de lo que depende su decreto en la audiencia preparatoria; y (ii) de ser el caso, explicar el peso de la misma para la solución del caso.

Como sucede con cualquier testimonio, **para la demostración de estos aspectos resulta imperioso establecer si el testigo los observó o presenció “directa y personalmente”**, como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, o si obtuvo la información a partir del relato de terceros, evento en el cual se activan las reglas atinentes a la prueba de referencia (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 enero 2017, Rad. 44950; entre muchas otras).

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: cuando contiene declaraciones se rige por las reglas de la prueba testimonial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Informe de policía judicial: carácter testimonial, no documental / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Informe de policía judicial: aducción en el juicio oral, refrescar la memoria, como prueba de referencia, impugnar credibilidad o como testimonio adjunto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Informe de policía judicial: anexos, son independientes del informe mismo, requisitos

En varias oportunidades **la Sala ha aclarado que el carácter declarativo de una prueba no se**

modifica por el hecho de estar vertida en un documento.

En ese contexto, ha aclarado que **cuando la parte pretende hacer valer como prueba una declaración documentada, debe someterse a las reglas de la prueba testimonial**, lo que incluye lo atinente a la prueba de referencia. [...]

[...]

Sobre el valor probatorio de los informes de policía, en la decisión CSJAP948, 7 marzo 2018, Rad. 51882, tras referirse al concepto de prueba de referencia y su relación indisoluble con el derecho a la confrontación, la Sala precisó que

Es claro que los informes presentados por los policiales: (i) **contienen declaraciones**, en cuanto en ellos estos servidores entregan su versión sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos; (ii) **pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad penal**, entre otros eventos, cuando en ellos se describe la participación del procesado en la conducta punible; (iii) **su presentación como prueba en el juicio oral puede afectar el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los policiales**, que bajo estas circunstancias tienen el carácter indiscutible de testigos de cargo, en los términos del artículo 8 -literal k- de la Ley 906; (iv) además de sus propias versiones, es común que en los informes estos servidores públicos incluyan las declaraciones de terceros.

En consecuencia, **estas declaraciones documentadas pueden utilizarse** (i) para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad; (ii) como prueba de referencia, cuando el testigo no esté disponible y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906; y (iii) como prueba, si el testigo se retracta o cambia su versión, en los términos referidos en los precedentes atrás relacionados.

[...]

En cuanto a las evidencias físicas y los documentos que eventualmente se anexen a un informe policial, debe tenerse en cuenta que: (i) **por el hecho de haber sido anexados a un informe de policía, las evidencias físicas y los documentos no se convierten en una “sola prueba”**, ni entre sí, ni en relación con el informe; (ii) según lo indicado en el numeral 7.1.2.1 y 7.1.2.4, los informes constituyen un importante mecanismo de documentación de las actuaciones investigativas y de comunicación entre los funcionarios de policía judicial y el fiscal; (iii) a la luz de lo analizado en el numeral 7.1.2.2, **la parte**

tiene el deber de establecer qué es cada evidencia física y documento, a la luz de su teoría del caso, y debe decidir **con cuáles testigos demostrará ese aspecto en el juicio oral**; y (iv) **cuando sea necesario que el investigador declare sobre la forma como se adelantaron los procedimientos, debe ser presentado en el juicio oral**, salvo que se presente una causal de admisión excepcional de prueba de referencia.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba trasladada: no existe en este sistema, para incorporar los medios existentes en otro proceso debe surtir el debido proceso probatorio

La Sala también ha aclarado que la **materialización de los derechos a la contradicción, confrontación, entre otros**, previstos en el artículo 16 de la **Ley 906 de 2004** y, en general, en el ordenamiento jurídico, **impiden que en este esquema procesal sea viable la figura de la prueba trasladada**.

Por tanto, **en el evento de que la Fiscalía o la defensa pretendan servirse de declaraciones, dictámenes periciales, documentos o cualquier otro medio de prueba que obre en otro proceso, debe agotar el respectivo trámite de descubrimiento, explicación de pertinencia, solicitud, etcétera**. [...]

[...]

En cuanto a la información tomada en virtud de la “inspección” realizada a otros procesos, debe resaltarse lo siguiente:

Sobre la pertinencia de esa información, debe resaltarse que la misma se reduce a la demostración de que algunas actividades de narcotráfico tuvieron ocurrencia, lo que, valga resaltarlo, **no se discute en esta oportunidad**.

Aunque esa información no sería determinante para dirigir el tema objeto de debate (si los procesados participaron en las conversaciones intervenidas, lo que constituye el principal referente para establecer su pertenencia a la organización delincuencial), **no puede pasar inadvertido que la Fiscalía se equivocó en el proceso de incorporación de esa información**.

En efecto, como se indicó en la primera parte de este proveído, **en el sistema regulado en la Ley 906 de 2004 no opera la figura de la prueba trasladada**, principalmente porque la misma impide materializar garantías trascendentales como la contradicción y la confrontación.

Por tanto, **cuando un aspecto relevante del tema de prueba deba ser demostrado con información que repose en otro proceso**, al

acusador le corresponde **agotar el trámite de descubrimiento, solicitud, incorporación y práctica de las respectivas pruebas**, con apego a las reglas previstas para los testimonios, los documentos, los dictámenes periciales, etcétera.

Así, por ejemplo, la supuesta incautación de 100 kilos de cocaína en la ciudad de Bogotá, bajo unas determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, constituye uno de los pilares de la acusación, ya que el fiscal concluyó que la sustancia ilegal les pertenecía a los procesados.

Si ello es así, **estos hechos jurídicamente relevantes debieron ser acreditados con pruebas practicadas durante el juicio oral**, bien a través del testimonio de los servidores públicos que realizaron la incautación, de los dictámenes periciales atinentes a la calidad de la sustancia, etcétera.

En lugar de ello, la Fiscalía optó por presentar un informe de la “inspección” realizada a esos procesos, sin tener en cuenta lo expuesto sobre los requisitos para incorporar las pruebas que obran en otros trámites, a lo que se hizo alusión en los apartados anteriores.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado: su verificación constituye una obligación de la Fiscalía / **IDENTIDAD DEL PROCESADO** - A través de comunicación telefónica: veracidad de los datos personales / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: identificación de los intervinientes, forma de realizarlo / **IDENTIDAD DEL PROCESADO** - Individualización e identificación: derecho de contradicción / **DERECHO DE DEFENSA** - Formas de garantizarla: a través del derecho de controvertir las pruebas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Vigilancia y seguimiento de personas: testimonio de policía judicial, importancia

[...], no se discute que **la presente actuación se inició por la información suministrada por funcionarios de la Embajada Británica**. Es igualmente claro que en esa oportunidad **los nombres de los procesados no fueron relacionados**.

Igualmente, **no es tema de discusión la existencia de la organización delincriminal, ni su destinación a actividades de narcotráfico. Lo que se discute es si RP y VP pertenecieron a dicha agrupación**.

[...]

En cuanto al contenido de las conversaciones, se advierte lo siguiente: (i) los interlocutores se refirieron a **varios alias**, que, **supuestamente,**

correspondían a los procesados; (ii) dos de los interlocutores **se identificaron con los nombres y cédulas correspondientes a RP y VP;** y (iii) **las conversaciones pudieron asociarse a hallazgos realizados por las autoridades**, entre ellos, la supuesta incautación de una gran cantidad de alcaide en un vehículo de carga pesada, ocurrido en la ciudad de Bogotá.

En estricto sentido, **lo que permite vincular a los procesados** con las mencionados conversaciones **es el hecho de que dos de ellos se hayan identificado con los nombres y la cédula de los procesados**.

Sin duda, el hecho de que una persona se identifique con un nombre y un número de cédula en una conversación telefónica constituye un dato importante para establecer su identificación. Sin embargo, **ello no resulta suficiente para ese fin**, por razones como las siguientes: (i) en la actualidad, **el acceso a los datos de identificación y otras referencias personales se ha facilitado significativamente**, principalmente por la proliferación de redes sociales y la gran cantidad de información que circula en la internet; (ii) **ello ha facilitado**, por ejemplo, la **creación de perfiles falsos, la tramitación de servicios de telefonía celular con los nombres y demás datos personales de terceros**, etcétera; y (iii) **en una conversación telefónica, es posible que alguien se atribuya una identidad que no le corresponde**, máxime cuando los interlocutores no se conocen y, por tanto, no tienen elementos de juicio para establecer si la voz corresponde a esa persona y no a otra.

En otras palabras, **dar por sentado que una persona participó en una conversación de la que se deriva su responsabilidad penal**, por el solo hecho de alguien se haya identificado con su nombre y cédula de ciudadanía, **incrementaría significativamente el riesgo de emisión de condenas equivocadas**, lo que resulta claramente contrario a la Constitución Política y pondría en riesgo a la comunidad en general.

Ante esa realidad, **a la Fiscalía le correspondía realizar las labores de verificación necesarias para demostrar fehacientemente que una persona en particular participó en las conversaciones incriminatorias**. Como se dejó sentado en la primera parte de este proveído, esa actividad está regida por el principio de libertad probatoria.

Como el acusador fracasó en el intento de presentar un cotejo de voces, **el seguimiento a personas emergía como la actuación determinante** para corroborar que RP y VP participaron en las referidas conversaciones, bajo

el entendido de que esto último constituye el dato definitivo sobre su pertenencia a la organización dedicada a actividades de narcotráfico.

Para tales efectos, **los funcionarios que tuvieron a cargo ese acto de investigación debieron comparecer al juicio oral**, para que explicaran, entre otras cosas, cómo se llegó a cabo el operativo, **por qué puede asegurarse que las personas afectadas con el mismo estaban vinculadas a las referidas interceptaciones**, si tenían algún dato sobre sus características físicas, qué medidas tomaron para evitar confusiones sobre la identidad de las personas vigiladas, etcétera.

Mirado desde otra perspectiva, **los procesados tenían derecho a contradecir y confrontar estos testimonios**, máxime si se tiene en cuenta su relevancia para establecer la responsabilidad penal. Ello, sin perjuicio de que el interrogatorio cruzado de estos testigos, en el juicio oral, pudo brindar mejores elementos de juicio para resolver este caso.

Sin embargo, **sin ninguna explicación, la Fiscalía no solicitó que estos testigos comparecieran al juicio oral**. En su lugar, **optó por introducir el contenido de los informes** por conducto de un investigador **que no participó en los referidos actos de investigación**, sin considerar que dichos reportes no contenían cosa distinta que los testimonios de los policiales sobre las circunstancias que rodearon el seguimiento a personas y los resultados del mismo, por lo que **debió someterse a las reglas de la prueba testimonial**, tal y como se explicó en la primera parte de este proveído.

De esta forma, **a la defensa se le privó de la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo**, prevista como garantía judicial mínima en la Convención Americana de Derechos Humanos -art. 8- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14-, así como en los artículo 8 y 16 de la Ley 906 de 2004. Ello, porque **se introdujeron declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, sin que se haya demostrado que los testigos no estaban disponibles**, haya mediado una solicitud de admisión de prueba de referencia y, en general, sin el agotamiento del proceso como es debido.

Por último, aunque **la ilegalidad de la prueba hace improcedente su valoración**, no puede pasar inadvertido que **la decisión de presentar el contenido de los informes policiales, en lugar de la comparecencia de los testigos al juicio oral, también afectó la calidad de la prueba**. En efecto, ello impidió establecer con precisión cómo se adelantaron esos operativos,

qué medidas se tomaron para evitar confusiones en cuanto a la identidad de las personas objeto de seguimiento, bajo qué circunstancias los policiales escucharon que un tercero utilizó el alias de Churrias para referirse a uno de los procesados, etcétera.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: testigo solo puede declarar sobre aquello que le conste directa y personalmente / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Identificación de los intervinientes por su voz, corroboración del conocimiento del testigo / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: conocimiento indirecto

[...], **lo expresado por el testigo ML en el sentido de que pudo identificar el timbre de voz de los procesados, amerita los siguientes comentarios:**

Según lo establecido en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, **un testigo solo puede declarar sobre aquello que le conste “directa y personalmente”**. Por ello, quien dirige el interrogatorio debe **indagar por las circunstancias bajo las cuales un testigo pudo conocer los hechos que pondrá en conocimiento del juez**.

En este orden de ideas, **si un testigo va a declarar que la voz que escuchó corresponde a una determinada persona**, necesariamente **debe explicar la fuente de su conocimiento**, esto es, **el vínculo** que tiene con la misma, **la frecuencia con la que sostienen conversaciones**, si esos diálogos fueron presenciales, por vía telefónica, etcétera. En todo caso, **debe quedar claro que tuvo la oportunidad de constatar que esa voz corresponde a una persona en particular**. Ello, sin perjuicio de los debates sobre la fiabilidad de esta forma de identificación.

En el caso objeto de análisis, el testigo ML dejó en claro que las interceptaciones telefónicas les permitieron concluir (a el y a los otros investigadores) que varios sujetos, entre ellos aquellos que se identificaron como YRP y EFVP, participaron en varias de esas conversaciones. En todo caso, **es claro que el testigo no tuvo contacto previo con estas personas, al punto que pudiera reconocer sus voces**.

Así, ante la insuficiencia de la prueba para establecer que RP y VP participaron de esas conversaciones, por las razones indicadas en párrafos anteriores, **es claro que el investigador ML no puede asegurar que la voz que escuchó corresponde a estos sujetos**. Lo único que puede decir es que en las conversaciones que escuchó participaron varias veces dos personas,

lo que pudo establecer a partir de su timbre de voz.

SENTENCIA - Motivación / **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD** - Se configura: al valorar y tener como fundamento demostrativo de la sentencia, manifestaciones anteriores al juicio que no adquirieron la condición de pruebas, ni como testimonio adjunto ni de referencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Falso juicio de legalidad: prueba trasladada / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por distorsión: se configura / **IN DUBIO PRO REO** - Se debe aplicar si no hay certeza de la participación del procesado

El Tribunal destinó buena parte de su disertación a explicar la existencia de la organización delictiva dedicada a actividades de narcotráfico. Esto último no admite discusión. Por tanto, valga la repetición, **no se transcribieron los apartes de las conversaciones que atañen a este aspecto en particular.**

Frente al **tema central de debate** (la **pertenencia de los procesados a la organización delictiva**), relacionó el **conjunto de datos en los que se basó** para concluir que RP y VP participaron en las conversaciones interceptadas, entre los que destacó: (i) se identificaron con los respectivos **nombres y cédulas**; (ii) el **investigador ML los reconoció por el “timbre de voz”**; y (iii) las labores de seguimiento permitieron corroborar que se trata de las mismas personas.

En cuanto a los resultados de las labores de seguimiento, **el Tribunal incurrió en un error de derecho, por falso juicio de legalidad.** En efecto, **ante el carácter claramente testimonial de la prueba**, se **permitió el ingreso de las versiones** de los policiales que ejecutaron dichos actos de investigación, **sin que se hubiera demostrado que no estaban disponibles**, ni se hubieran agotado los otros trámites para la admisión de la prueba de referencia, **lo que se tradujo en la violación del debido proceso y, especialmente, del derecho a la confrontación.**

Incurrió en un yerro de la misma naturaleza **frente a la información que obra en otros procesos, llevadas al juicio oral a través** de los investigadores que realizaron las respectivas **“inspecciones judiciales”**. Ello, sin perder de vista que estos datos no son determinantes para resolver el tema central de debate, esto es, la participación de los procesados en las conversaciones incriminatorias.

De otro lado, **el Tribunal parece dar por sentado que el investigador ML conocía el “timbre de**

voz” de RP y VP **y, por ello, estaba en capacidad de reconocerlos.**

De esa forma, incurrió en un error de hecho, por falso juicio de identidad, porque **el testigo nunca mencionó que hubiera escuchado las voces de los procesados en un contexto diferente al de las interceptaciones telefónicas**, por lo que solo estaba en capacidad de afirmar que en varias de las conversaciones que escuchó identificó un **“timbre de voz”** similar.

Por demás, **las conclusiones del investigador** acerca de que esas voces correspondían a los procesados, **se fundamentan en, buena medida, en información que fue incorporada de manera ilegal al proceso**, tal y como se acaba de explicar.

El juzgador de segundo grado no planteó que el hecho de que dos de los interlocutores se hubieran atribuido el nombre y la cédula de los procesados es razón suficiente para concluir que ellos intervinieron en las conversaciones. Al respecto, reiteró que **ese dato se complementa con el reconocimiento de voces** que realizó el investigador ML **y** con las **“labores de seguimiento”** ya mencionadas.

Por tanto, en lugar de atribuirle un error de hecho, por falso raciocinio, **cabe sostener que sus conclusiones acerca de la responsabilidad penal pierden fundamento al suprimir lo atinente a los seguimientos dispuestos por la Fiscalía**, pues, valga la reiteración, en el fallo se asumió que los resultados de los mismos corroboran las conclusiones del investigador acerca de la identidad de los participantes en las conversaciones interceptadas.

Los yerros en mención son trascendentes, porque, **al suprimir el contenido de los seguimientos a personas** y tras precisar el contenido de la declaración del investigador ML (principalmente en lo que atañe a la identificación de las voces de los interlocutores), se advierte que **la prueba de cargo es insuficiente para demostrar la responsabilidad penal de los procesados más allá de duda razonable.**

Lo anterior, porque, como ya se anotó, **el hecho de que una persona se identifique de una determinada manera en una conversación interceptada, no es razón suficiente para concluir, más allá de duda razonable, que esa es su identidad.** Aunque un dato de esa naturaleza es relevante, **necesita ser corroborado con otra información**, a la que puede acceder la Fiscalía a través de las múltiples herramientas que le ofrece el ordenamiento jurídico.

De lo contrario, **se generaría un estado de cosas extremadamente peligroso para la ciudadanía**, pues **cualquiera estaría expuesto judicialmente ante un montaje o una suplantación**. Ello, sin perjuicio de que una postura de esa naturaleza resulta contraria al estándar de conocimiento establecido por el legislador para la procedencia de la condena (convencimiento más allá de duda razonable).

[...]

Por tanto, se casará el fallo impugnado, para que recobre vigencia la absolución emitida en primera instancia por el delito de concierto para delinquir agravado, con las aclaraciones hechas a lo largo de este proveído. Se ordenará la libertad inmediata de los procesados, así como la cancelación de las órdenes que afecten sus derechos en razón de este proceso.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - La Corte le hace llamado de atención: para que asuma con la diligencia debida los procesos

[...], **debe hacerse un llamado de atención a la Fiscalía**, para que **asuma con la diligencia debida este tipo de casos**. Adviértase que a lo

largo del proceso se mencionó un **cotejo de voces que no pudo ser incorporado**, que los **servidores públicos que participaron en los seguimientos no fueron citados al juicio**, como tampoco fueron convocadas a declarar las personas que fueron condenadas a raíz de su pertenencia a la organización delictiva.

Especialmente, **llama la atención que no se hayan realizado labores orientadas a verificar la existencia de las cuentas bancarias o de los respectivos contratos de telefonía celular** mencionados en las conversaciones interceptadas, en orden a establecer si los procesados habían plasmado allí sus firmas y/o huellas dactilares, lo que, probablemente, hubiera disipado las dudas planteadas con antelación. Ello, máxime si se tiene en cuenta que **en una de las conversaciones interceptadas**, donde un interlocutor se identificó con los nombres de uno de los procesados, **se hizo alusión a la inconsistencia de la información personal**. [...].

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

8. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Trámite: si no se respetan las reglas para practicarse o no se solicita su control en los plazos señalados, la prueba es ilegal y no puede hacerse valer en el juicio /

INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Trámite: si quien lo realiza incurre en una conducta delictual, no puede alegar la falta de control posterior para sostener, con base en la supuesta ilegalidad de dicha prueba, la inexistencia de conductas ilegales / **INTERCEPTACIÓN DE**

COMUNICACIONES - Legalidad: ya sea por falta de control posterior o por cualquier otra causa que se vicie, esos actos, no se puedan tener como prueba, pero no por eso dejan de ser actos de investigación / **FALSEDAD**

IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Similitudes y diferencias con el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - No se configura: caso en el que la

Fiscalía no demostró el tipo objetivo y su configuración material / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - No se configura: caso en el que, ni en la acusación, ni en la sentencia, se explicó que materialmente haya ocurrido o que el procesado hubiera ejecutado la conducta

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de ESHM, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante la cual fue condenado por primera vez como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, la Sala estudió los delitos de falsedad ideológica en documento público y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, haciendo énfasis en sus particularidades y diferencias, para concluir que, como el ocultamiento de elemento material probatorio tiene una base fáctica distinta a la falsedad ideológica, es evidente que la fiscalía no demostró el tipo objetivo y su configuración material, de manera que el acusado solo podía ser condenado por el delito de falsedad ideológica y no por el concurso

de conductas, razón por la que, en ese punto, absolvió al acusado.

SP569-2022(55024) de 02/03/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS:

En el año 2000, en el Juzgado promiscuo Municipal de Mompo, se tramitaron 13 procesos en los que fueron parte 63 personas que demandaron a la Corporación Eléctrica de la Costa. Entre los meses de agosto y septiembre de 2007, la empresa fue condenada a pagar a favor de los demandantes, por daños materiales y morales, \$ 14.000.000.000.00.

Ante el conocimiento de irregularidades cometidas en el curso del proceso y la posterior ejecución de la sentencia, la fiscalía 13 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá ordenó la interceptación de comunicaciones de los abonados [...], de cuyas líneas eran titulares OLPO, titular del Juzgado que profirió los fallos, AL, primer apoderado en los procesos civiles y N.A.B., abogado de la Sociedad de ingeniería Construcciones y Equipos.

La misión de trabajo le fue confiada al investigador de la fiscalía ESHM, quien hizo lo propio en la sala perla de Riohacha.

El 25 de mayo de 2012, el investigador rindió informe en el que señaló que de las interceptaciones no se obtuvo ninguna evidencia relacionada con los hechos investigados, pese a que las mismas contenían diálogos de interés para la investigación contra el juez y los abogados que actuaron en los procesos judiciales.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEMANDA DE CASACIÓN - Debido proceso: técnica / **DEMANDA DE CASACIÓN** - Falta de sustentación / **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** - Técnica en casación / **JUEZ** - Principio de imparcialidad / **NULIDAD** - Debido proceso: no se demuestra a los jueces yerros cometidos por la parte / **NULIDAD** - Debido proceso: no se configura / **DEBIDO PROCESO** - No se vulnera

En cuanto al primer reparo, por haberse dictado la sentencia con desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura, las opiniones de la fiscalía, la procuraduría y el representante de víctimas son bastante ilustrativas de su desacierto. En

realidad, el demandante se limitó a plantear una hipótesis, pero sin demostrar cómo y por qué, al ocuparse de otros procesos, los magistrados del tribunal opinaron anticipadamente sobre la responsabilidad que le compete, en este caso, a EHM.

El demandante plantea que en algunos asuntos fallados por el Tribunal Superior de Cartagena, entre ellos el seguido contra el ex juez Promiscuo de Mompo, OLPO, procesado por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en el llamado “Caso Corelca”, se hicieron apreciaciones en relación con la responsabilidad de EHM.

Esa hipótesis es incierta y presentada a manera de una afirmación indefinida que no está apoyada objetivamente en piezas procesales que sustenten la posible afectación del principio de imparcialidad. No está en discusión que a los jueces no les está dado prejuzgar, ni manifestar opiniones por fuera del proceso que comprometan la imparcialidad, la cual desde su perspectiva objetiva, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C 762 de 2009, “exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecta. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.”

El demandante plantea un alegato esencialmente causal que podría sintetizarse en que, como los magistrados del Tribunal de Cartagena dictaron la sentencia en el juicio contra el ex juez OLP, entonces la conducta de EHM, en cuanto este último actuó como investigador en el proceso contra el primero, está vinculada a la del juez, de manera que los magistrados no podían juzgar su comportamiento.

A partir de esa supuesta relación, tenía que demostrar, entonces, que el Tribunal hizo en el primer caso una reflexión concreta y puntual sobre la autoría y responsabilidad que le compete a EHM, situación que omitió al anteponer un planteamiento sin referencias concretas en torno del supuesto juicio anticipado sobre la responsabilidad del acusado, de lo que se infiere que el actor no plantea una expectativa concreta y cierta, sino afirmaciones indefinidas e indemostradas.

Esa carga en estos casos es ineludible, como lo reiteró la Sala en el AP del 20 de septiembre de 2021, radicado 60128, en el cual señaló:

[..]

Analizada la censura desde aquel punto de vista, no se observa en la propuesta del demandante ningún referente objetivo que permita dudar siquiera de la imparcialidad de los magistrados, de modo que ninguna irregularidad afecta la validez del proceso.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

DEMANDA DE CASACIÓN - Se debe indicar en forma clara y contundente su fundamento / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Concepto / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Autorización judicial: ausencia, análisis de cada caso para determinar la legalidad de las interceptaciones / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Objeto: buscar pruebas judiciales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Diligencias que requieren control judicial posterior: interceptación de comunicaciones / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Control judicial: metodología / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Control judicial: preserva los derechos de las personas interceptadas, no de quienes hacen las interceptaciones / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Trámite: si no se respetan las reglas para practicarse o no se solicita su control en los plazos señalados, la prueba es ilegal y no puede hacerse valer en el juicio / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Trámite: si quien lo realiza incurre en una conducta delictual, no puede alegar la falta de control posterior para sostener, con base en la supuesta ilegalidad de dicha prueba, la inexistencia de conductas ilegales / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Legalidad: ya sea por falta de control posterior o por cualquier otra causa que se vicien, esos actos, no se puedan tener como prueba, pero no por eso dejan de ser actos de investigación / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Errores en la apreciación probatoria: no se configura

El segundo cargo es infundado. Existe al respecto una confusión ostensible por parte del demandante. Es necesario explicar lo siguiente:

La interceptación de comunicaciones es un acto de investigación que no requiere autorización judicial previa y que el fiscal, con fundamento en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, puede ordenar con el fin de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados. Recibidas las diligencias, el fiscal debe solicitar, dentro de las 24 horas siguientes, la audiencia de revisión de

legalidad de lo actuado ante los jueces de control de garantías (artículo 337 de la Ley 906 de 2004).

Como lo explicó el fiscal delegado, el control posterior judicial tiende a preservar los derechos de las personas que son objeto de interceptación, no los de quienes las hacen. Es cierto, entonces, que si no se respetan las reglas para practicar la interceptación o no se solicita su control en los plazos señalados, la prueba es ilegal y no puede hacerse valer como tal en el juicio. Pero si quien realiza la interceptación incurre en una conducta delictual, como sucede con quien rinde un informe que no corresponde a la verdad u oculta información, no puede alegar la falta de control posterior para sostener, con base en la supuesta ilegalidad de dicha prueba, la inexistencia de conductas ilegales realizadas en el curso de ese trámite.

En otras palabras, puede ser que por falta de control posterior o por cualquier otra causa que los vicie, esos actos de interceptación no se puedan tener como prueba, pero no por eso dejan de ser actos de investigación. Si así no fuera, querría decir que las ilicitudes que se cometen en el curso de una investigación serían impunes y los funcionarios que los ejecutan exentos de responsabilidad por dichas conductas ilícitas.

En otras palabras, eso significaría que las actuaciones ilegales de los funcionarios judiciales que ejecutan durante los actos de investigación y que pueden viciar la prueba, son por principio impunes, lo cual es sin duda un despropósito. Eso es, ni más ni menos, lo que alega el recurrente. No tiene, en eso, razón. Al respecto, aun cuando la Sala abordará el tema del ocultamiento o destrucción de elemento probatorio con posterioridad en el caso concreto, obsérvese que dicha conducta expresamente habla del ocultamiento, destrucción o alteración durante la investigación, lo cual descarta de plano que las conductas en esa fase estén por fuera del tipo de prohibición.

En consecuencia, el cargo no prospera.

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Concepto / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Concepto / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Elementos / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Elementos: servidor público, en ejercicio de sus funciones / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Capacidad probatoria intrínseca del documento / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Elementos: consignar una falsedad o

callar total o parcialmente la verdad / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Demostración / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Se configura / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas

Según la acusación, las conductas atribuidas a ESHM fueron ejecutadas con ocasión de la investigación que le correspondió adelantar a la fiscalía por la defraudación de que fue objeto, con la participación de funcionarios judiciales y abogados, la Corporación Eléctrica de la Costa, CORELCA. En dicha investigación se ordenó la interceptación, entre otras, de las líneas telefónicas de OLPO, titular del Juzgado Promiscuo de Mompo, que profirió los fallos, AL, primer apoderado en los procesos civiles y NAB, abogado de la Sociedad de ingeniería Construcciones y Equipos.

Para establecer ese supuesto, las partes estipularon la (i) condición de servidor público del acusado, (ii) la existencia y contenido de la orden de interceptación de comunicaciones del 30 de enero de 2012, realizadas dentro del radicado [...], que se adelantó por los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación y cohecho, y (iii) la existencia y contenido del informe del 22 de mayo de 2012, suscrito por ESHM, dirigido a la fiscal 13 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

El informe del 22 de mayo de 2012 es fundamental. En él, el investigador aseguró que no se encontraron datos de interés para la investigación a la cual estaban vinculados, entre otros, el ex juez Promiscuo de Mompo, OLPO, ALD, y el abogado de CONEQUIPOS, NFA.

[...]

Como se indicó, el artículo 286 de la Ley 600 de 2000, sanciona la conducta del servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigna una falsedad o calle total o parcialmente la verdad. Desde ese punto de vista se debe señalar que el documento que extiende el servidor público debe tener la capacidad de probar, no que sea la prueba determinante de la decisión. En este sentido, EHM, en el informe del 22 de mayo de 2012, mencionó hechos que no tenían aptitud probatoria, porque según afirmó, las interceptaciones contenían diálogos que eran inocuos para probar alguna relación con los delitos de peculado y prevaricato que se investigaban.

En el juicio, con la declaración de la analista AMF, con la cual además se incorporó al proceso

como prueba el registro de las interceptaciones realizadas en el curso de la investigación contra el Juez OP y sus secuaces, se estableció que EHM, gerente de la misión de trabajo, consignó una falsedad, porque dijo que en la averiguación solo se logró interceptar temas personales, siendo lo cierto que desde los teléfonos intervenidos se trataban temas relacionados con los procesos judiciales en los que intervino CORELCA e incluso del pago de gruesas sumas de dinero.

La contradicción, entonces, entre lo consignado en el informe del 22 de mayo de 2012 por el investigador EHM y lo efectivamente escuchado es evidente y salta a la vista que en el informe no se dijo la verdad, afectando la capacidad probatoria del documento y de las diligencias que le servían de fuente.

Ahora bien, EHM, aseguró en su defensa, que debió enfrentar problemas técnicos en el mes de abril de 2012, que le impidieron ser más preciso en su informe. Esa explicación es inaceptable. Como se acaba de indicar, la transliteración de las conversaciones que pueden tildarse de “delicadas”, corresponden al periodo comprendido entre el 1 de febrero al 30 de abril de 2012, de manera que aun de aceptar que EHM hubiese tenido problemas técnicos en la Sala Perla de monitoreo, ubicada en Riohacha, pudo acceder a todas las conversaciones en la Sala Esperanza de Bogotá, donde se guardaba el registro total de la actuación, antes de rendir el informe del 22 de mayo de 2012. Eso significa que conocía lo que se logró escuchar y que pese a ello rindió un informe en el que le quitaba peso específico a información interesante para el proceso con el argumento de que se trataba de conversaciones sobre temas personales.

Por lo demás, JAM, Director del CTI de Riohacha, declaró que EHM en ningún momento comentó de inconvenientes en la sala de monitoreo, y que los problemas que tuvo que afrontar eran financieros y de seguridad, no técnicos, lo cual desvirtúa completamente la excusa que aduce el acusado para desentenderse de una conducta que, por la forma como fue diseñada, es evidente que la realizó a ciencia y paciencia y con pleno conocimiento de que lo expresado en el informe del 22 de mayo de 2012 no correspondía a la verdad.

En consecuencia, ninguna razón suficiente es mejor que la expuesta por el Tribunal. Eso implica que la sentencia condenatoria, por este delito, debe mantenerse.

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - El bien jurídico protegido es la fe pública / **OCULTAMIENTO ALTERACIÓN O**

DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO - Bien jurídico tutelado / **FALESDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Similitudes y diferencias con el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Finalidad: la conducta recae directamente sobre el medio de prueba (conducta fenomenológica) / **FALESDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Finalidad: consignar una realidad distinta a la verdadera (conducta valorativa) / **FALESDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Ámbito de protección / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Ámbito de protección / **CONCURSO** - Concepto de necesidad de un acto en relación con otro / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Demostración / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - No se configura: caso en el que la Fiscalía no demostró el tipo objetivo y su configuración material / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - No se configura: caso en el que, ni en la acusación, ni en la sentencia, se explicó que materialmente haya ocurrido o que el procesado hubiera ejecutado la conducta

El delito de falsedad ideológica, desde el punto de vista sistemático, hace parte del título IX que describe los delitos contra la fe pública, y en concreto del Capítulo tercero que habla de las falsedades documentales. Por su parte, el artículo 454 B, se encuentra dentro del título XVI del Libro segundo, que trata de los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia, y específicamente hace parte del Capítulo noveno, que contiene los delitos contra los medios de prueba y otras infracciones.

Los dos tipos penales tienen en común que se refieren, o bien en su descripción típica, o en el ámbito de protección del bien jurídico, a los medios de prueba. Solo que el último, al describir la conducta, prohíbe ocultar, alterar o destruir un elemento material probatorio vinculado a una actuación judicial penal, mientras que el primero a consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad.

Si alguna diferencia se puede encontrar entre estas conductas, es que la segunda recae directamente sobre el medio de prueba, el cual se oculta, altera o destruye, mientras que la primera tiene una relativa autonomía en tanto no requiere

ocultar, alterar o destruir el medio de prueba, sino consignar una realidad distinta a la verdadera. Podría decirse que quien consigna una falsedad también oculta, pero ante esa reflexión hay que señalar que en el primer caso la conducta es fenomenológica, mientras que en el segundo es valorativa.

De otra parte, el delito de falsedad ideológica es más amplio en su ámbito de protección, pues abarca la protección del tráfico jurídico en el sentido de proteger la veracidad en las relaciones sociales en general, incluida la administración de justicia, mientras que el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio se refiere a conductas vinculadas a la investigación o al juicio penal y de allí que se haga mención a elementos materiales probatorios mencionados en el código de procedimiento penal, aspecto que guarda armonía con la finalidad de proteger las investigaciones y juicios penales, propósito con el que fueron diseñados los artículos 454 A, 454 B y 454 C del Código penal.

Todo ello para señalar que la condena por el delito de ocultamiento de elemento material probatorio descrito en el artículo 454 A del Código penal, debe revisarse.

[...]

Destaca la Corte cómo la fiscalía y el tribunal abordaron confusamente el concurso de delitos de ocultamiento de elemento material probatorio y falsedad ideológica, sin considerar que la ocultación del documento no se configuró, en cuanto la fiscalía no delineó de qué manera se materializó esta conducta y cuál es su fundamento fáctico.

[...]

La Corte observa que el tribunal no consideró que el delito de ocultamiento del medio de prueba no fue probado, sobre todo si se tiene en cuenta que los registros de las interceptaciones de comunicaciones reposaban en la Sala Esperanza del CTI de Bogotá, sitio al cual concurrió el acusado para realizar el examen de las mismas, rindiendo un concepto que no correspondía a la realidad de que los escuchas decían, sin ocultar el medio de prueba que quedó a recaudo de los funcionarios de dicha sala en la ciudad de Bogotá.

De manera que no podía el tribunal, como también lo hizo la fiscalía, duplicar la imputación jurídica sin haber demostrado que EHM ocultó el elemento material probatorio, cuestión que en la acusación y en la sentencia no se explicó que materialmente haya ocurrido o que el procesado hubiera ejecutado.

En síntesis, como el ocultamiento de elemento material probatorio tiene una base fáctica distinta a la falsedad ideológica, según se explicó antes, es evidente que la fiscalía no demostró el tipo objetivo y su configuración material, de manera que el acusado solo podía ser condenado por el delito de falsedad ideológica y no por el concurso de conductas, como indebidamente ocurrió.

La Corte en consecuencia, absolverá al acusado por esta particular conducta.

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Dosificación punitiva / **MULTA** - Dosificación punitiva

En razón de lo anterior, como el Tribunal incrementó en 10 meses la pena de prisión asignada al delito de falsedad ideológica en documento público -conducta que consideró más

grave— que tasó en 72 meses de prisión, la Sala excluirá la primera proporción correspondiente al delito de ocultamiento de elemento material probatorio por el cual se le absuelve.

La de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fijó en 85 meses (el primer cuarto oscila entre 80 y 105 meses).

El tribunal no expuso ninguna razón para establecer ese quantum, seguramente bajo la consideración de que el delito de ocultamiento de elemento material probatorio no prevé ese tipo de sanción como principal, pese a que la estipula el artículo 52 del Código Penal, al disponer que la pena de prisión conlleva la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. De modo que como no incrementó la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por razón del concurso, la cifra se mantendrá.

Inicio

SP117-2022(54979) de 26/01/2022

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuellar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

«El 6 de agosto de 2012, a las 7:00 p.m. aproximadamente, L.F.M.V. acudió a la empresa donde laboraba su expareja y madre de su hijo - menor de edad-, para dejarlo con ella.

El señor L.F.M.V. se quedó fuera del establecimiento, del que salió E.L.R., empleado de la referida empresa, quien fue abordado por aquél con insultos y golpes. En respuesta a las agresiones, E.L.R. sacó un cuchillo de cocina de dotación para su trabajo, con el que le propinó una puñalada a L.F.M.V., quien también lo había atacado con golpes, insultos y amenazas el día anterior.

La herida abdominal recibida con arma corto punzante provocó la muerte a L.F.M.V.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IRA O INTENSO DOLOR - Ira: concepto / **IRA O INTENSO DOLOR** - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento / **IRA O INTENSO DOLOR** - Configuración: es necesario acreditar la relación causal entre el acto de provocación y la reacción / **IRA O INTENSO DOLOR** - Configuración: no tiene reconocimiento a partir de personalísimos sentimientos ni para

9. IRA O INTENSO DOLOR - Ira: concepto / **IRA O INTENSO DOLOR** - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento / **IRA O INTENSO DOLOR** - Configuración: es necesario acreditar la relación causal entre el acto de provocación y la reacción / **IRA O INTENSO DOLOR** - Configuración: no tiene reconocimiento a partir de personalísimos sentimientos ni para favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables o coléricos / **IRA O INTENSO DOLOR** - Origen directo en un comportamiento grave e injusto / **IRA O INTENSO DOLOR** - Su análisis se debe realizar caso a caso / **IRA O INTENSO DOLOR** - Diferente a la legítima defensa

Al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 8 de mayo de 2018, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, la Corte casó parcialmente la decisión, efectuando para ello un análisis acerca de la figura de la ira o intenso dolor, así como su diferencia con la legítima defensa; del que concluyó que, el comportamiento del procesado reunía todas las exigencias previstas en el art. 57 del C.P. para atenuar la pena por ira, motivo por el cual, consideró que, los juzgadores de instancia incurrieron en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de dicha norma.

favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables o coléricos / **IRA O INTENSO DOLOR** - Origen directo en un comportamiento grave e injusto / **IRA O INTENSO DOLOR** - Su análisis se debe realizar caso a caso

La ira es comprendida como un evento de disminución de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto activo de la conducta punible, provocada por una ofensa grave e injustificada que determina una respuesta violenta. En ese sentido, los elementos necesarios para configurarla (SP10274-2014) son: i) que la conducta sea causada por un impulso violento, provocado por ii) un acto grave e injusto, de lo que surge necesariamente iii) la relación causal entre uno y otro comportamiento.

Tal figura atemperante de la sanción punitiva, referida esencialmente a delitos atentatorios de la vida e integridad personal, es manifestación de hipótesis en las que el hecho se lleva a cabo en un estado de emoción violenta, provocada por la conducta de la víctima, esto es, cuando obedece a una condición subjetiva emocional que consecuentemente da lugar a una responsabilidad penal atenuada.

[...]

Ahora, si bien la configuración de la ira depende de circunstancias de verificación objetiva que, siendo suficientemente graves, tienen aptitud para provocar una alteración en el sujeto activo de la conducta, también es verdad que ha de evaluarse el estado emocional de la persona, para establecer el nexo de causalidad entre la agresión injusta y su respuesta violenta. [...].

[...]

Esas facetas -tanto externa como interna- de la referida atenuante han de examinarse caso a caso, atendiendo al contexto en que acaecieron los hechos y valorando las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto. [...].

[...]

En la misma dirección, en la SP 13 feb. 2008, rad. 22.783, la Corte puso de presente que “la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como, por ejemplo, su situación psicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación y el nivel socioeconómico”.

REGLAS DE LA LÓGICA - Falacia de atinencia: conclusión inatiente (ignoratio elenchi) / **REGLAS DE LA LÓGICA** - Se vulneran / **IRA O INTENSO DOLOR** - Diferente a la legítima defensa / **IRA O INTENSO DOLOR** - El miedo puede ser concomitante con la ira / **IRA O INTENSO DOLOR** - Que el sujeto se hubiese contralado en un caso anterior de provocación no impide que puede reaccionar ante una provocación posterior / **IRA O INTENSO DOLOR** - No exige que la reacción derive en un comportamiento específico / **IRA O INTENSO DOLOR** - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento / **IRA O INTENSO DOLOR** - Configuración: es necesario acreditar la relación causal entre el acto de provocación y la reacción / **IRA O INTENSO DOLOR** - El acto de provocación puede tener eventos anteriores al hecho que finalmente genera la reacción / **FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY** - Se configura

[...], de la reseña de los motivos invocados por los juzgadores para descartar la ira en el actuar del acusado, salta a la vista que el aserto cifrado en que aquél no actuó en ese estado de alteración síquica, por causa de la agresión injusta del hoy occiso, es una conclusión viciada argumentativamente. Se incurre en un error lógico cuando un argumento que permite establecer una conclusión en particular se dirige a probar una conclusión diferente.

En ese yerro argumentativo incurrió el tribunal al considerar que, por las mismas razones que impiden reconocer la legítima defensa, ha de descartarse la ira. Pese a tratarse de dos instituciones jurídicas que no solo conducen a consecuencias diversas, sino que se configuran por causales o supuestos de hecho distintos, el ad quem concluyó que el señor L no actuó con ira, bajo el entendido que su respuesta fue desproporcionada y, más que un acto defensivo, constituyó otro ataque posterior a la agresión, que ya no había que repeler.

De cara a los requisitos configurativos de la ira, a saber, i) que la conducta punible sea causada por un impulso violento, provocado por ii) un acto grave e injusto, de lo que surge necesariamente iii) la relación causal entre uno y otro comportamiento, del todo impertinente se ofrece sostener que el agente no obró con la finalidad de defenderse, sino que sus actos iban inequívocamente dirigidos a causar un daño en la integridad física de LFMV. No se puede descartar la ira bajo las premisas de la legítima defensa.

Pero más allá de la errada conclusión atrás evidenciada, lo cierto es que el proceso de subsunción de las circunstancias fácticas en los

requisitos de la ira se advierte contraevidente con los hechos que los juzgadores declararon probados.

Para el tribunal, la reacción del procesado no derivó de una provocación grave que le haya ocasionado una exaltación de tal magnitud, que lo hubiera llevado de manera obnubilada a cometer la agresión mortal. Empero, tal análisis, antes que omnicomprendivo y respetuoso del contexto fáctico en que se originaron los hechos, es fragmentario y desconoce antecedentes que se declararon probados, los cuales fuerzan a concluir de manera distinta.

En criterio del ad quem, es “incomprensible” que la puñalada propinada por el procesado a la víctima haya sido una reacción iracunda por la agresión de ésta a aquél, presentada el día anterior: “recuérdese que el día anterior a la ocurrencia de los hechos el aquí procesado fue víctima de insultos y golpes en su rostro por parte del hoy occiso, sin que por ello se pueda comprender su reacción al no configurarse el estado anímico de la ira, por lo que la pretensión de aplicación de tal diminuyente punitiva no tiene ningún asidero de prosperidad”.

Sin embargo, de cara a la subsunción en los requisitos del art. 57 del C.P., tal aserto es incorrecto, pues está desconociendo hechos fijados en las sentencias impugnadas que muestran una realidad distinta, esta es, el estado anímico iracundo en el sujeto activo, que a su vez provocó el impulso violento -ataque con cuchillo- fue determinado por otra -adicional- agresión grave e injustificada, como lo fueron el golpe en la cara y los insultos recibidos por EL de LFM, el 6 de agosto de 2012. Y esa provocación se torna aun mucho más grave si se tiene en cuenta que el día anterior, injustificadamente, el hoy occiso ya había ofendido, golpeado y amenazado de muerte al señor LR en vía pública, en presencia de sus hijos menores de edad, ocasión en la que aquél, si bien mostró intención de defenderse, se contuvo para proteger a sus hijos.

Ahora bien, pasando a los razonamientos aplicados por el a quo en el juicio de adecuación típica en el art. 57 del C.P., la negativa a aplicar la diminuyente por ira estriba en que “no se presentó una perturbación emocional” en EL luego de ser golpeado e insultado por segunda ocasión por LFM, sino una “reacción temerosa” de aquél. El juez reprocha al acusado por no haberse controlado, como lo hizo el día anterior, “huyendo o acudiendo a las autoridades” y haber actuado “con temor” para protegerse de alguien peligroso. Ese miedo, subraya, se evidencia en la reacción inmediata de sacar un cuchillo para agredir al señor M “sin que medie tal ira”.

En ese razonar la Sala encuentra varios problemas: por una parte, el miedo no es una emoción incompatible con la ira, que excluya de tajo la disminución de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto por la rabia, cólera o enfado que le pueda producir una situación aversiva, como un ataque a golpes; por otra, la falta de control o contención de los impulsos violentos es, precisamente, un comportamiento derivado de la perturbación psicológica producida por la ira. Además, que una persona haya podido controlarse en otra oportunidad, pese a estar iracundo, no implica que, ante un estímulo posterior (agravio grave e injustificado) no se presente esta reacción emocional.

El miedo, en tanto emoción básica, es un mecanismo que alerta sobre el peligro y las amenazas. Una agresión física, sin dudarlo, representa una situación amenazante de la integridad que puede provocar, entre otras emociones, temor o miedo a verse perjudicado.

Ahora, si bien algunas de las reacciones derivadas del temor pueden ser el deseo de escapar o huir, así como el bloqueo o paralización, no todas las personas responden de igual forma a los estímulos externos amenazantes. En tanto mecanismo de defensa, el miedo es un estímulo encargado de que el cuerpo disponga de un máximo rendimiento por un breve lapso, preparándolo para la lucha o la huida. De ahí que, antes que ser incompatible con la ira, el miedo puede ser concurrente con ésta en situaciones de excitación que, a su vez, pueden conllevar a respuestas impulsivas como la violencia. Ello es muestra de que la ira, pese a ser igualmente una emoción primaria, también es una reacción compleja.

Es indiscutible que, acorde con la experiencia, los insultos, golpes y amenazas recibidos por alguien, máxime si son reiterativos, ocurridos en público y en presencia de seres queridos, son estímulos idóneos para enfadar a alguien, a punto tal de tornarlo iracundo, pues su integridad, tranquilidad, valía y honor, entre otros, son perturbadas e implican un escenario aversivo. A su vez, cuando la persona es presa de la ira, pese a mantener la capacidad de discernimiento, su comprensión se ve disminuida y alterada, siendo determinada a reaccionar agresivamente, debido a ese “raptus” emotivo.

Varios son los tipos de respuesta compatibles con la ira, tanto en el plano corporal como en el cognitivo. En el primero, como enseña la experiencia, pueden tensarse los músculos, acelerarse la respiración o dispararse el flujo sanguíneo, pues el cuerpo se activa para la defensa o el ataque frente a la amenaza percibida.

Ese estado de excitación, naturalmente, puede predisponer actuaciones impulsivas y agresivas.

En lo cognitivo, la respuesta depende de la manera en que la persona interprete las situaciones externas, pues las emociones están en función del pensamiento y el aprendizaje particular de cada uno e influyen de manera diversa en la gestión conductual ante los factores que, por lo general, son idóneos para despertar ira.

De ahí que la jurisprudencia (cfr. num. 4.1. supra), a la hora de valorar las circunstancias objetivas que, siendo suficientemente graves, tienen aptitud para provocar una alteración en el sujeto activo de la conducta, así como el estado emocional de la persona, recalca la importancia de situarse en las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto, a fin de comprender si el sujeto activo de la conducta punible se enfrentó a situaciones aptas para despertar en él la ira. En este sentido, son del todo relevantes, entre otros, su situación psicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación y el nivel socioeconómico.

Clarificado lo anterior, para la Sala es indiscutible que en el actuar del señor LR se verifican todas las exigencias para concluir que su conducta estuvo determinada por la ira al atacar mortalmente a LM.

En efecto, los juzgadores siempre reconocieron la gravedad e injusticia de la agresión inmediatamente anterior sufrida por el procesado por parte del hoy occiso, quien lo insultó y golpeó injustificadamente. La gravedad del comportamiento atribuido a la víctima, en palabras de la Sala, se mide por la capacidad para desestabilizar emocionalmente al procesado.

De ahí que sea inobjetable entender que los golpes e insultos repetitivos a los que el hoy occiso sometió al procesado, desde la perspectiva de un observador objetivo, son aptos para ofuscar y activar emociones compatibles con una respuesta impulsiva y agresiva. Además de ofender el honor y lesionar la integridad personal, los ataques fueron del todo injustificados, pues se motivaron en los celos que a la víctima le generaba el señor LR por suposiciones sobre una no acreditada relación de éste con la excónyuge del hoy occiso. Antes bien, lo probado fue el carácter celoso y violento de LM, sin que sus sospechas lo autorizaran para asediar al acusado en vía pública delante de su familia, desafiarlo, retarlo, golpearlo y provocarlo repetidamente hasta un límite que no pudo contener.

Esa circunstancia, además, viene agravada por un antecedente muy próximo de idénticos patrones de agresión sucedidos el día anterior, indicativos de que EL sintió un impulso emotivo para reaccionar violentamente ante los insultos, golpes y amenazas recibidos de su atacante, pero que pudo contener gracias a un influyente factor externo que incidió en la gestión conductual de la ira, a saber, el sentido preponderante de protección hacia sus hijos menores de edad.

Es el propio a quo quien, al reprochar que en el segundo episodio el acusado no se pudo contener o controlar, tácitamente reconoce que aquél sintió ira y esa emoción alteró su respuesta ante las graves e injustificadas agresiones. La procedencia de la disminuyente en cuestión, precisamente, aplica para eventos en los que el raptus emotivo altera el discernimiento y el sujeto activo despliega la conducta punible. Es un contrasentido negar el influjo de la ira por no poder contenerla ni gestionarla de manera no violenta.

Con acierto, el fiscal delegado ante la Corte pone de presente que la actuación del implicado ha de evaluarse tomando como referente la manera en que otro sujeto en similares condiciones fácticas y socioculturales hubiera reaccionado. Entonces, considerando que EL es una persona de origen campesino, que realizó estudios hasta tercero de primaria, agricultor y trabajador en labores varias en las que debía utilizar herramientas cortopunzantes, es claro que las repetitivas agresiones graves e injustificadas que recibió de su retador eran aptas para alterar su condición anímica y desencadenar una inmediata respuesta violenta por la ira causada en ese momento, la cual, es entendible, fue más intensa por el ofuscamiento contenido del episodio anterior.

Atinadamente destaca la procuradora delegada para la casación penal que, si bien el procesado pudo y debió no ejecutar el resultado, desistiendo de perseguir a su víctima y de propinarle el apuñalamiento, a ello se vio avocado en atención a la alteración de su estado anímico, como un resultado directo de la acción grave e injusta de la que fue objeto por parte del propio lesionado.

La provocación, valga enfatizar, consiste en una conducta para mortificar o suscitar protesta, desagrado o inconformidad en una persona determinada, originando un estado de excitación que ocasiona pérdidas de control y obnubilación u ofuscación inocultables.

Es desproporcionado, entonces, el rasero de extrema templanza, serenidad, racionalidad y equilibrio emocional aplicado por los juzgadores de instancia a una persona humilde, con baja

escolaridad, dedicada a labores agrícolas y de vigilancia que se sintió ultrajada en varias ocasiones, para exigirle que ante esos episodios hubiera sido capaz de eliminar la ira. Ésta, se recalca, es una emoción reflejo que se despierta ante eventos amenazantes de la integridad y lesivos de la dignidad, por lo que es igualmente desproporcionado reprochar al procesado por no gestionarla de manera extraordinaria y soportar tales circunstancias aversivas sin ser dominado por impulsos violentos reactivos a las agresiones de las que era víctima.

Por otra parte, que la respuesta asumida por el acusado no haya sido un acto de defensa, sino un ataque es indiferente de cara a la aplicación de la atenuante por ira, pues no es la ausencia de ánimo vindicativo lo que da lugar a disminuir la pena por atenuación del juicio de culpabilidad, sino que tal respuesta derive de una provocación previa que supere cierto umbral de gravedad y se reputé injustificada.

Así que el impulso violento expresado en el contraataque con cuchillo, además de haber sido provocado por un acto grave e injusto, fue una respuesta que entraña relación causal con éste. La evaluación de las anteriores circunstancias de orden objetivo así permiten concluirlo.

Además, es claro que la agresión por la cual se juzgó al señor LR es un evento de disminución de la capacidad intelectual y volitiva del agraviado, provocada por una ofensa grave e injustificada que determinó la respuesta agresiva. A la hora de concluir que el acusado no presentó una perturbación emocional, el a quo pasó por alto que, en la versión ofrecida por aquél en juicio, manifestó que, “en ese momento”, sacó el cuchillo y “no pensó”, circunstancia que, sin dudarlo, es indicativa de que su capacidad intelectual y volitiva fue alterada síquicamente por la ira que experimentó, sin que se tratara de una manifestación más de un habitual carácter agresivo, impulsivo, iracundo, colérico o irritable en él; antes bien, como se destacó en las sentencias de instancia con el testimonio del empleador de EL, éste se caracterizaba por ser un hombre respetuoso y tranquilo.

Conclusión.

De suerte que, fuerza concluir, el comportamiento del procesado reúne todas las exigencias previstas en el art. 57 del C.P. para atenuar la pena por ira, motivo por el cual los juzgadores de instancia incurrieron en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de dicha norma. Yerro de juicio normativo derivado de una indebida adecuación de los hechos en los supuestos legales que condicionan

la concesión de la aminoración de la sanción penal.

En consecuencia, la Corte deberá casar parcialmente la sentencia para corregir la declaración de justicia incluyendo tal circunstancia influyente en la culpabilidad, así como reajustar la correspondiente respuesta punitiva.

CASACIÓN - Redosificación punitiva: por el reconocimiento de la ira o intenso dolor

A la hora de individualizar la sanción de prisión, el juzgado se ubicó en el primer cuarto -dada la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad y la carencia de antecedentes penales- e impuso el monto mínimo de pena. Siguiendo ese mismo criterio, la Sala procede a reajustar los márgenes punitivos con la rebaja prevista en el art. 57 del C.P., norma acorde con la cual la pena no será menor a la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo.

Entonces, si la pena mínima para el homicidio es de 208 meses de prisión, la sexta parte corresponde a 34.6 meses, monto mínimo de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al que quedará condenado el señor LR.

SUBROGADO PENAL - Procedencia: caso en el que el procesado ya cumplió la pena / **LIBERTAD** - Pena cumplida

En cuanto a los subrogados, el juez de primera instancia negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como la prisión domiciliaria, por incumplimiento de requisitos objetivos, situación que ha de reevaluarse ante la nueva pena impuesta al sentenciado.

A la luz del art. 63 del C.P. -modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014- hay lugar a suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión impuesta al señor LR, por cuanto i) al fijarse ésta en 34.6 meses no excede de 4 años; ii) de acuerdo con lo consignado en la sentencia de primera instancia, aquél carece de antecedentes penales y iii) frente al delito de homicidio (art. 103 ídem), por el cual se condena, no figura exclusión de beneficios y subrogados penales (art. 68 A ídem). Ello implica, al tenor del num. 2° de la norma en mención, que la medida ha de concederse solamente con base en los referidos requisitos objetivos.

Por consiguiente, como en línea de principio se dan los requisitos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, la sentencia impugnada también habría de casarse parcialmente a fin de subrogar condicionalmente

la ejecución de la pena de prisión, supeditado a que el sentenciado garantizara el cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 65 del C.P.

Sin embargo, pese a que el fiscal se abstuvo de solicitar imposición de medida de aseguramiento y en los alegatos de conclusión demandó la disminución de la pena por vía del art. 57 del C.P., el juez de primera instancia, además de negar el reconocimiento de la referida atenuante, al tenor del art. 450 inc. 2° del C.P.P. estimó necesaria la detención del procesado y, en

consecuencia, libró orden de encarcelamiento en la sesión de audiencia de juicio oral del 23 de febrero de 2018.

Por consiguiente, si la pena que debió imponerse es de 34 meses y 18 días de prisión, es evidente que, a la fecha, el sentenciado ya cumplió en detención el término de la sanción penal, motivo por el cual, al amparo del art. 317-1 del C.P.P., ha de recobrar su libertad inmediatamente.

Inicio

10. JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de corrección material / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Dolo / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Se configura: caso en el que un juez impuso sanción de arresto sin cumplir con el debido proceso frente al sancionado / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Demostración / **RECURSO DE APELACIÓN** - Sala de Casación Penal: confirma sentencia condenatoria

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala Especial de Primera Instancia, mediante la cual se condenó al recurrente a 48 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, luego de hallarlo autor responsable del delito de privación ilegal de la libertad. En esta oportunidad, la Sala confirmó la decisión, al encontrar probado, más allá de toda duda razonable, que el procesado, en su calidad de magistrado de Sala Disciplinaria, abusando de sus funciones, soslayó el debido proceso y violó de manera flagrante los derechos fundamentales a la defensa y contradicción de un abogado al que sancionó correctivamente con arresto.

SP347-2022(60199) de 16/02/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El procesado C.G.A.G., en su condición de magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, en la sesión de audiencia de pruebas y calificación celebrada el 11 de marzo de 2010, ordenó el arresto del abogado M.A.C.S., por cinco días, con violación al debido proceso y los derechos fundamentales de defensa, contradicción y libertad, dado que no le concedió la oportunidad de que expresara las razones de su oposición, no motivó la decisión sancionatoria y no le advirtió al sancionado que contra la determinación sancionatoria podía solicitar su reconsideración.

El abogado M.A.C.S. estuvo privado de la libertad desde las 17:20 horas del 11 de marzo de 2010, hasta esa misma hora del día 16 del mismo mes y año, en las instalaciones del DAS.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FUERO - Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura: competencia de la Sala de Casación Penal / **RECURSO DE APELACIÓN** - Competencia de la Sala de Casación Penal: sobre decisión de la Sala Especial de Primera Instancia

Pese a no haber sido objeto de cuestionamiento ni controversia, la Sala precisa que, si bien, para la fecha en que esta decisión se profiere, CGAG ya no se desempeña como Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Departamento del Tolima, la Corte mantiene la competencia para resolver la alzada, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 numeral 8° de la Ley 906 de 2004 - modificado por el artículo 12 de la Ley 2098 de 2021- , la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgar a los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, fuero que se mantiene una vez cesado en el ejercicio del cargo, respecto de aquellas conductas punibles que guarden relación con las funciones desempeñadas.

De otro lado, de conformidad con el artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, que modificó el artículo 235 Superior, la competencia para pronunciarse de fondo en primera instancia dentro de los procesos adelantados contra aforados de competencia de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a la Sala Especial de Primera Instancia. Y, a su vez, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias que profiera en primera instancia la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de esta Corporación.

Dicho esto, la competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada por los aspectos objeto de inconformidad planteados por el recurrente y los que resulten inescindiblemente vinculados a aquéllos.

JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, concepto / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, naturaleza / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, finalidad / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, normativa nacional / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, es diferente a la captura / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos, por una falta que establezca la ley / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, el disciplinado debe ser oído / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, su imposición debe ser motivada / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, debe ser proporcional a la falta / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, se le permita al sancionado recurrir la decisión sancionatoria / **DERECHO DISCIPLINARIO** - Principio de integración / **DERECHO DISCIPLINARIO** - Ley 1123 de 2007: no contiene una norma que reglamente los poderes correccionales de los funcionarios disciplinarios / **DERECHO DISCIPLINARIO** - Los funcionarios disciplinarios se encuentran habilitados para imponer las sanciones correccionales previstas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal

La Corte Constitucional ha definido el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional, como «la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona» (CC C-024/94; CC C-850/05; CC-879/11; CC C-223/17; CC C-

276/19); por lo tanto, el arresto, definido por la Real Academia de la Lengua Española como “Privación de libertad por un tiempo breve, como corrección o pena”, se constituye en una de las modalidades en que una persona puede ser restringida en la aludida garantía.

En nuestro país, el arresto es una sanción de tipo correccional que impone un Juez en ejercicio de los poderes disciplinarios que la ley le confiere como director y máximo responsable del proceso, con el fin de garantizar el normal desarrollo del mismo, la realización de todos y cada uno de los derechos de quienes en él actúan y de la sociedad en general, pues, su labor trasciende el interés particular de las partes.

Sin embargo, la imposición de esta medida correccional, que por demás es la más severa, dado que implica una restricción fuerte a la libertad de las personas, exige que su determinación se inscriba en el marco del debido proceso, por lo tanto, el Juez no puede hacer uso indebido de esta potestad disciplinaria e incurrir en actuaciones no ajustadas a derecho o arbitrarias, nugatorias de los derechos fundamentales de las personas.

[...]

El anterior recuento normativo deja en evidencia que, aunque con algunas particularidades, referidas concretamente al recurso que puede ser interpuesto en contra del auto que impone la sanción, todas las normas examinadas establecen, de manera coincidente, que el arresto es una medida correccional o disciplinaria que puede imponer el funcionario judicial a quien incurra en las faltas establecidas previamente en la ley -principio de estricta legalidad-, que exige para su legal imposición que se cumpla el proceso debido, que implica (i) que se le permita al disciplinado ser oído -derecho de defensa-; (ii) la obligación del funcionario judicial de motivar la decisión -derecho de contradicción- para lo cual deberá ponderar la gravedad de la falta -principio de proporcionalidad-; y (iii) que se le permita al sancionado recurrir la decisión sancionatoria.

Ahora, si bien, la Ley 1123 de 2007, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario del Abogado, no contiene una norma que reglamente los poderes correccionales de los Magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, en el curso de un proceso que por la comisión de alguna de las faltas previstas en la ley se adelanten contra los abogados en ejercicio de su profesión, es lo cierto que en virtud del principio de integración normativa establecido en el artículo 16 del compendio que viene de citarse,

en todo aquello que no está previsto, se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.

En conclusión, no cabe duda que al interior de un proceso que por la comisión de alguna de las faltas previstas en la ley, se adelante contra los abogados en ejercicio de su profesión, los magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, se encuentran habilitados para imponer las sanciones correccionales previstas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, vigentes para la época de los hechos, con el lleno de los requisitos y el procedimiento allí establecidos.

JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, la falta debe estar demostrada / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, el disciplinado debe ser oído / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, su imposición debe ser motivada / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, debe ser proporcional a la falta / **JUEZ** - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, se le permita al sancionado recurrir la decisión sancionatoria / **DERECHO DISCIPLINARIO** - Principio de integración / **DERECHO DISCIPLINARIO** - No establece poderes correccionales del juez

Los artículos 143 de la Ley 906 de 2004 y 44 del Código General del Proceso, tienen en común en que establecen como medida correccional el arresto hasta por cinco (5) días, a quien, entre otros eventos, le falte al debido respeto al Juez en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca las órdenes por él impartidas.

Respecto del procedimiento para la imposición de la sanción correccional, las normas que vienen de citarse junto con el artículo 59 de la Ley 270 de 1996 -aplicable por expresa remisión del artículo 44 del Código General del Proceso-, disponen que para su imposición es imprescindible que: (i) se le conceda la oportunidad al infractor para que exprese las razones de su oposición, lo que significa que no opera de facto; (ii) la sanción se imponga mediante una decisión motivada, para lo cual se deberá tener en cuenta el principio de

proporcionalidad; y, (iii) contra la determinación sancionatoria procede el recurso de reposición.

[...]

El anterior estudio permite a la Sala arribar a las siguientes conclusiones preliminares:

(i) El arresto es una medida correccional o disciplinaria que puede imponer el funcionario judicial a quien incurra en las faltas establecidas previamente en la ley -principio de estricta legalidad-, con la finalidad de mantener el adecuado orden y la buena marcha del proceso, que exige para su legal imposición que se cumpla el proceso debido.

(ii) Si bien, la Ley 1123 de 2007 -Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado- no contiene una norma que reglamente los poderes correccionales de los Magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, en virtud del principio de integración normativa establecido en el artículo 16, resultan aplicables las sanciones correccionales previstas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, vigentes para la época de los hechos, con el lleno de los requisitos y el procedimiento allí establecidos.

(iii) Los artículos 143 de la Ley 906 de 2004, 44 del Código General del Proceso y 59 de Ley 270 de 1996 -aplicable por expresa remisión del artículo 44 del Código General del Proceso-, tienen en común en que establecen como medida correccional el arresto hasta por cinco (5) días, a quien, entre otros eventos, le falte al debido respeto al Juez en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca las órdenes por él impartidas; normas que exigen para su imposición que se cumpla con el debido proceso, que implica que: (i) se le conceda la oportunidad al infractor para que exprese las razones de su oposición, lo que significa que no opera de facto; (ii) la falta atribuida esté suficientemente comprobada; (iii) la sanción se imponga mediante una decisión motivada, para lo cual se deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad; y, (iii) se advierta al infractor que contra la determinación sancionatoria, tiene la posibilidad de solicitar su reconsideración.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Evolución jurisprudencial / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: sujeto activo calificado / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: Sujeto activo calificado

El delito de privación ilegal de libertad se encuentra previsto en el Título III -Delitos contra la libertad individual y otras garantías-, Capítulo

Cuarto -De la detención arbitraria-, artículo 174 del siguiente tenor: “El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad...”.

La Sala en la decisión CSJ SP, 19 dic. 2012, Rad. 39109 - reiterada en CSJ AP2237-2018, Rad. 47555; CSJ AP1007-2017, Rad. 44180-, realizó un análisis sobre el tipo penal que ahora se analiza, por lo que, dada su absoluta pertinencia, a continuación, se transliteraran los apartes pertinentes:

[...]

Más adelante, en la sentencia CSJ SP3408-2014, Rad. 38733, la Corte recordó que la esencia de la tipificación del delito de privación ilegal de libertad tiene su origen en la necesidad de proteger esa garantía, la cual se vulnera cuando el servidor público, investido de competencia, priva a una persona de la libertad excediendo el marco de la misma, hecho que se concreta cuando la orden no se corresponde con los supuestos constitucionales y legales que la sustentan.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos: sujeto activo calificado, debe tener dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: ingrediente normativo, abuso de sus funciones, se da por no cumplir los requisitos para privar de la libertad / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - No se configura: cuando el sujeto activo no tiene dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas, caso en el cual se estaría frente a otro delito

El anterior recuento jurisprudencial deja en evidencia la profunda incorrección en la que incurre el defensor, cuando asegura que sólo se incurre en el delito de privación ilegal de libertad cuando el servidor público restringe a una persona en ese derecho, sin tener competencia para ello, dado que la conducta punible exige, precisamente, que el funcionario tenga competencia para disponer de la libertad de las personas, pues, en caso contrario, se estaría en presencia de otro delito, digase, el de secuestro.

Tampoco le asiste razón al defensor cuando asegura que el quebranto de las garantías o la violación del debido proceso no configura el ingrediente normativo abusando de las funciones que exige el tipo penal, pues, la sola lectura del tipo penal y la jurisprudencia que la Sala ha proferido en torno a esta conducta, no deja duda, acerca de la correcta comprensión del ingrediente normativo del tipo, que sanciona el comportamiento de privar de la libertad a una

persona ilegalmente, ello puede ocurrir por la violación de la Ley y, en mayor medida, por la transgresión de los principios constitucionales.

Entonces, lo que sanciona la conducta que se analiza es que el servidor público con competencia para disponer de la libertad de las personas, restrinja a un ciudadano su derecho a la libertad de manera caprichosa y con abuso de sus funciones, hecho que se concreta cuando la orden emitida para afectar ese derecho no se corresponde con los supuestos constitucionales y legales que la sustentan, esto es, sin el lleno de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y contrariando principios y garantías constitucionales, como el debido proceso, el derecho a la defensa y la contradicción, entre otros.

De otro lado, el defensor, después de hacer una lectura equivocada de la jurisprudencia, asegura que de la sentencia CSJ AP4557-2018, Rad. 48694, se extrae que el hecho que sanciona el tipo penal consiste en privar de la libertad a una persona a través de mecanismos ilegales, esto es, sólo cuando el funcionario no está habilitado para ejercer dicha facultad, porque el supuesto de hecho que así lo permite no se encuentra satisfecho; o lo que es igual, porque no se verifican los supuestos de ley que facultan al funcionario para privar de la libertad a una persona.

Esta se constituye en una interpretación entusiasta del defensor, pero, en todo caso, contraria al correcto y debido análisis del tipo penal y de la jurisprudencia de la Sala, la cual, se insiste, ha sido absolutamente clara en advertir como la privación de la libertad se torna en ilegal no sólo cuando no se verifica el cumplimiento de los requisitos legales para ello, como, por ejemplo, en el caso en que una persona es privada de la libertad pese a que el delito no amerita detención preventiva, como en el caso analizado en la sentencia citada por el defensor - CSJ AP4557-2018, Rad. 48694- sino también cuando, pese a cumplirse las exigencias legales, se trasgreden las exigencias constitucionales.

Avalar la postura del defensor implicaría admitir que un servidor público está autorizado por el ordenamiento jurídico para disponer de la libertad de las personas de cualquier forma, postura que resultaría abiertamente inconstitucional, por contrariar los artículos 28 y 29 de la Carta.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Diferente al abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto / **ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO** - Tipo

subsidiario / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Diferente al prevaricato por acción / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Puede concursar con el prevaricato por acción

«[...] el defensor asegura que las eventuales violaciones al debido proceso no constituyen el elemento normativo del tipo penal de privación ilegal de libertad, sino que configuraría un prevaricato por acción o un abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Pues bien, con relación al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, basta indicar que se trata de un tipo penal subsidiario en el que, conforme se desprende de la lectura del artículo 416 del C.P., incurre el servidor público, «fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles...»; por lo tanto, la solución del concurso aparentes de tipos se resuelve por el principio de especialidad, según el cual existiendo dos normas que describen la conducta jurídicamente reprochable -en relación de género a especie-, una general y otra que abarca idéntico contenido, se debe preferir la norma que particulariza de forma más exhaustiva el comportamiento, tal y como acontece con el reato de privación ilegal de libertad, dado que es más rico descriptivamente y guarda relación especialmente con la restricción del derecho a la libertad de las personas.

Y, respecto del delito de prevaricato por acción, debe indicarse que nada obsta para que se presente un concurso real de conductas punibles entre este reato y el delito de privación ilegal de libertad, pues, uno y otro delitos establecen supuestos de hecho perfectamente diferenciables, protegen bienes jurídicos disímiles, con sujetos pasivos diversos y con un dolo distinto; a tal punto que no toda privación ilegal de libertad supone la existencia de una decisión manifiestamente contraria a la Ley.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Delito de resultado

[...], la correcta adecuación típica del delito de privación ilegal de libertad, obliga que se satisfagan los siguientes elementos:

- (i) Que el servidor público tenga competencia para disponer de la libertad de las personas.
- (ii) Que el servidor público ordene la privación de la libertad de una persona, abusando de sus funciones.

El abuso de la función por parte del servidor público se concreta cuando excede el marco de su competencia, es decir, cuando dispone de la libertad de la persona caprichosamente,

contraviniendo los preceptos constitucionales y legales.

(iii) Que el ciudadano sobre el que recae la orden, efectivamente sea limitado en su derecho de libre locomoción.

JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de corrección material / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Dolo / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Se configura: caso en el que un juez impuso sanción de arresto sin cumplir con el debido proceso frente al sancionado / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Demostración / **RECURSO DE APELACIÓN** - Sala de Casación Penal: confirma sentencia condenatoria

[...], el defensor del procesado manifestó que el A-quo desconoció que el abogado: (i) sin sustento, había recusado dos veces al magistrado, (ii) habló sin que se le hubiera concedido el uso de la palabra; (iii) cuando el magistrado le concedió el uso de la palabra para que sustentara el recurso de apelación interpuesto, lo que hizo fue nuevamente cuestionar la imparcialidad del magistrado, pese a que las recusaciones por él propuestas fueron todas rechazadas; y, (iv) incumplió la orden que en tres ocasiones le dio el magistrado, de que abandonara la sala de audiencia, por sus constantes faltas al respeto.

Para el defensor, estos hechos se adecuan al presupuesto fáctico descrito en el numeral 4º del artículo 143 de la Ley 906 de 2004, norma que dispone: “4. A quien le falte al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca órdenes impartidas por él en el ejercicio de sus atribuciones legales lo sancionará con arresto inmutable hasta por cinco (5) días”, por lo que el procesado estaba legitimado para imponer la sanción de arresto allí dispuesta.

Con este argumento el defensor pretende desviar sin éxito el objeto del debate, pues, si en gracia de discusión pudiera considerarse que el abogado MACS incurrió en la falta descrita en el numeral 4º del artículo 143 de la Ley 906 de 2004, ello de ningún modo habilitaba al magistrado a sustraerse del procedimiento debido, que lo obligaba a (i) concederle la oportunidad al infractor para que expresara las razones de su oposición; (ii) motivar la decisión sancionatoria, para lo cual resultaba imperativo atender el principio de proporcionalidad; y, (iii) advertir que contra la determinación sancionatoria, el sancionado podía solicitar su reconsideración, de conformidad con el análisis que se llevó a cabo en el acápite tercero de esta

decisión, procedimiento que el procesado soslayó.

En efecto, cuando en la audiencia verbalizó que ordenaba el arresto del abogado MACS por cinco días, sin justificar ese lapso, no solo se abstuvo de concederle el uso de la palabra para que éste ejerciera su derecho constitucional a la defensa, sino que omitió advertirle que podía solicitar la reconsideración de la decisión y, contrario a ello, abandonó la sala de audiencia de manera abrupta; actuar arbitrario que se compadece más con un esquema anacrónico de administración de justicia, en donde la palabra del Juez se asume válida por su sola investidura, propio de sistemas añejos ya superados, que con un sistema de procesamiento democrático, constitucionalizado y garantista, en el que se enaltezca y observe el respeto debido a los sujetos procesales.

Ahora bien, una vez en su despacho, el procesado tuvo la oportunidad de examinar las normas que regulan la facultad de adoptar una cualquiera de las medidas correccionales establecidas en la ley, tal y como lo declaró VMB, quien, se reitera, se desempeñaba como auxiliar 1 adscrita a su despacho; pese a ello, insistió en su actuar caprichoso, arbitrario y contrario a sus deberes -demostrativo ello del dolo en su actuar-, y emitió un auto carente de motivación y violatorio de los derechos de defensa y contradicción del sancionado, dado que, tampoco le permitió al abogado MACS defenderse ni mucho menos controvertirlo; en contrario, la sanción fue ejecutada de manera inmediata.

En efecto, el testigo EFS manifestó que, en su condición de Director Seccional del DAS Tolima, se encargó de ejecutar la orden de arresto que fue emitida por el magistrado CGAG, en contra del abogado MACS, quien estuvo privado de la libertad a partir de las 17:20 horas del 11 de marzo de 2010, hasta esa misma hora del día 16 del mismo mes y año, en las instalaciones del DAS.

Además, al juicio oral se incorporó el oficio N° STOL-GOPE.APJ 584415-3/2475, de fecha 29 de junio de 2010, suscrito por DFGV, Responsable Área de Policía Judicial DAS Seccional Tolima (E), mediante el cual certificó que el abogado MACS fue privado de su libertad desde las 17:20 horas del 11 de marzo, hasta las 17:20 del 16 de marzo de 2010.

Ahora bien, el defensor del procesado manifestó que su defendido sí le concedió el uso de la palabra al sancionado, para que impugnara la decisión, solo que éste, en una actitud rebelde, se limitó en afirmar “Aquí espero que vengan por mí, entonces”, con lo cual se allanó a la medida

correccional que le fue impuesta; afirmación que resulta contraria al principio de corrección material, en virtud del cual las razones, los fundamentos y el contenido del ataque deben corresponder en un todo con la verdad procesal, pues, el audio de la audiencia revela, sin el menor asomo de duda, que el magistrado no le informó al procesado que en contra de la referida determinación podía solicitar su reconsideración, ni mucho menos que el sancionado se hubiera allanado al castigo impuesto.

[...]

Pero, además, el auto que posteriormente profirió el magistrado, fue de “cúmplase”, con lo cual, nuevamente negó al sancionado la posibilidad de solicitar la reconsideración de la decisión; sin que de modo alguno pueda válidamente aceptarse, que cuando el sancionado, por fuera del audio, manifestó «aquí espero que vengan por mí entonces» estaba renunciando, también, a su derecho a solicitar la reconsideración de la sanción, no solo porque ni siquiera conocía de la posibilidad de hacerlo, sino en atención a que la actuación desmesurada y acuciante del funcionario, evidenciaba ostensible que su orden se haría efectiva de inmediato.

Ahora bien, el 12 de marzo de 2010, la Procuradora Judicial II Penal 104, presentó ante el despacho del magistrado un memorial mediante el cual solicitó que revocara la decisión adoptada el día anterior, consistente en imponer arresto al abogado MACS, porque con la imposición de la referida sanción se vulneraron los derechos al debido proceso, libertad, defensa y contradicción; y deprecó que se ordenara la libertad inmediata del profesional del derecho.

Sin embargo, el magistrado, en auto de la misma fecha, resolvió: “De conformidad con lo previsto en los artículos 57 y 76 de la Ley 1123 de 2007, se rechaza por improcedente la solicitud elevada por la representante del Ministerio Público”.

Entonces, ante la oportunidad de reexaminar el asunto, el magistrado nuevamente optó por abusar de sus funciones e insistir en su actuar caprichoso y arbitrario.

No se duda, así, que dentro del presente asunto se probó más allá de toda duda razonable, que el procesado CGAG privó de la libertad al abogado MACS, abusando de sus funciones, en la medida en que soslayó el debido proceso y violó de manera flagrante los derechos fundamentales a la defensa y contradicción, lo que indudablemente generó una trasgresión del derecho a la libertad del profesional del derecho.

Por lo anterior, la sentencia condenatoria emitida por la Sala Especial de Primera Instancia de la

Inicio

11. JURISDICCIÓN INDÍGENA -

Competencia: no existe para juzgar conductas cometidas fuera del territorio nacional

Al emitir concepto sobre la extradición de un ciudadano colombiano y evaluar la existencia de procesos penales en el país por los mismos hechos de la solicitud, se encontró un fallo de la autoridad indígena de la Comunidad de Portete, por los mismos supuestos fácticos por los que es pedido en extradición, los cuales se refieren a conductas que trascienden el territorio nacional, por lo que la Sala hace un fuerte llamado de atención por la utilización de la justicia indígena para interferir en la realización de justicia a nivel internacional.

CP177-2021(58647) del 10/11/2021

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Doble juzgamiento del solicitado / **EXTRADICIÓN** - Prueba: la Sala de Casación debe verificar si el requerido fue o está siendo juzgado en Colombia por los mismos hechos y delitos que sustentan la solicitud / **EXTRADICIÓN** - Prueba: non bis in idem, jurisdicción indígena / **JURISDICCIÓN INDÍGENA** - Competencia: no existe para juzgar conductas cometidas fuera del territorio nacional / **JURISDICCIÓN INDÍGENA** - Competencia: es ilegal el fallo que juzga conductas cometidas fuera del territorio nacional / **COMPULSACIÓN DE COPIAS** - Ante la autoridad indígena competente

La Corte ha considerado que **el imperativo de verificar la existencia de una decisión judicial anterior y de fondo respecto de los mismos hechos** que motivan el requerimiento, **procede ante la existencia de cualquier evidencia sobre la probable afectación del derecho al debido proceso** por desconocimiento de la cosa juzgada.

Esa precisión significa que **el principio de cosa juzgada, como faceta de la garantía constitucional al debido proceso?** Art. 29 de la Constitución Política?, **es causal de improcedencia de la extradición.** (CSJ CP 165-2014 y CSJ CP, 9 may. 2009, rad. 30373, entre otros)

[...]

La defensa solicitó que se emita concepto desfavorable **con el argumento de que SGBF fue condenado por la autoridad indígena de la Comunidad de Portete**, por los mismos supuestos fácticos por los que es pedido en extradición.

No está en discusión que las autoridades indígenas pueden ejercer justicia dentro de su ámbito territorial. Así lo establece el artículo 246 de la Constitución. **Lo que no está permitido es utilizar la jurisdicción indígena para tramitar procesos amañados con la finalidad de evitar el juzgamiento de conductas que trascienden la territorialidad**, no solo de la comunidad indígena, sino del país, hasta llegar a interferir la legalidad de otras naciones.

Esa afirmación es totalmente aplicable al caso que se analiza. Cantidades de narcóticos fueron decomisados en jurisdicción de un país distinto al colombiano. Esa es la razón de ser del pedido de extradición. **La prueba aducida enseña**, entonces, que los delitos **se cometieron bajo jurisdicción de naciones extranjeras.** Por eso, **la aplicación engañosa de la jurisdicción indígena, reivindicando una competencia que no tiene** para decir que los delitos se cometieron al interior de una comunidad ancestral, no puede ser un estorbo a la colaboración multilateral entre naciones frente a conductas de alto impacto internacional cometidas, según su finalidad y la forma como fue incautada la mercancía, en jurisdicción de otro país.

Apreciada en esa dimensión, **la decisión del Cabildo de Portete es manifiestamente ilegal e inoponible, y como tal no puede servir de pretexto para negar la extradición**, con el argumento de que la conducta por la cual es requerido SGBF en extradición, fue juzgada por una autoridad indígena, aduciendo derechos ancestrales de ilegal configuración.

El principio del non bis in ídem, cuya aplicación pide la defensa **es**, entonces, **inaceptable**.

[...]

De manera que ante la evidente ilegalidad de la decisión que se pone de presente, **eso releva a la Sala de entrar en consideraciones inherentes sobre el fuero y otra serie de elementos de la**

jurisdicción indígena, que en este caso es innecesario tratar para analizar garantías como las del non bis in ídem, que según se explicó, no están en discusión.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

12. LEGÍTIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: concepto / **ERROR DE PROHIBICION** - Legítima defensa putativa / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Diferencia con la legítima defensa putativa, error de prohibición / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Subjetiva o putativa / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de limitación: se vulnera / **NULIDAD** - No se configura: caso en el que se vulneró el principio de limitación pero puede subsanarse en la impugnación especial / **PRESCRIPCIÓN** - Porte ilegal de armas / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura / **CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO** - Prescripción de la acción penal

La Sala resolvió la impugnación especial presentada por la defensa contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que revocó la absolución dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, por el delito de homicidio agravado, para declararlo, en su lugar, autor responsable de esta ilicitud, para lo cual analizó la causal de exclusión de responsabilidad denominada error de prohibición y legítima defensa subjetiva, percibiendo, al respecto que se configuró el error de prohibición reconocido por el juez de primera instancia, por lo que, se revocó la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia por el delito de homicidio agravado y recobró vigencia el fallo absolutorio que, por esta conducta punible, emitió el juzgado de primera instancia.

Sin embargo, la Corte advirtió la configuración del fenómeno prescriptivo de la acción penal por la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, lo que conllevó a que invalidara la sentencia condenatoria emitida por este delito.

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 25 de abril de 2012, en el barrio Laureano Gómez de la Comuna 15 del Distrito de Aguablanca de Cali, aproximadamente a las 6:00 de la tarde, el subintendente I.S.G. y el patrullero C.M.C.E., miembros de la SIJIN, vestidos de civil y transportándose en una motocicleta, abordaron a E.J. con el fin de hacer efectiva una orden de captura librada en su contra.

Para evitar la aprehensión, el requerido emprendió la huida y se refugió en un inmueble cercano que tenía la puerta abierta, donde residían algunos familiares. A este sitio ingresó también armado el SI. I.S.G., quien se había dado a la tarea de perseguirlo.

En el interior de la vivienda se hallaba J.A.P.R., quien al escuchar la algarabía y percatarse de la presencia de un sujeto extraño armado en la vivienda, disparó en su contra un arma de fuego de la cual no tenía permiso para su porte, hiriendo al SI. I.S.G.

El PT. C.M.C.E. se había unido también a la persecución, pero lo hizo después de estacionar la motocicleta en la que se desplazaban, razón por la que llegó después que su compañero fuera lesionado, quedando por fuera del inmueble. Ante el inesperado desarrollo de los sucesos, manifestó que hacían parte de la fuerza pública, lo que le permitió ingresar al inmueble y prestarle auxilio a su compañero, recibiendo apoyo de otras personas que se encontraban en el lugar, entre ellas del procesado A.R.C.

El SI. I.S.G. fue trasladado a la Clínica Valle del Lili, donde falleció minutos después por la gravedad de sus heridas. El PT. C.M.C.E. señaló como responsables del suceso a J.A.P.R., D.M.P. y A.R.C., estos últimos quienes se encontraban en inmediaciones del lugar donde ocurrieron los hechos.

SP727-2022(56518) de 09/03/2022

En el proceso se conoció que la familia del procesado J.A.P.R. venía siendo amenazada por la banda delincriminal “Los Atauleros”, que buscaba tener control territorial de la zona, cuyos integrantes habían atentado recientemente contra uno de los integrantes de su grupo, situación que lo habría llevado a adquirir el arma de fuego que portaba, con el ánimo de defenderse.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ERROR DE PROHIBICIÓN - Concepto

Error de prohibición y legítima defensa subjetiva

Acerca de esta causal de exclusión de responsabilidad, la jurisprudencia ha señalado:

“El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.

Luego en el error de prohibición la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad” (CSJ SP, 15 Jul. 2009, Rad. 31780).

“El artículo 32, en cuanto a las figuras del error señala:

[...]

Reiterando lo que la Sala ha dicho sobre el tema, cabe anotar que el inciso primero del numeral 10° del precepto transcrito se refiere al error de tipo, es decir, aquel que recae sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, que tiene la virtualidad de excluir la tipicidad dolosa y culpable y, por contera, la responsabilidad penal cuando es invencible, vale decir, aquel en el cual se incurre pese a haber aplicado la diligencia debida atendida la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor; en tanto que si a él se llega por negligencia o falta de cuidado, sólo excluye la tipicidad dolosa y subsiste la culpable, luego el autor en estos casos será responsable a título de culpa si la conducta está prevista en la ley bajo esa modalidad.

En el mismo inciso del numeral 10° del artículo 32 de la citada codificación, se consagra el error sobre los aspectos objetivos que posibilitan la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, también conocido como error de

tipo permisivo, que no obstante ser una modalidad de error de prohibición indirecto, para efectos punitivos se le asignan las consecuencias del error de tipo, acorde con la teoría limitada de la culpabilidad.

El inciso primero del numeral 11° del referido precepto hace alusión al error de prohibición, es decir, aquel que recae sobre la licitud del comportamiento, comprende tanto el directo como el indirecto, y sus consecuencias dependerán de la modalidad invencible o vencible del error, pues en el primer evento no habrá culpabilidad y consecuentemente tampoco responsabilidad penal, en tanto que en el segundo subsiste la imputación dolosa pero se sanciona con pena atenuada, lo cual se explica, entre otras razones, porque para esa fase de la conducta el autor ya ha realizado el injusto, esto es, la conducta típica y antijurídica”. CSJ SP, 20 Nov. 2013, Rad. 42537)

LEGÍTIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: concepto / **ERROR DE PROHIBICIÓN** - Legítima defensa putativa / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Diferencia con la legítima defensa putativa, error de prohibición / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Subjetiva o putativa

“[...], con relación a la llamada legítima defensa subjetiva o putativa, ha dicho la Sala:

“Dicho motivo excluyente de responsabilidad dogmáticamente se denomina error de prohibición -indirecto- y tiene como elemento esencial [...] el error invencible en que incurre el agente acerca de la existencia del ataque o agresión o en torno a su justificación, es decir que el mismo no es real, pero aquel lo crea, lo representa imaginariamente, hasta el punto de considerar necesario ejercer un acto de defensa para repelerlo, convencimiento errado que entonces legitima la conducta del agente (CSJ SP, 29 Jun. 2011, Rad. 28143).

Sobre las diferencias existentes entre la legítima defensa pura y simple y la defensa putativa o subjetiva, la Corte ha explicado lo siguiente:

“La legítima defensa se considera como causal excluyente de la antijuridicidad porque la conducta de quien obra en defensa de un derecho propio o ajeno, contra una agresión que es injusta, actual o inminente, no es pasible de juicio de reproche dado que en esas condiciones se afirma que el hecho es justificado; en cambio, en el error de prohibición no es acertado hablar de legítima defensa, sino de defensa putativa o supuesta, porque quien actúa lo hace bajo el errado convencimiento de que ha sido objeto de una injusta agresión, cuando en realidad no ha

existido un ataque injusto, actual o inminente, luego la conducta del agente está determinada por una deformación de la verdad que da lugar a excusar la responsabilidad, pero siempre y cuando el error sea invencible, dado que si fuere “vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa” (CSJ SP, 14 de jul. 2008, rad. 27910)” (CSJ SP 1478-2015, Rad. 42273).

“...el autor supone falsamente que se encuentra en una situación de legítima defensa, yerra acerca de circunstancias, de la agresión, de su injusticia, de su inminencia o actualidad.

Y si bien imagina que se encuentra ante una situación que validaría su acción, v. gr., cree que lo están atacando o lo van a atacar, esa suposición no puede ser fantasiosa y alejada totalmente de lo objetivo, sino que ha de ser razonable frente a las circunstancias o según las actitudes del supuesto agresor.

En este ámbito, cuando el agente reacciona por la creencia errada de que obra conforme a una casual de justificación queda intacta la ilicitud del comportamiento hecho, resolviéndose en el plano de la culpabilidad.

Así, la entidad de la falsa creencia tiene consecuencias, porque si es vencible la conducta se sanciona en forma culposa cuando tal modalidad ha sido consagrada en la codificación penal, pero si es invencible sí exonera de responsabilidad penal”. (CSJ SP 2192-2015, Rad. 38635)».

RECURSO DE APELACIÓN - Principio de limitación: se vulnera / **NULIDAD** - No se configura: caso en el que se vulneró el principio de limitación pero puede subsanarse en la impugnación especial

«[...], al margen de que no se haya planteado esta circunstancia por la defensa, el pronunciamiento del ad quem desconoció el principio de limitación que rige la apelación, el cual restringía su competencia a los aspectos propuestos en la alzada.

El representante de víctimas se refirió en el recurso a que el error de prohibición reconocido por el a quo era superable, según se constata en el acápite de antecedentes y así lo ratifica la pretensión que elevó como colofón de su discordia:

[...]

Si bien la norma citada se refiere al error sobre la comisión de un tipo penal más benigno, la sustentación de la inconformidad se refiere a un error vencible sobre los presupuestos objetivos de

una causal que excluye la responsabilidad, lo cual comportaría que la condena por el homicidio fuese culposa. Planteó el recurrente que el comportamiento imprudente por parte del procesado, desde su punto de vista, propició la producción del resultado.

En consecuencia, la revaloración amplia, integral e ilimitada llevada a cabo por la segunda instancia al resolver la apelación a la manera del grado jurisdiccional de consulta, con el fin de descartar el error de prohibición y condenar por el delito contra la vida e integridad personal en la modalidad agravada, constituye una transgresión al debido proceso.

Con su proceder, el tribunal pasó por alto que la apelación se contraía a una discusión jurídica a partir de argumentos que no se inmiscuían con las premisas fácticas declaradas probadas, puesto que las críticas al proceder de PR surgían de los supuestos de hecho reportados en su declaración, acogidos en la sentencia de primer grado.

Por consiguiente, es discutible asumir que era viable una apreciación global de las pruebas con el propósito de sentarse un criterio novedoso en segunda instancia, alejado de las pautas delineadas en la apelación, bajo la consideración de que ese análisis resultaba ineludible e inescindiblemente vinculado al motivo de inconformidad.

Sin embargo, el yerro no da lugar a retrotraer la actuación como mecanismo extremo de corrección. El disenso planteado en la apelación, la postura adoptada por el tribunal en la sentencia condenatoria y los cuestionamientos propuestos en la impugnación especial, tienen como característica en común la controversia sobre la configuración del error de prohibición en el actuar del procesado y, de ser así, si era vencible o no. Se trata de un debate que puede ser resuelto en esta sede.

Además, la trascendencia del vicio también podría ofrecerse discutible frente a la prohibición de la reformatio in pejus, pues la garantía opera con todo vigor solo cuando el condenado funge como apelante único, lo que aquí no ocurrió.

De otro lado, los motivos de inconformidad consignados en la impugnación especial y que delimitan la competencia a la Corte para pronunciarse (CSJ AP 1263-2019, Rad. 54215), abarcan una crítica general al modo en que el tribunal valoró las pruebas. Entonces, es viable que la Sala defina de fondo el asunto, más cuando se advierte que los cuestionamientos que se hacen a su valoración son fundados.

REGLAS DE LA LÓGICA - Falacia non sequitur
/ REGLAS DE LA LÓGICA - Vulneración

Se está ante un error de lógica, una falacia non sequitur, porque la conclusión no se deduce de las premisas que la anteceden. El que PR hubiese accionado su arma de fuego con el ánimo de matar, con el conocimiento de que su comportamiento resultaba adecuado con esa finalidad, no tiene relación alguna con la eventual ocurrencia de la legítima defensa putativa, según lo entendió el juzgador de primer grado, quien la abordó como error de prohibición indirecto invencible.

Es más, tales premisas evidencian un panorama objetivo que allana el camino para el reconocimiento de dicha figura, de la mano de otros factores compatibles en las narrativas ofrecidas que se minimizan y desechan por contradicciones aparentes o intrascendentes, de cara a la esencia de la anotada secuencia.

TESTIMONIO - Credibilidad / **TESTIMONIO** -
Apreciación probatoria / **ERROR DE**
PROHIBICIÓN - Legítima defensa putativa:
demostración / **ERROR DE PROHIBICIÓN** -
Directo invencible: se configura / **ERROR DE**
PROHIBICIÓN - Legítima defensa putativa: se
configura / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia:
revoca y confirma absolución de primera
instancia

[...] al constatar los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos materia de controversia en las presentes diligencias, como se anunció, se advierte la presencia de circunstancias idóneas que permiten predicar que, contrario a lo señalado por el tribunal, se configuró un error en cuanto a la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad.

Se demostró en la actuación que los acontecimientos que culminaron con el disparo que segó la vida del IT. ISG, se dieron en un contexto que condujo a que PR, de manera razonable, tuviese la falsa creencia de que podía repelerlo, al considerarlo fundadamente un intruso dispuesto a emprender un ataque grave en su contra de su familia.

En efecto, las declaraciones a las que se ha hecho referencia permiten afirmar el concurso de las siguientes premisas fácticas:

-Los miembros de la SIJIN que adelantaron el procedimiento de captura, no tenían elementos que permitieran identificarlos como policías, pues vestían de civil, se movilizaban en una motocicleta sin distintivos institucionales y utilizaban cascos corrientes.

-Durante el procedimiento y posterior persecución de EJ, los policías exhibieron sus armas de fuego.

-El SI. ISG ingresó abruptamente a la vivienda de los familiares de EJ, portando el casco y exhibiendo el arma de fuego.

-La reacción de PR se produjo inmediatamente después del ingreso del SI ISG al lugar.

-La actitud de los residentes del lugar cambió cuando el patrullero CMCE les hizo saber a gritos que eran policías, pues cesaron los disparos y se le permitió la entrada a la casa para auxiliar el herido.

-En la zona había presencia de bandas criminales inmersas en disputas territoriales por el control del microtráfico, dando cuenta el PT. CE de la existencia de los grupos denominados “Los Atauleros” y “Los Arepos”.

-Según lo informó PR y lo corroboraron los testigos de la defensa, “Los Atauleros” tenían amenazada a su familia e incluso ya habían atentado en contra de algunos de sus integrantes.

-En la vivienda en la cual se refugió EJ, se encontraban varios menores de edad. De hecho, el PT. CE manifestó que luego de resultar herido su compañero salieron de la casa una mujer y un niño de aproximadamente tres o cuatro años, impresionados por la situación.

Frente a este conjunto probatorio, la conclusión que se sigue es que en la actuación obran abundantes elementos de juicio que objetivamente respaldan la versión del procesado JAPR, de haber disparado su arma contra el SI ISG, ante la creencia de estar siendo objeto de un ataque por parte del grupo de los “atauleros”, frente al cual tenía derecho a defenderse.

A esto se suma el errático procedimiento adelantado por los miembros de la SIJIN, al no tomar las medidas preventivas adecuadas en el momento de realizar la captura de EJ y al precipitarse uno de ellos a ingresar vestido de civil y portando arma de fuego a una residencia abierta, sin tomar ningún tipo de precaución, ni identificarse como miembro de la autoridad, en una zona calificada por el propio PT. CE, Comuna 15 del Distrito de Aguablanca de Cali, como de cuidado o “delicado”.

La peligrosidad del sector confluye también en este caso como factor relevante en la presencia del error, porque al sopesarse las condiciones personales, sociales y familiares del procesado, se observa que se trata de una persona inserta en un panorama de marginalidad, en el que la ausencia de la institucionalidad es significativa y

así lo evidencia el hecho que en la zona donde se desarrolla su cotidianidad haya presencia de grupos ilegales, los cuales, sostuvo, profirieron amenazas de muerte en su contra y era precaria la protección estatal que el Estado podía ofrecerle.

[...]

Es importante recordar que la fiscalía, en el escrito de acusación, reconoció que la calidad de agentes de la policía de las personas involucradas en el procedimiento de captura no pudo ser conocida por los procesados, razón por la cual retiró la agravante que por dicho motivo endilgó para el homicidio en la formulación de imputación.

Así lo reconoce, además, en su declaración, el patrullero CMCE, quien al ser preguntado sobre si los residentes del lugar conocían su condición de policías antes que les gritara que lo eran, respondió que no. Y aunque sostuvo que portaban sus escarapelas, los demás testigos que comparecieron a la actuación afirmaron lo contrario, recalcando que utilizaban cascos que impedían identificarlos, a lo que se suma que en la inspección al cadáver no se observó que el SI SG tuviese en sus prendas de vestir elementos distintivos que lo identificaran como policía.

Ahora bien, aunque los presupuestos analizados confluyen en el testimonio suministrado tanto por el acusado PR como en la declaración del PT. CEa, existen circunstancias que permiten poner en entredicho el relato de este último en cuanto a que PR junto con los implicados que resultaron absueltos, se encontraba fuera de la residencia, no en su interior, y que todos ingresaron a la vivienda después del ingreso del Subintendente disparando.

Del cotejo del álbum fotográfico de reconstrucción de los hechos elaborado con fundamento en la versión de este testigo, no resulta convincente que el SI. SG hubiera ingresado a la residencia sin percatarse de la presencia de tres hombres armados ubicados diagonalmente, muy cerca de ella (el testigo los ubicó a tres metros de la puerta), a quienes solo les bastaba atravesar la calle para someterlo o atacarlo.

También es cuestionable que el PT. CE se hubiese limitado a observar a estas tres personas, emplazadas, según su versión, de forma semejante a la de un pelotón de fusilamiento, pues en las imágenes se muestra en frente suyo a tres individuos armados en posición de ataque, cuya entrada a la vivienda es inminente.

Tampoco se compadece con las máximas de la experiencia que los acusados hayan ingresado a

la residencia de sus familiares accionando armas de fuego, cuando en su interior había personas y niños con los que tenían algún parentesco. Mucho menos, que al interior de ella se desatara una balacera, colocando en riesgo a todos sus ocupantes, si se tiene en cuenta que el espacio de la sala de la casa donde cayó herido el IT. SG es reducido y que allí, de acuerdo con su versión, se hallaban varias personas.

La versión del PT. CE procuró respaldarse en la de JHCR, quien, incluso, como lo avizó el juez a quo, también puso de presente que los agentes de la SIJIN fueron confundidos con miembros de “Los Atauleros”, pero su relato fue desestimado en ambas instancias, fundamentalmente por evocar una situación divergente a lo acreditado en la actuación, en cuanto a lo ocurrido con el IT. SG después de ser herido.

En contrapartida, el testimonio de PR encuentra corroboración en otros medios de conocimiento. No solo en la declaración de PPP, quien se encontraba en la casa y lo ubicó descansando en su interior, sino, además, en el informe de la investigadora del C.T.I. KBS, quien llevó a cabo la inspección al lugar de los hechos y dio cuenta de la presencia de un lago hemático en la sala, hacia la zona de las habitaciones, de lo cual puede deducirse que el procesado efectivamente salió de una de ellas, se encontró con el extraño y le disparó.

Su versión también encuentra respaldo en las declaraciones de D, K y LMMP, quienes corroboran que lo que hizo salir de la habitación a PR con un arma de fuego, fueron los gritos y los disparos que antecedieron a la entrada de dicho individuo al inmueble.

Sobre los disparos previos al ingreso a la residencia, informan tanto el PT CE como los allegados al procesado, solo que su autoría es atribuida recíprocamente entre ellos, pues mientras el primero sostiene que provenían de los procesados, éstos dan a entender que procedían de quienes perseguían.

En suma, se colman los presupuestos fácticos, probatorios y jurídicos para aceptar que el comportamiento de PR estuvo afectado por un error respecto de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causal de exclusión de responsabilidad.

La incursión del IT. SG en la residencia en la que se hallaba el procesado, no podía ser interpretada como un requerimiento de la autoridad policial que se encontraba adelantando un procedimiento de captura, sino como la irrupción abusiva de un extraño dotado de un arma de fuego, que se aprestaba a atentar contra su

integridad o la de su familia, convicción que resulta consistente con las circunstancias en que se produjo la incursión y los antecedentes de agresión sufridos por la familia.

Frente a esta realidad, emergen sin sustento las conclusiones del tribunal en cuanto que PR de forma irreflexiva se dio a la tarea de liquidar a sus atacantes, pues lo que se establece, de acuerdo con lo que se deja visto, es que el procesado actuó con el convencimiento fundado de que concurrían los supuestos fácticos de una causal excluyente de responsabilidad, concretamente, de la legítima defensa, en cuanto se representó una agresión ilegítima que ponía en peligro su vida y la de su familia, que cumplía la exigencia de actualidad, frente a la cual debía reaccionar para evitar que el ataque se hiciera efectivo, sin que su actuar, frente a la realidad representada, pueda calificarse de desproporcionada.

Desde esta óptica, también se advierte que el error en el que incurrió PR ostenta el carácter de invencible, por las condiciones súbitas en las que el IT. SG ingresó a la mencionada vivienda, que impedían al procesado actualizar el conocimiento sobre cómo debía adecuar su conducta. [...]

[...]

Como puede verse, no hubo espacio para llevar a cabo una labor reflexiva que le permitiera superar la falsa representación de la realidad, comoquiera que en su mente lo que estaba viviendo era un ataque actual, en curso, en desarrollo, en el que se hallaba en juego la salvaguarda un interés superior, como lo es la vida.

Dígame, finalmente, que la circunstancia de pertenecer los acusados a la banda “Los Arepos”, condición a la que aluden algunos, no los excluye de la posibilidad de verse amparados por la eximente. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se dieron los hechos, no muestran que PR estuviese en disposición de generar una contienda para causar daño.

La percepción de que le asistía el derecho a la legítima defensa, ante lo que asumió era una agresión injusta, actual e inminente, se compadece con el instinto de conservación del ser humano. Esta realidad ha sido reconocida por el derecho y está erigida en causal de exclusión de responsabilidad, en cuanto se incurre en un error invencible sobre sus presupuestos objetivos, como ocurrió en este caso.

Decisión

Como viene de verse, en la argumentación del tribunal no logra detectarse por qué no se configura el error de prohibición reconocido por

el juez de primera instancia. Por el contrario, se percibe una valoración equivocada y dispersa, en la que se equipara esta figura con el error de tipo, pese a que se trata de categorías dogmáticas diversas.

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de Cali por el delito de homicidio agravado y, en consecuencia, recobrará vigencia el fallo absolutorio que por esta conducta punible emitió el juzgado de primera instancia.

PRESCRIPCIÓN - Porte ilegal de armas / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura / **CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO** - Prescripción de la acción penal

En el fallo de primera instancia se impuso a JAPR la pena principal de prisión por nueve (9) años como autor responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego. Sin embargo, al verificar la vigencia de la acción penal por dicha ilicitud para la fecha en que fue proferida, se observa que ya estaba prescrita. Véase:

Conforme el artículo 83 del Código Penal, “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) [...]”.

A su vez, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, señala que “la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación [...]. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años”.

Con estos referentes, se tiene que el término de prescripción de la acción penal para el ilícito contra la seguridad pública, que prevé pena máxima de 12 años de prisión (artículo 365 del C.P.), se reduce a la mitad, es decir, a seis (6) años, con ocasión de la formulación de imputación.

Dicho término inició su cómputo el día que se formuló la imputación, para este caso, el 10 de mayo de 2012, y culminó el 10 de mayo de 2018. De manera que, para el 26 de junio de 2018, fecha en la cual se profirió el fallo de primera instancia, la capacidad sancionatoria del Estado ya había expirado.

La prescripción es un fenómeno objetivo de extinción de la acción penal que una vez verificado, implica que el Estado pierde la facultad de continuar con el trámite investigativo

o de juzgamiento y de aplicar el ius puniendi. Ante su materialización, la única decisión viable es decretarla y ordenar la cesación de procedimiento.

Como los juzgadores de instancia no advirtieron la configuración de este fenómeno, la condena impuesta por esa ilicitud está afectada de

nulidad. Por tanto, se invalidará la sentencia emitida en contra de JAPR por la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, por prescripción.

Lo anterior, impone ordenar su libertad inmediata, siempre y cuando no sea requerido por cuenta de otra actuación.

Inicio

13. LEY DE JUSTICIA Y PAZ -

Características: no establece amnistías o indultos generales para grupos armados ilegales

AL resolver el recurso de apelación, contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual, no se impuso medida de aseguramiento a unos postulados por uno de los hechos imputados, la Sala aclara que la Ley 975 de 2005 no contiene una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal -si se cumplen por el infractor unos requisitos especiales-, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena y es viable imponer la medida de seguridad.

AP5920-2021(58457) del 09/12/2021

Magistrado Ponente:

GERSON CHAVERRA CASTRO

RESUMEN DE LOS HECHOS:

La Fiscalía atribuyó a WJRV, la comisión de las siguientes conductas delictivas (hecho No. 7):

“Actos de terrorismo, tentativa de homicidio en persona protegida, utilización de métodos de guerra ilícitos y homicidio del artículo 172 (sic), 135 y 103, aquí las víctimas son EAPB, quien sale herido, RDSA que fallece, DFT quien sale herido, y ABS, quien fallece, este es un atentado que se hace contra integrantes de la Armada que iban en un camión, le colocaron un explosivo, cuando el camión pasaba y luego se tronzaron en disparos contra las personas que iban en el camión, y es donde fallecen dos e hieren a dos y el conductor era un civil”.

Por otra parte, indicó que los hechos ocurrieron el “22 de mayo de 1999”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONFLICTO ARMADO INTERNO - Penalización de conductas ejecutadas por partícipes / **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Ámbito de aplicación / **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO** - Aplica para los conflictos internacionales e internos / **CONFLICTO ARMADO INTERNO** - Existencia en Colombia / **CONFLICTO ARMADO INTERNO** - Difiere del reconocimiento del estado de beligerancia / **CONFLICTO ARMADO INTERNO** - Su reconocimiento no priva de sanción a quienes se alzan contra el Estado

«El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales, de allí que su objeto, está dado a la regulación del desarrollo de hostilidades y la protección de víctimas de los conflictos armados.

En su acepción principal, **las normas que conforman el Derecho Internacional Humanitario** -derecho convencional-, **principalmente, están compendiadas en los cuatro Convenios de Ginebra** del 12 de agosto de 1949. Así, el Convenio I protege, durante la guerra, a los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; el II ampara durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; el III aplica a los prisioneros de guerra y, el IV guarda a las personas civiles, incluso en los territorios ocupados, esto, adicional a los dos protocolos suscritos en el año de 1977, como instrumentos para reforzar la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales (Protocolo I) y de los conflictos no internacionales (Protocolo II), fijando límites a la forma en que se libran tales contiendas.

Colombia es parte de los cuatro Convenios. De modo que, éstos fueron aprobados mediante la Ley 5 de 1960, y vigentes desde el 8 de mayo de 1962, al igual que de los dos protocolos en mención, en tanto, el primero fue aprobado a través de la Ley 11 de 1992 y el segundo, mediante Ley 171 de 1994.

Sin embargo, **en dichos preceptos no se agota el catálogo de normas o previsiones que regula la materia**, por cuanto, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, **también deben incluirse normas de origen consuetudinario** -derecho consuetudinario-, según lo destacó en sentencia C-291-2007:

[...]

Postura que igualmente ha reconocido esta Corporación, en punto de la aplicabilidad de dicho cuerpo normativo -en sus dos alcances- y particularmente, en el desarrollo del conflicto armado que se ha desarrollado en Colombia:

«De allí que, en todo tiempo y lugar, en desarrollo de un conflicto armado, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como los miembros de las Fuerzas Armadas están obligados a respetar las reglas del derecho internacional humanitario, porque consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones del conflicto.»

[...]

[...] dicho contenido debe ser cuidadosamente verificado en la resolución de una determinada situación, pues no debe olvidarse que, aunque nuestro país ha enfrentado situaciones de confrontación bélica que, incluso, ha dado lugar a procesos de paz, los más recientes, los regulados con la Ley de Justicia y Paz y el Marco Constitucional y Legal del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, **la regulación y sanción de las conductas punibles** que en curso de los mismos se cometieron, **no sólo deben atender los parámetros normativos internacionales, sino los internos** y, en especial, las previsiones legales específicas que, por ejemplo, aplican en marco de beneficios consolidados a quienes dejaron las armas e hicieron parte de los procesos de reincorporación.

En ese sentido, **el Derecho Internacional Humanitario** que regula los conflictos **no internacionales** -como es el caso colombiano-, **aplica para las partes involucradas en las hostilidades, sin necesidad de que se reconozca la «beligerancia»** de los grupos insurgentes, pues como lo ha examinado esta Sala, uno de los avances del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, fue no exigir el reconocimiento del grupo armado como sujeto de derecho internacional público como condición para aplicar la protección de personas, bienes y servicios en ejecución de acciones armadas entre contrarios.

Por ello, necesario se ofrece recordar la posición de la Sala sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario al conflicto armado colombiano y el reconocimiento del estado de beligerancia:

[...]

[...], los Convenios de 1949 distinguieron rigurosamente entre la declaratoria de beligerancia y la aplicación del derecho humanitario, al señalar que sus disposiciones no podían ser invocadas para modificar el estatuto jurídico de las partes. Esta frase corta entonces de raíz cualquier equívoco sobre la posibilidad de que el derecho humanitario pueda erosionar la soberanía de un Estado. En efecto, ella significa que la aplicación, por parte de un Estado, de las normas humanitarias en un conflicto interno no implica el reconocimiento de beligerancia de los alzados en armas.

Por consiguiente, en un conflicto armado no internacional, **los alzados en armas son sujetos de derecho internacional humanitario**, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que éstas son normas de ius cogens imperativas para todas las partes del conflicto. **Pero esos rebeldes no devienen**, por la sola aplicación del derecho humanitario, **sujetos de derecho internacional público**, puesto que **siguen sometidos al derecho penal interno del Estado respectivo**, y pueden ser penados por haber tomado las armas e incurrido en perturbación del orden público. Como dice el jurista chileno Hernán Montealegre, "el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza. " **El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión o la sedición.**

[...]

Lo anterior permite afirmar, que **dando por descontado que el uso de las armas por grupos rebeldes que pretenden derrocar el Gobierno Nacional**, o suprimir o modificar el régimen constitucional vigente, **no implica en modo alguno**, de un lado, **la subsunción de los demás delitos** que con ocasión y en relación con tal ilicitud se cometan, **ni tampoco establece per se una conexidad en relación** con todos ellos susceptible en un momento dado del tratamiento

jurídico que la normatividad interna de los países contratantes les dispense.

Precisamente por tales motivos **la Corte Constitucional declaró la inconformidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980**, frente a la Constitución, por considerar que **tal disposición implicaba una amnistía generalizada para la que no estaba autorizado el legislador**, que no contribuía al logro de los fines del Estado, y en cambio sí terminaba por estimular los conflictos y autorizar la pena de muerte, cuando la protección de la vida del ser humano en toda su dimensión constituye el fundamento y razón de ser de un Estado de derecho.» (CSJ SP 15 Feb. 2006, Rad. 21330)

En esa decisión, esto es, la sentencia CC C-456-1997, por cuyo medio se declaró la inexecutable del artículo 127 del Decreto 100 de 1980 que, en vigencia de ese régimen, **permitía excluir de pena las conductas delictivas cometidas en combate por “rebeldes” o “sediciosos”** -que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo-, **la Corte Constitucional rechazó la tesis** de mantener solamente la sanción por los delitos políticos y conceder una amnistía generalizada y anticipada por cualquier conducta ejecutada en tales condiciones, incluso, advirtiendo que **las principales víctimas eran miembros de la Fuerza Pública**, en el entendido que, **ello no solo desvirtuaba el poder punitivo estatal sino dejaba en un estado de desprotección a los integrantes de esa institución** que negaba de facto derechos de rango fundamental.

Así lo explicó:

«Hay que advertir, además, que no es acertado referirse al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), para sostener, tácitamente, que en su artículo 13, ordinal 3º, consagra la impunidad de los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos. La verdad es completamente diferente, como se verá.

Ninguna de las normas del citado protocolo, ni de ningún tratado internacional, obliga a los Estados a no castigar los delitos. Por el contrario, ese castigo está expresamente previsto. Así, el artículo 6º, titulado “Diligencias penales”, se refiere “al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”. Y no podría ser de otra manera, porque ¿qué Estado se obligaría a no castigar a quienes aspiran a cambiarlo, es decir, a modificar el ordenamiento jurídico, por medio del delito, desconociendo, como en el caso

colombiano, la propia organización democrática y los medios de participación que ésta consagra?”.

[...]

[...] **el Estado colombiano de ninguna manera abandona el poder punitivo en casos de conflictos armados internos, respecto de aquellas personas** que, decididamente, **empuñen las armas** y participen de hostilidades en contra de aquel, bajo la conceptualización de que se tratan de «**combatientes**» que, al estar en curso de una afrenta bélica, estarían legitimados para infringir el estatuto penal».

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Combatiente: concepto, en sentido genérico y específico / **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Combatiente: en su sentido genérico se refiere a los miembros de grupos insurgentes / **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Combatiente: en su sentido genérico no aplica el status de combatiente o prisionero de guerra / **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Combatiente: en su sentido genérico no aplica la inmunidad de persecución penal por actos militares legítimos / **CONFLICTO ARMADO INTERNO** - Su reconocimiento no priva de sanción a quienes se alzan contra el Estado

«[...], **la Corte Constitucional en sentencia CC C-291-2007** -citada por la judicatura de primera instancia-, abordó el contenido y la naturaleza imperativa de tres principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, a saber: **distinción, precaución, y trato humanitario** y respeto por las garantías fundamentales, **acotó** frente al primero de aquellos **el entendimiento que debe darse al concepto de “combatiente”,** así:

[...]

De lo anterior se sigue que, **tratándose de conflictos armados no internacionales** -CAN-I, **el término “combatiente” tiene un alcance genérico y no específico**, y con ello, la imposibilidad de aplicar el Estatuto de combatiente o de prisionero de guerra - artículos 43 a 47 del Protocolo Adicional I- y la Convención III de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra, que se limita a conflictos armados internacionales -CAI-, cuyo alcance permite considerar que las partes en contienda bélica son objetivos militares legítimos entre sí.

Consecuente con lo anterior, el «**privilegio del combatiente**», esto es la «**inmunidad de persecución penal por actos militares legítimos** (p.ej. ataques, lesiones, incendio, etc.,

en contra de personas o bienes autorizados por el DIH).» **estaría dado en un contexto de conflicto armado internacional- CAI, a diferencia del conflicto interno o de carácter no internacional -CANI, el que los actos cometidos por grupos insurgentes serían sancionados por el derecho interno.**

En tal sentido, la Comisión de Derechos Humanos en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, en su acápite C, acerca de derechos humanos, expresó:

(...)

*Dado que **el status de combatiente legítimo y de prisionero de guerra** derivan directamente del **privilegio del combatiente**, en el derecho internacional consuetudinario y convencional el reconocimiento de este privilegio **se limita a las situaciones de conflicto armado internacional**, conforme a la definición de las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I. En contraste con ello, **el gobierno inmerso en una guerra civil o en otro tipo de hostilidades internas no está obligado a reconocer a sus oponentes armados el status de prisionero de guerra**, dado que esos disidentes no tienen la protección del combatiente. Por lo tanto, **esos gobiernos están en libertad de enjuiciar a todos los disidentes capturados por sedición y sus otros actos violentos**. Al mismo tiempo, no existe norma alguna en el derecho internacional que prohíba a un gobierno, durante un conflicto armado no internacional, asignar a miembros de grupos armados disidentes el status de prisionero de guerra o un status equivalente.»*

[...]

Conforme con lo anterior, **aun cuando es cierto que conflictos no internacionales como el colombiano tiene plena aplicación el Derecho Internacional Humanitario**, ello **no permite aseverar que con ocasión de él las organizaciones armadas que enfrenten las fuerzas del Estado obtengan la condición de combatientes** en el sentido estricto y propio de enfrentamientos internacionales y **con ello, se asuma la no intervención** del aparato punitivo cuando ejecuten acciones criminales respecto de lo que podría considerarse «*un objetivo militar legítimo*»; por el contrario, **mientras no se les reconozca como actores beligerantes o sujetos de derecho internacional público** como en los CAI, **su comportamientos quedan sometidos a la legislación nacional** en aquellos eventos donde trasgreden la ley interna.

Contrario a lo que ocurre con los miembros de las Fuerzas Militares que repelen grupos

armados al margen de la ley, pues en estos eventos y bajo el más estricto acatamiento al sistema jurídico nacional, sus actuaciones, en principio, no son punibles.

[...]

En ese contexto, se concluye que, **las acciones criminales ejecutadas por los grupos insurgentes sí están sometidas a las normas de orden público y no hay lugar a estimar** que, en razón del conflicto armado desarrollado en el país, **le es permitido atacar a la Fuerza Pública** bajo el entendido que tales acciones no son punibles, pues **tal comprensión** conlleva el “*privilegio de combatiente*” que, se repite, **no aplica para los CANI.**

[...]

[...] **los argumentos expuestos** en la decisión adoptada **por el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz** del Tribunal Superior de Barranquilla, **no son de recibo para esta Corporación**, pues, **de manera equivocada consideró que los actos delictivos cometidos por los miembros del E.R.P. en contra de miembros de la fuerza pública, y en particular, por WJRV, no son susceptibles de judicialización**, sin detenerse en que, si bien no se enmarcan en aquellos atentados contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario, **sí se ajustan a la protección que establece nuestro sistema penal colombiano** a las conductas que lesionan el bien jurídico de la vida e integridad personal.

Por tal razón, **la providencia impugnada será revocada**, exclusivamente en lo que fue objeto de apelación y, en su lugar, **se impondrá medida de aseguramiento** de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra de WJRV, por el hecho rotulado No. 7, por los delitos de homicidio simple y homicidio en grado de tentativa, ambos en concurso homogéneo y sucesivo».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Características: no establece amnistias o indultos generales para grupos armados ilegales / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Modelo de justicia transicional diferente al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición / **ACUERDO DE PAZ** - Jurisdicción Especial para la Paz: amnistía, indulto y renuncia a la persecución penal, principio de proporcionalidad

«**Situación diversa** es que, **en el marco de procesos desmovilización y búsqueda de alternativas para la paz** con ocasión de confrontaciones con grupos armados al margen de la ley, **se hayan establecidos regímenes**

legales especiales o, mejor, de justicia transicional, en los que han implementado una serie de prerrogativas para aquellos que voluntariamente decidan dejar las armas y reincorporarse a la vida civil.

Como ocurre, por ejemplo, **en el régimen de la Ley 975 de 2005 o de Justicia y Paz -régimen al cual se encuentran vinculados los acá postulados como miembros del grupo E.R.P.-, que contempló**, en materia judicial, **una serie de beneficios** a cambio de la dejación de las armas, su contribución al esclarecimiento de la verdad y la garantía efectiva de los derechos de las víctimas, particularmente, la pena alternativa, como sanción sustitutiva de la ordinaria ; **sin contemplar, los institutos de la amnistía o el indulto** , tal y como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006, al analizar los reparos a la Ley 975 de 2005, según los cuales, **en ésta se permitía este tipo de institutos**:

*Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 975 de 2005, se observa por la Corte que en ella **no se dispone la extinción de la acción penal** en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que **el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas**, por lo que en rigor jurídico-constitucional **la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo**.*

*Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, **no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal**. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal -si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia-, lo cierto es que, aun así, **no desaparece la pena**. [...]*

ACUERDO DE PAZ (FARC) - Amnistía de iure (Ley 1820 de 2016): sujetos destinatarios / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Sujetos destinatarios: no lo son los antiguos miembros de estructuras paramilitares, quienes no pueden acceder al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición / **ACUERDO DE PAZ**

(FARC) - No aplica por analogía a procesos de Ley 975 de 2005

«[...] el Magistrado con función de Control de Garantías de Barranquilla aludió a una decisión adoptada por la Sala de amnistía o indulto de la JEP para soportar su conclusión respecto de la no imposición de medida de aseguramiento por el caso No. 7, sin detenerse en que, el raciocinio de la magistratura que decidió tal asunto en esa jurisdicción especial, apuntó a la constatación de los presupuestos para conceder la amnistía por delitos conexos al delito político de rebelión en el marco de la Ley Estatutaria de la JEP y la Ley 1820 de 2016, compendios normativos que fijan un ámbito de aplicación personal en el que no encuentra subsunción el caso de autos.

En esa línea, se recuerda:

[...]

Frente a los destinatarios del sistema especial de justicia y de los beneficios de aplicación inmediata previstos para los integrantes del grupo desmovilizado, el mencionado artículo transitorio 5° establece que lo serán los combatientes de los grupos armados que suscriban un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional.

[...]

En términos más específicos, con posterioridad la Ley 1957 de 2019 , en su artículo 63, previó que la JEP es competente, en su ámbito personal, respecto de todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado, siempre que: (i) se trate de investigados o condenados por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, aunque no pertenezcan a las organizaciones armadas en rebelión; (ii) combatientes de los grupos armados al margen de la ley, siempre que hayan sido miembros de las organizaciones que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional; y (iii) personas que hayan sido acusadas en providencia judicial o condenadas en cualquier jurisdicción por vinculación a dicho grupo, aunque los afectados no reconozcan esa pertenencia.»

De allí que, **no es dable sin más, hacer una comparación entre dichos regímenes de justicia transicional**, por cuanto, cada uno de ellos responde a necesidades y momentos históricos diversos, en los que, se determinaron parámetros de judicialización distintos respecto a actores armados de uno u otro proceso de reincorporación.

Luego, **aun cuando en el régimen legal expedido con ocasión del Acuerdo de Paz** suscrito entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016, esto es, el Acto Legislativo 01 de 2017 y las Leyes Estatutaria de la JEP y 1820 de 2016, **se tiene contemplado el beneficio de la amnistía** como medida para impedir el enjuiciamiento penal, **es claro que ésta surge a partir del análisis de las precisas condiciones establecidas en ese grupo normativo.**

[...]

Previsiones legales que, de manera alguna, encuentran un equivalente régimen de la Ley 975 de 2005, para sugerir que, por vía de analogía, se deba conceder una prerrogativa similar; ya que como quedará previamente

establecido, a partir de la propia normativa y la jurisprudencia (CC C-370 de 2006), **el beneficio que cubija a los postulados de justicia y paz,** es la pena alternativa y **no la amnistía,** como mecanismo de extinción de la acción penal.

[...]

Luego, **la motivación que expresó en tal sentido el Magistrado** con función de Control de Garantías, **fenece ante las precisiones efectuadas por esta Corporación** y por ello, en principio, **la situación advertida no es obstáculo para que se imponga medida de aseguramiento** en contra del postulado en comento».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

14. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Aceptación o allanamiento a cargos:
interés para recurrir / **CONCIERTO**

PARA DELINQUIR - Se configura: para
obtener fallos judiciales claramente
ilegales

El implicado solamente posee interés para controvertir, a través de los recursos legales, la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena siempre y cuando no haya sido preacordado y los aspectos referidos a su consentimiento. Aunque resulte normal o cotidiano que profesionales del derecho masivamente asuman poderes para la interposición de acciones de tutela, llama la atención que las mismas fueran interpuestas en una ciudad ajena a la de los actores y que todas ellas hayan sido falladas a favor de los demandantes, en contravía de doctrina constitucional que informaba de su improcedencia.

Al resolver la impugnación especial propuesta por la defensa de FMGR contra la sentencia CSJ SP364 proferida el 21 de febrero de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual, por vía de allanamiento a cargos, lo condenó por la comisión de los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros en concurso homogéneo sucesivo y prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo, afirma la imposibilidad de retractación en los casos de allanamiento o preacuerdo, además valora la responsabilidad que le compete

a los jueces a la hora de resolver tutelas que determinan cargas presupuestales para el erario, cuando estas no son legalmente viables.

SP5634-2021(51142) del 09/12/2021

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Entre el 25 de febrero de 2010 y el 24 de junio de 2011, cerca de 542 trabajadores de Ecopetrol, a través de los abogados [...], entre otros apoderados, presentaron ante los Juzgados Laborales del Circuito de Cúcuta 20 acciones de tutela, en las que solicitaban alguna de las siguientes pretensiones: (i) tener como factor salarial un «incentivo al ahorro» y en consecuencia, reliquidar el monto de la pensión y pagar retroactivamente los valores dejados de percibir, no obstante que voluntariamente habían aceptado dicha restricción; (ii) reconocer y pagar pensiones dentro del régimen del «plan 70», pese a que no cumplían con los requisitos exigidos en la convención colectiva y (iii) el reintegro, ficto o real a la empresa, luego de haber sido desvinculados debido al reconocimiento de una pensión gracia o despedidos por la declaratoria de ilegalidad de una huelga en el año 2004, más el pago de indemnizaciones.

[...]

Una vez los actores o el apoderado de Ecopetrol en todos los casos, impugnaron el fallo de primera instancia, las diligencias fueron asignadas a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, compuesta por los Magistrados FCC,

FMGR, y AJAC, los dos primeros funcionarios, en 20 fallos aprobados en Sala dual o mayoritaria, sin excepción accedieron a las pretensiones de los actores, ya fuese al revocar, confirmar o adicionar la sentencia recurrida, según el caso. En dichos pronunciamientos de segundo grado, el Magistrado AJAG salvó voto, al considerar que las acciones constitucionales eran abiertamente improcedentes.

Como consecuencia de las referidas sentencias, Ecopetrol, empresa Industrial y Comercial del Estado, tuvo que pagar a los actores cerca de \$109.472.162.193 para el año 2012.

Para el logro de los resultados antes señalados, el abogado [...] y otros dos litigantes, se asociaron con jueces laborales del circuito [de] Cúcuta y con los Magistrados del Tribunal Superior de esa ciudad, doctores FCC y FMGR,, para que a través de fallos de tutela fundamentalmente estos últimos, accedieran a las pretensiones de los empleados y extrabajadores de Ecopetrol.

No obstante, las sentencias de tutela proferidas por el Tribunal Superior de Cúcuta, fueron objeto de revisión por la Corte Constitucional, que mediante 13 fallos las revocó total o parcialmente y en su lugar, denegó los amparos constitucionales, a excepción de uno en que solo consideró desacertada la imposición de la condena en perjuicios.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: interés para recurrir / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, salvo vicios del consentimiento y o violación de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías

[...]

La Corte ha insistido en explicar que **para tener acceso a los recursos es presupuesto indispensable que la parte haya sufrido un agravio o perjuicio en su situación jurídica**, escenario que lo habilita para impugnar la decisión que le es desfavorable.

Por eso, **si las pretensiones de la parte han sido atendidas**, verbigracia, cuando el trámite penal culmina **por virtud de alguno de los mecanismos de terminación anticipada**, al procesado **no le es permitido cuestionar aspectos de responsabilidad penal**, que de

manera libre y voluntaria aceptó y consintió declarar.

En estos casos, la Sala tiene dicho que **el implicado solamente posee interés para controvertir**, a través de los recursos legales – apelación, casación o, como en el caso bajo examen, impugnación especial–, **la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena siempre y cuando no haya sido preacordado y los aspectos referidos a su consentimiento** (Cfr. entre muchas otras, CSJ AP, 14 sept. 2009, rad. 32032).

[...]

En ese sentido, la Corte ha explicado que, **si el encausado acepta los delitos endilgados, se hace vigente el principio de irretractabilidad y surge la imposibilidad, para quien así actúa, de discutir lo relacionado con la responsabilidad penal admitida**, bien para pregonar su inocencia (retractación total), o en procura de buscar una forma de degradación (retractación parcial), salvo que en ese acto procesal se haya incurrido en transgresión de sus garantías fundamentales, caso en el cual corresponde al afectado la demostración de alguna irregularidad que hubiere viciado su consentimiento o, en general, quebrantado sus derechos (Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40053).

Ya la Sala ha precisado que una interpretación razonable del **artículo 293 de la Ley 906** de 2004, apunta a entender que **la retractación allí regulada sólo procede si se evidencia:** (i) que **la asunción de responsabilidad no correspondió a un acto voluntario**, libre, consciente espontáneo e informado, o (ii) que **en desarrollo de ese acto se vulneraron garantías fundamentales**. De ese modo, sólo excepcionalmente cabe admitir la retractación.

En el caso de la especie, toda la argumentación del recurrente está encaminada, directa (la denominada primera tesis subsidiaria) o indirectamente (las restantes), **a desdecirse de su manifestación de culpabilidad** frente a las conductas delictivas imputadas de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, los dos últimos en concurso.

[...]

El trámite procesal informa, como bien lo refirió la Delegada Fiscal en su intervención en condición de no recurrente, que con la finalidad de aclarar y adicionar la imputación que previamente se efectuara el 3 de agosto de 2017 (en ese momento sin aceptación de cargos), el 27 de septiembre siguiente, **FMGR acudió ante el**

Magistrado con Función de Control de Garantías a cargo, **funcionario judicial que preguntó al imputado si entendía el objeto de la diligencia**, respondiendo **afirmativamente**.

Seguidamente, **indagó si comprendía los cargos atribuidos** por el ente acusador (en esencia, circunscritos a los punibles de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar relatadas), **obteniendo por respuesta que sí los entendía**. También, GR **dijo comprender los derechos que le asistían como imputado**.

Finalmente, **el Magistrado le dio a conocer las opciones que tenía en torno a la aceptación o no de los cargos imputados** y, con suma claridad, le explicó las consecuencias que la aceptación conllevaba.

Luego de las debidas advertencias y precisiones, **el servidor judicial con función de control de garantía solicitó a GR su respuesta frente a los cargos imputados**, quien, **sin vacilación alguna, informó que los aceptaba**, razón por la que el funcionario judicial verificó que la manifestación de voluntad respetara los condicionamientos del artículo 131 de la Ley 906 de 2004, constató el cumplimiento de los requisitos para avalar el allanamiento y descartó cualquier vulneración de garantías fundamentales del procesado.

Adicional a lo informado en aquella diligencia preliminar, **la Sala de Casación Penal asumió igual verificación en audiencia celebrada el 30 de octubre de 2017**, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 293 ejusdem, en la cual, **la Magistrada Sustanciadora advirtió que de la revisión del registro filmico de la audiencia y del escrutinio de la actuación procesal, se podía constatar que el allanamiento a cargos se hallaba conforme a lo dispuesto por el legislador** y los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte, razón por la que la Sala tampoco encontró violación en el trámite surtido.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, exfuncionario judicial no puede alegar desconocimiento del tema y expectativas procesales no alcanzadas como vicio del consentimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, no se configura nulidad cuando es inexistente el supuesto vicio del consentimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: fiscalía, petición de subrogados no es vinculante para el juez

En el presente caso **se afirma que la admisión de responsabilidad de FMGR es ilegítima por vicios en su consentimiento**, por la presión de saber que a su avanzada edad debía purgar la pena en una cárcel y la expectativa de obtener un subrogado penal.

Este argumento no es consistente, porque **contrario a lo afirmado, es la acumulación de años lo que impide tener por justificado algún vicio, toda vez que permite adquirir el suficiente discernimiento para comprender que toda acción delictiva conlleva la atribución de una sanción**, que puede ser intramural, dependiendo de su naturaleza, y que en el presente caso se estaba ante conductas de extrema gravedad.

A esto se suma la experiencia acumulada durante muchos años en el ejercicio de la judicatura y su versación en temas jurídicos, así fuere en un área distinta al derecho penal, lo cual se erige en **criterio diferenciador** respecto de una persona lega en estas materias.

Por ello, **purgar la pena en un establecimiento carcelario resultaba un escenario de alta probabilidad para el procesado**, quien, **como administrador de justicia, conocía las consecuencias de su proceder**, y aunque la **posibilidad de obtener un sustituto por un subrogado podía surgir como una expectativa**, lo cual es normal, **ello no es argumento suficiente para sostener que, como las cosas no se dieron, su consentimiento estuvo viciado**.

Además, GR **contó en todo momento con asistencia letrada de confianza**, la cual **despejó cualquier hipotético vacío informativo** que pudiese tener en punto de las implicaciones del acto de imputación de cargos, **el que definitivamente selló el Magistrado con Función de Control de Garantías cuando realizó el exhaustivo interrogatorio**, a fin de corroborar que la aceptación se ajustara a una decisión libre, consciente, voluntaria, espontánea y debidamente informada por la defensa.

Del diligenciamiento se infiere que **la aceptación de cargos no se debió a un acto repentino o impulsivo de FMGR**, toda vez que **entre la inicial imputación y su aclaración y adición medió un lapso de casi dos meses, tiempo amplio para reflexionar** sobre las posibilidades de afrontar el proceso penal al que se le vinculó, adoptando la determinación de aceptar los cargos en su segunda salida procesal, o enfrentar el juicio, decisión que solo se entiende **luego de un sereno y meditado análisis**.

[..]

Asegurar, asimismo, **que el allanamiento a la imputación se debió a la promesa de la delegada fiscal de apoyar la concesión de un eventual subrogado penal** (a la postre incumplida, según la impugnación), además de constituir una hipótesis factual indemostrada, **desconoce que**, en los términos que se plantea, **la petición del ente acusador no sería vinculante**, por no depender la decisión de la voluntad de los sujetos procesales, **sino del resorte exclusivo del juez de conocimiento**, en este caso, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En otras palabras, **así la fiscalía hubiere apoyado una petición de la defensa respecto de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, ello no implicaba su ineluctable concesión**, pues, en cualquier caso, tratándose de aceptación unilateral o preacordada de cargos, **su otorgamiento se rige por parámetros anejos al principio de legalidad, mismo que informaba su anticipada desestimación por llanos criterios objetivos**, insístase, por la naturaleza de los punibles aceptados, algunos de ellos con exclusión de beneficios por parte del legislador.

Así las cosas, la sola manifestación del procesado, exteriorizada ante un notario casi dos años después de haberse realizado la audiencia de proferimiento de la sentencia ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde debió ser planteada al advertirse que la fiscalía incumplía el supuesto compromiso, no tiene la capacidad de derruir la aceptación de cargos legalmente efectuada.

[...]

En consecuencia, **la nulidad que por esta causa se promueve, no está llamada a prosperar.**

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: presupuestos para dictar sentencia, prueba mínima / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Demostración / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: para obtener fallos judiciales claramente ilegales / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - No se vulnera

Ha de recordarse que **constituye garantía fundamental de quien acepta la imputación** – sin vicios del consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos–, **que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en suficientes medios suasorios que**, junto a su admisión de culpabilidad, **acrediten la materialidad de la infracción delictiva y la responsabilidad.**

En el caso de la especie, **la Sala de Casación Penal valoró la declaración del entonces mensajero de ECOPETROL** para el año 2011, quien **a través de correo electrónico institucional envió invitación a los afiliados del sindicato ADECO**, subdirectiva Bogotá, **para reunirse con un abogado en un hotel de esta ciudad**, con el fin que éste los apoderara en acciones de tutela que se presentarían en la ciudad de Cúcuta, **con resultados positivos**, según se comentaba *«en el voz a voz»*.

A esa declaración se agregó el texto del correo electrónico de fecha 14 de febrero de 2011, del cual la Sala **infirió un lenguaje cifrado que daba a entender que en aquella localidad se tenía el camino allanado para la prosperidad de las acciones constitucionales** tendientes al reconocimiento y pago de prestaciones laborales, **a las que no era viable acceder por vía de tutela, si no fuera a través de medios ilícitos**, los que, por obvias razones, no podían ser expuestos a través de ese medio informativo.

También **contó la Sala con el registro efectivo de las veinte demandas** de amparo, que **aglutinaban a más de quinientos empleados y extrabajadores de ECOPETROL, ninguno con domicilio en Cúcuta**, las que, en últimas, fueron decididas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, del que hacía parte FMGR en condición de Magistrado, **todas ellas favorables a las pretensiones de los actores, con evidentes visos de ilegalidad** (constitutivos de prevaricato por acción).

De todo lo anterior, **la Sala de primera instancia concluyó que, en el acuerdo principal**, por lo menos, **existió participación de profesionales del derecho litigantes, un juez laboral** que previamente aceptó cargos por estos hechos **y los magistrados aquí acusados**, toda vez que el tercero que conformaba la Sala Laboral decisoria, siempre salvó su voto al considerar la improcedencia de los mecanismos de amparo propuestos.

A ese mínimo probatorio aportado por la fiscalía, el a quo **sumó la aceptación de cargos por parte de FMGR**, conjunto del cual extrajo los contornos constitutivos de la conducta punible de concierto para delinquir.

Esto, por cuanto la **comunidad delictiva daba visos del propósito de ejecutar conductas punibles indeterminadas**, aunque determinables en su especie, **a través del favorecimiento por fallos ilegales** (prevaricato por acción), a un número indefinido de empleados y extrabajadores de ECOPETROL, que **por intermedio de abogados presentaban acciones de tutela para lograr el**

reconocimiento y pago de variadas prestaciones sociales, a las que no había lugar por esa vía jurisdiccional (peculado por apropiación en favor de terceros).

[...]

Por eso, **aunque resulte normal o cotidiano que profesionales del derecho masivamente asuman poderes para la interposición de acciones de tutela, llama la atención que las mismas fueran interpuestas en una ciudad ajena a la de los actores y que todas ellas hayan sido falladas a favor de los demandantes, en contravía de doctrina constitucional que informaba de su improcedencia**, en virtud de criterios de subsidiariedad, inmediatez y temeridad, aunado a que en tres radicados (T-2000/10, T-2080/10 y T-2122/11), se obvió el reparto a través de la oficina judicial correspondiente.

[...]

Téngase en cuenta que **el estándar probatorio de las sentencias que se emiten en procesos que terminan anticipadamente, difiere del exigido en las actuaciones en las que se agotan todas las etapas procesales**.

Estas últimas demandan la comprobación en grado racional de certeza de la materialidad del delito y de la responsabilidad, a través de pruebas practicadas en el escenario natural del juicio oral, mientras que, en la forma abreviada, la sentencia halla sustento en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, hasta el momento en que se produce la aceptación de cargos, unilateral o consensuada (Cfr. CSJ SP708-2020, 17 jun. 2020, rad. 48916).

PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: Trámite de tutela / **ACCIÓN DE TUTELA** - Cosa juzgada / **ACCIÓN DE TUTELA** - Temeridad / **ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de inmediatez / **ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de subsidiaridad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela, se configura

En cuanto al **carácter temerario de algunas acciones de tutela**, la Sala a quo bien explicó la sofisticada argumentación plasmada por FMGR en los fallos tildados de prevaricadores, habida cuenta que desconoció la triple identidad de partes, hechos y pretensiones, en razón a la interposición de recursos de amparo anteriores.

Con la finalidad de dar apariencia de legalidad a la caprichosa decisión de estudiar de fondo tres

asuntos particulares (T-2105, T-2111 y T-2113 de 2011), **el procesado acudió a la postura acomodaticia de justificar la existencia de hechos nuevos** –que no ostentaban ese cariz–, **a partir de relacionar documentos no aportados** en los trámites constitucionales previos, para así poder analizar la controversia y acceder a las pretensiones de los accionantes.

En esos casos, **ante la indiscutible existencia de cosa juzgada, GR estaba compelido a rechazar las demandas presentadas**, en lugar de asumir el fondo del asunto, como a la postre ocurrió.

Por eso, en el caso concreto, **la temeridad no admite discusión**, al punto que la propia Corte Constitucional, en sede de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a través de providencias CC T-741-2011 y T-784-2011 así lo dispuso. Con todo, el recurrente insiste en sostener lo contrario.

Por otra parte, la **infracción al requisito de procedibilidad de la inmediatez** se hizo evidente en doce de los fallos cuestionados, pues **el excesivo paso del tiempo entre los hechos que causaron la supuesta vulneración de derechos fundamentales en cada caso y la respectiva fecha de presentación de la correspondiente demanda**, resultaba desproporcionada y sin justificación alguna.

Es de recordarse que, si bien, no existe normativamente un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, la doctrina de la Corte Constitucional ha reflexionado con insistencia que, **dada su naturaleza cautelar, la solicitud debe invocarse en un plazo razonable**, según el caso.

En ese orden, **la Sala a quo consideró que las acciones de tutela T-1828, T-1836, T-2000, T-2038 y T-2071 de 2010 y, T-2080, T-2094, T-2121, T-2122, T-2183, T-2193 y T-2196 de 2011 se presentaron por fuera del término prudencial** establecido por aquella Alta Corporación, razón por la que el amparo debía declararse improcedente.

Esa consecuencia jurídica fue caprichosamente desatendida por FMGR, so pretexto del carácter actual de la vulneración a garantías fundamentales, sin reparar que el presunto hecho generador de transgresión hallaba su fuente en actuaciones de largos años atrás.

[...]

Por último, el **desconocimiento del principio de subsidiariedad** fue analizado por la Sala en

diecinueve de los veinte fallos de tutela tildados de prevaricadores. En todos ellos, esta Sala coincide con la primera instancia en que **FMGR desconoció de forma caprichosa que los actores habían demandado sus prestaciones ante la jurisdicción ordinaria laboral**, por ende, **se trataba de asuntos pendientes de resolución**.

Además, que **no eran personas de la tercera edad**, aunado a que **todos recibían un ingreso mensual fijo**, bien por concepto del salario derivado de su vinculación laboral con ECOPETROL, ora en virtud de una mesada pensional por cuenta de la misma empresa, es decir, **no se encontraban en condición de debilidad manifiesta, ni estaba amenazado su derecho al mínimo vital**.

Ciertamente, los actores contaban con la jurisdicción ordinaria laboral a fin de exponer sus pretensiones, la cual resultaba idónea y eficaz para la defensa de los derechos que consideraban vulnerados.

El procesado, sin embargo, desplazó al juez natural para arrogarse la facultad de resolver de fondo los asuntos y con ello beneficiar ilegalmente a los demandantes, superando de forma amañada el requisito de procedibilidad a través de la sesgada citación e interpretación de la jurisprudencia constitucional.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Puede presentarse como delito medio en el peculado por apropiación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Consumación: en casos de pronunciamiento judicial ilegal que ordena pagos en contra del erario / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica: jueces de tutela que ordenan pagos en contra del erario / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura

Para el impugnante, no existe una fuente de desaprobación del riesgo, por la sencilla razón que considera conformes a derecho los veinte fallos de tutela que justificaron las órdenes de pago a favor de los actores, en una suma

cuantificada por el ente fiscal en \$109.472'162.193,00.

De ello conjetura que los pagos realizados no podían atribuirse a su prohijado como peculado por apropiación, al estar enmarcados en el riesgo permitido generado por la obligación jurídica de cumplir con decisiones de tutela, insiste, emitidas legalmente.

Pues bien, **no puede predicarse en este caso la atipicidad objetiva esgrimida por el recurrente para el delito de peculado**, como quiera que **FMGR con sus decisiones de amparo ilícitas** (como atrás se dilucidó), **propició** el proceso institucional al interior de ECOPETROL, que concretó **la producción del resultado lesivo y relevante penalmente**.

No debe olvidarse que **el concurso homogéneo de peculados solo son una consecuencia, como delitos fin, de los delitos medio** (prevaricato por acción, en concurso) utilizados para alcanzar el objetivo propuesto, que esquilmo al erario.

Por tanto, la Sala encuentra acertada la argumentación de la primera instancia, cuando indica que **la decisión de la Sala Laboral de asumir en ejercicio de sus funciones el conocimiento de los recursos de amparo, implicaba la facultad de disponibilidad jurídica**, y que **esto le permitió al procesado disponer de los dineros de ECOPETROL**, de donde se sigue que **su apropiación en favor de terceros se produjo por razón de las funciones judiciales que cumplía**.

Así, de consuno con la decisión de primer nivel, ha de concluirse que **la disposición de dineros de la empresa estatal estructuró el delito de peculado por apropiación**, al concurrir todos los ingredientes objetivos del tipo penal.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

15. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio, alcance y límites / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: subrogados penales, se determinan con base en la pena de la conducta realizada, no la acordada

Es permitido a la Fiscalía tipificar la conducta con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar, no imputar, excluir, alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darle a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda, la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, en esa medida la sentencia anticipada se profiere según lo

convenido y con las consecuencias jurídicas que le correspondan al delito realmente cometido.

Al decidir el recurso de casación contra la sentencia a través de la cual confirmó la que halló penalmente responsable al procesado como autor de la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, la Sala recapitula y consolida su posición sobre el alcance y legalidad de los preacuerdos, de igual manera recalca que los subrogados penales deben analizarse a la luz de las conductas imputadas y por las que se profirió sentencia, diferente a que por el mencionado preacuerdo se haya fijado otra para cuestiones meramente punitivas.

SP359-2022(54535) del 16/02/2022

Magistrados Ponentes:

José Francisco Acuña Vizcaya / Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS:

«MAO fue sorprendido (el 16 de enero de 2018), por miembros de la Policía Nacional en posesión de un arma de fuego de defensa personal con dos cartuchos para la misma, sin permiso de la autoridad competente, cuando transitaba por la calle 53 con carrera 53 del municipio de Itagüí, razón por la cual un representante de la Fiscalía General de la Nación lo acusó formalmente como autor del delito previsto en el artículo 365 del código penal, sin que se allanara a cargos.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez, no puede hacer control material / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio, alcance y límites / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de la Fiscalía de actuar con objetividad y protección de los derechos de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: sentencia debe contener la declaración de responsabilidad por la conducta realmente cometida y la correspondiente a la negociada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y

negociaciones: control por el juez de conocimiento, aspectos que incluye

El desarrollo jurisprudencial del instituto de los preacuerdos y negociaciones ha estado acompañado de los debates propios en torno a lo que se puede negociar, las formas de declaración de responsabilidad, la necesidad de un mínimo probatorio de responsabilidad, el rol de la Fiscalía, del juez, la defensa y la víctima y la oportunidad procesal para efectuar la negociación, entre otros.

No ha escapado a la anterior controversia la definición de **cuál es el ilícito o el nivel de participación por el que debe proferirse la sentencia con sus consecuentes efectos en institutos como los subrogados penales**, es decir, si lo debe ser por el punible objeto de imputación o de acusación, o por el pactado vía preacuerdo, sobre todo en aquellos eventos donde se introduce alguna modificación a la calificación jurídica en compensación a la culpabilidad aceptada por el procesado.

La Sala, bien como tribunal de segunda instancia o de casación, **de forma mayoritaria**, ha venido avalando en la práctica los diferentes preacuerdos sometidos a su conocimiento y en esa medida **entendido que la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le sean anejas**, bajo cuatro supuestos: i) **Los preacuerdos tienen efectos vinculantes para el juez** pues, en términos del inciso 4° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, “los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”; ii) **el preacuerdo**, en aquellos casos en que se logra después de la formulación de la imputación, **hace las veces de escrito de acusación**, como que de conformidad con el artículo 350 ídem, “Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”; iii) **no le es legalmente posible al juez controlar materialmente la acusación**; la calificación jurídica de los hechos y la fijación de los jurídicamente relevantes **corresponde con exclusividad a la Fiscalía**, sin perjuicio de que se examinen los requisitos que le defieren legalidad al preacuerdo, ni aquellos que fundamentan la sentencia anticipada y iv) **como generalmente se advierte que es el procesado quien impugna como recurrente único, opera la prohibición de reforma peyorativa**, de modo que ni aún por vía de nulidad podrían improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.

[...]

A pesar de las argumentaciones que en este asunto expuso la Fiscalía en aras de acreditar un supuesto cambio de la jurisprudencia, que en realidad no existió, la misma tesis mayoritariamente consolidada a través de las decisiones antes relacionadas, se aplicó en la sentencia SP4225-2020, Rad. 51478, pues a través de preacuerdo **el procesado aceptó culpabilidad por el delito imputado**, esto es tentativa de homicidio simple; **a cambio se le reconoció la pena dispuesta para cuando el delito es cometido en circunstancias de marginalidad**. La Corte entendió que, así como sucedió en la sentencia SP486-2018, Rad. 50000, el fallo se dictó de conformidad con lo convenido, sólo que en eso no hubo cambio alguno de calificación y que la remisión, en aquel caso, a las circunstancias de marginalidad fue solo para efectos punitivos, precisando una vez más la imposibilidad de modificar la sentencia ante la prevalencia de la prohibición de reforma en perjuicio.

Más recientemente, **la tesis jurisprudencial fue mayoritariamente ratificada** en sentencia SP1288-2021, reiterándose la vigencia del acuerdo por virtud de la prohibición de reforma peyorativa.

Como fácil se advierte, a través de todos estos casos **la Sala ha venido consolidando**, eso sí **no de manera pacífica**, una tesis de conformidad con la cual, se reitera, la sentencia originada en un preacuerdo se profiere según lo pactado, con todas sus consecuencias y la ha sustentado, como ya se señaló en precedencia, en el efecto vinculante del convenio, en la imposibilidad de ejercer un control material propiamente dicho sobre los juicios de imputación y acusación y en la prohibición de reforma peyorativa, lo cual **no significa ineludiblemente que ese sea el ideal jurídico** pues también ha entendido, desde aquél mismo momento y a partir de sus propias disquisiciones y de la jurisprudencia constitucional que **los preacuerdos y la actividad de la Fiscalía en ese ámbito se sujeta a ciertos límites** que deben satisfacer los objetivos de esta forma de terminación anormal del proceso.

Por eso, **no ha impedido tal doctrina**, que en **varias ocasiones**, desde los albores de la aplicación del sistema penal oral acusatorio y de los preacuerdos, **se advirtiera y se llamara la atención en torno a la forma como debería adelantarse la respectiva negociación** y plasmarse sus cláusulas a efectos de que **no se llegara**, como ocurrió en la práctica, dados los supuestos ya reseñados y según se evidencia de

la anterior relación jurisprudencial, **a la aprobación de acuerdos sin una base fáctica sólida que atendiesen**, entonces y por demás, **los parámetros señalados en la sentencia C-1260/2005** y ahora en la SU-479/2019.

Así, en fallo del 12 de septiembre de 2007, Rad. 27759, ya avizoraba la Sala:

*“El problema jurídico radica entonces en saber **¿cuál es la circunspección del fiscal a la hora de celebrar un preacuerdo?**, tema que resulta definitivo a la hora de celebrarlos:*

*Cuando **la Corte Constitucional** revisó el numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, referido a los preacuerdos sobre los términos de la imputación, en sentencia C-1260 de 2005, **avaló de forma condicionada** la norma impugnada, **en favor de la legalidad** de los preacuerdos entre la fiscalía y la defensa.*

*El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que **es permitido a la Fiscalía tipificar** [Léase imputar] **la conducta** dentro de su alegación conclusiva de forma específica **con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar** [no imputar, excluir] **alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico**, bajo el supuesto de que **no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda** [Léase imputación jurídica circunstanciada].*

*Se trata –insiste la Sala– **de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal**, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la Administración de justicia.*

...

*Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) **la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica**, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.*

*Sólo **a partir de ese momento**, tanto el fiscal como la defensa **tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia** (los términos de la imputación), **y cuál es el precio de lo que se negocia** (el decremento punitivo).*

*Por ello, **a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa**, resulta viable entrar a negociar los términos de la imputación:*

Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a preacordar las exclusiones en la imputación porque ya pueden tener idea clara –uno y otro- de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.

Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) **podrá –el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable** excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.

Todo ello **dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica**, es decir, **sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías** que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, **en un escenario de impunidad**, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.

El parámetro de la negociación de los términos de la imputación **no es la impunidad**; el referente del fiscal y de la defensa **es la razonabilidad** en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.

Es **a partir de la imputación fáctica y jurídica precisa**, como referente “obligado” –insiste la Sala- **que pueden los sujetos procesales “negociar”** los términos de la imputación; **la imputación correcta es el único parámetro que permite** establecer los dos factores: **La pena a imponer si no hay preacuerdo y la pena a imponer producto del consenso** (la relación costo / beneficio de los términos de la acusación).

Y en la sentencia SP13939-2014, Rad. 42184:

“Entiende **la Corte** que el preacuerdo presentado por la Fiscalía cumple con los presupuestos de legalidad propios del instituto y por ello ratifica su aprobación y la consecuente condena.

Empero, **no puede dejar de registrar la manera si se quiere irresponsable en que algunos fiscales**, conforme a los asuntos que día a día examina la Sala, **pasan por alto mínimos presupuestos de contención y al amparo** de las muy amplias facultades otorgadas por el legislador, **de manera sistemática y reiterada festinan beneficios inmerecidos** en asuntos que no comportan complejidad o dificultad para su demostración cabal en juicio.

Esa manida **forma de asumir el preacuerdo** como especie de tronera **que le permite**

desasirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración, ha conducido de manera perversa a que **en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa** a fin de contar con la oportunidad de **mermar su carga laboral**.

...

Pero, **de ninguna manera ello puede justificar tantos y tan gratuitos beneficios otorgados a los acusados**, que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, terminan por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano.

...

Considera la Sala, eso sí, **que al interior de la misma Fiscalía**, conforme su estructura jerarquizada y lo que la constitución y la ley facultan, **es posible adelantar una tarea efectiva de control interno, fijación de pautas y seguimiento**, que limiten al máximo lo que ahora se critica.

...

El llamado es, entonces, **a que la Fiscalía General de la Nación, no solo fije pautas precisas** que permitan a sus delegados ceñirse a estrictos criterios encaminados a cumplir los fines esenciales del instituto premial, con respeto por los derechos de los intervinientes, en particular las víctimas, y de un concepto claro de justicia, **sino que establezca mecanismos internos de verificación y control** dirigidos a hacer efectivas esas directrices”.

O en la del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Rad. 52227, en la cual se precisó:

“...los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que **la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida** –según el estándar previsto para cada fase-,

sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, **les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos**;

...el debate gira en torno a dos ideas centrales:

(i) **si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda** a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) **si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna**

base fáctica la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Lo anterior, **sin perder de vista otros aspectos** relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría **garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica**, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) **ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los subrogados penales**, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

...

El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los **límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica** realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, **no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados** en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. **Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde**, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento,

se caracterizan porque **el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena**. En términos simples, **en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje,... las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia**.

Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o **a alguna faceta de la culpabilidad**, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.

A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, **este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes**.

...

En virtud de un acuerdo **no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda**, como, por ejemplo, cuando se pretende **darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica**. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) **en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad**; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual **pueden afectar los derechos de las víctimas**, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos **pueden desprestigiar la administración de justicia**, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados”.

O final y más recientemente (19 de agosto de 2020), en sentencia SP3002-2020 Rad. 54039, donde con sustento en decisiones previas y en similar sentido se sostuvo:

“Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-1260 DE 2005 Y SU 479 de 2019) como la de esta Corporación (52227 de 2020) han aclarado

que **las partes**, en virtud de un acuerdo, **no pueden**: (i) **incluir circunstancias de menor punibilidad** u otros cambios de la calificación que **no tengan base fáctica** y probatoria; (ii) **mucho menos, cuando ello entraña una rebaja de pena desproporcionada**; y (iii) **sin que pueda desatenderse la obligación de obrar con diligencia extrema cuando la víctima pertenece a un grupo poblacional especialmente vulnerable**.

Lo anterior, **sin perjuicio de que el acuerdo consista en tomar como referente una norma penal menos gravosa**, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, sino **para efectos de calcular la pena**, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, **como sucede en el caso de quien indiscutiblemente es autor pero**, en virtud del acuerdo, **se le impone la pena que le correspondería al cómplice** (SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020).

En este último evento resulta claro que: (i) **las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta**, siguiendo con el mismo ejemplo, **de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable** –para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio-, **constituye**, precisamente, **el beneficio** por someterse a la condena anticipada; (ii) **todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda** –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente; (iii) **el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad** –prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, **por excesivo**, resulte contrario a la necesidad de aprestigiar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) **igualmente, es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima**, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (ídem).

Lo anterior, **sin que pueda perderse de vista que los límites a los acuerdos, establecidos en el ordenamiento jurídico y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, no están orientados a socavar las bases del sistema de tendencia acusatoria regulado en la Ley 906 de 2004**".

Es decir, **la Corte ha advertido de forma categórica que los preacuerdos deben versar sobre una calificación jurídica fundada en la base fáctica** que, apoyada probatoriamente

según la estructura propia del sistema, constituyan los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación o en la acusación.

En ese orden, **conciérne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica**, probatoriamente sustentada y que **la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos**, de modo que el procesado comprenda con claridad que **la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna** y que, **salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos**, con sus anejas consecuencias.

En esa misma línea **debe ser el rol del juzgador**, no en fijar una calificación jurídica según su criterio, sino **en advertir que el acuerdo lo sea en esos términos y que en torno a ellos el acusado tenga la claridad necesaria**; por lo mismo **no debe aprobar aquellos pactos que tozudamente varíen la calificación jurídica sin que medie una base fáctica**.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: sentencia debe contener la declaración de responsabilidad por la conducta realmente cometida y la correspondiente a la negociada / **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - No se configura / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor objetivo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: subrogados penales, se determinan con base en la pena de la conducta realizada, no la acordada

[...] **el preacuerdo celebrado en el presente asunto consistió en la aceptación por el procesado del cargo imputado y objeto de acusación** tal como lo precisó la Fiscalía durante esos actos, esto es, autor de porte ilegal de armas; **como contraprestación o compensación la Fiscalía le reconoció la pena propia del cómplice** y así se fijó en 5 años de prisión, **sin que del mismo hiciera parte**, se reitera, **la concesión de la prisión domiciliaria**, la cual, por tanto, **quedaba a criterio del juzgador**.

En esos términos, más allá de que no hubo ciertamente alteración alguna del supuesto de hecho, pero tampoco base fáctica para predicar una complicidad, lo cierto es que **el convenio en manera alguna varió la forma de participación del imputado** por cuanto en virtud de él, **"...MAO acepta los hechos tal y como los ha narrado la**

Fiscalía y de igual manera acepta la calificación jurídica que le ha dado la Fiscalía a estos hechos...", es decir **autor, no cómplice**, del punible de porte ilegal de armas y **a cambio se le reconoció**, a título de compensación la pena de éste, **sin que en parte alguna pueda entenderse que la calificación jurídica del tipo subjetivo varió de autor a cómplice**, mucho menos cuando, se reitera, no existía una base fáctica para que se procediera jurídicamente a esa modificación.

Luego, en esas condiciones, finalmente las decisiones de instancia se sujetaron a la reiterada y mayoritaria doctrina de la Corte por cuanto se emitieron en consonancia con lo pactado, es decir que **se condenó como autor**, porque así lo asintió el procesado, **pero se le impuso la pena del cómplice** porque así lo ofreció la Fiscalía y aceptó aquél en compensación, por manera que en tales circunstancias los cargos formulados por el casacionista parten de una base errada al proponer un entendimiento contrario a la literalidad del convenio.

Por lo mismo, ninguna trascendencia podía tener las referencias que los juzgadores hicieron a los votos disidentes que en esa materia existen al interior de la Sala, ni a las decisiones del mismo orden proferidas en el Tribunal que conoció en segunda instancia de este asunto, sencillamente

porque la sentencia se profirió de conformidad con lo pactado.

Por tanto, **como se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas**, especialmente si se trata de subrogados penales, **así se le haya impuesto la sanción del cómplice** la cual fue **referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad**.

Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, **no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación**, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

16. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Prueba: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba

Al decidir el recurso de apelación interpuesto por los defensores de YPA y RCOA contra el auto dictado el 24 de agosto de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, mediante el cual resolvió admitir e inadmitir varios medios de convicción, tanto testimoniales como documentales, solicitados por Fiscalía y bancada de la defensa, la Sala recuerda la necesidad de fundamentar, en su aspecto de pertinencia, las peticiones probatorias. Por otra parte, se ratifica la posición jurisprudencial sobre la procedencia de recursos contra el decreto favorable de pruebas y los requisitos de la prueba común.

AP5468-2021(60130) del 17/11/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

En el municipio de [...], Departamento del César existió una empresa criminal integrada, entre otros por los señores YPA -Fiscal Seccional-, RCOA -Juez Promiscuo Municipal- y CLRG -abogado litigante-, la cual, con ánimo de permanencia, inició desde el mes de enero de 2017 aproximadamente hasta agosto del 2020, fecha en la que se materializó la captura de las tres personas mencionadas con anterioridad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia preparatoria: finalidad / **PRUEBA** - Finalidad / **PRUEBA** - Pertinencia, conducencia y utilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba

«La audiencia preparatoria es el escenario establecido por la Ley 906 de 2004 para que Fiscalía y defensa soliciten las pruebas que requieran y aducirán en el juicio oral, a efecto de sustentar la pretensión que postularán de conformidad con su teoría del caso.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, **las pruebas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y las circunstancias que rodearon la conducta que se investiga**, así como la responsabilidad o no de aquél a quien se le atribuye como autor o participe. Por ello, acorde con el inciso 2° de esta misma norma, el juez decretará las pruebas solicitadas por las partes cuando «ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad».

La pertinencia del medio probatorio está determinada por el tema de prueba, el que está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o en el caso de la defensa, de la teoría alterna que sustenta su estrategia. Por esta razón, **quien pide una prueba debe asumir la carga argumentativa requerida** para evidenciar al funcionario judicial la **relación del elemento solicitado con los hechos** objeto de investigación (pertinencia) y superado este análisis, **si el mismo tiene aptitud legal para formar el conocimiento** (conducencia) y **reporta interés al objeto de debate** (utilidad).

[...]

[...], **esta Sala explicó la forma como las partes deben abordar**, al momento de realizar la solicitud probatoria, **el desarrollo de los conceptos de pertinencia, conducencia y utilidad del medio de convicción**. Al respecto expuso:

*“Realmente, advierte la Corte que **exigir la explicación de conducencia y de utilidad para todos los medios de prueba solicitados por la parte, puede dar lugar a discursos repetitivos e innecesarios**, en el mejor de los casos orientados a demostrar que la prueba **pertinente por estar relacionada directa o indirectamente con los hechos** que constituyen el tema de prueba, es **conducente porque ninguna norma del ordenamiento jurídico prohíbe probar el hecho en cuestión con el medio elegido**, ni existe alguna norma que obliga a probar ese mismo hecho con un medio de prueba determinado, y que es **útil porque no puede catalogarse de superflua, repetitiva o injustamente dilatoria de la actuación**. Basta*

con imaginar un caso donde las partes hayan solicitado un número elevado de pruebas, para calcular el costo que este tipo de metodología tendría para la celeridad del proceso, tan importante en orden a acceder a una justicia pronta y eficaz.

(...)

*Así, **la Sala considera razonable que la parte que solicita la prueba debe explicar su pertinencia**, y que la **excepcional falta de conducencia debe ser alegada por quien considere que el medio probatorio elegido está prohibido por el ordenamiento jurídico**, o que existe una norma que obliga a probar ese hecho en particular con un determinado medio de prueba. **De la misma manera debe procederse cuando se alegue que la prueba solicitada por la parte carece de utilidad.***

*No significa lo anterior que se pretenda eliminar del debate procesal lo atinente a la **conducencia y utilidad**. Por el contrario, todo apunta a que **en los casos donde ello sea necesario se realice un análisis profundo**, a partir de la cabal comprensión de estos conceptos.*

[...]

En síntesis, al momento de realizar las solicitudes probatorias, **las partes están obligadas a exponer con claridad y precisión la pertinencia** de los medios de convicción que aspiran les sea decretados, para de esa forma lograr que el juzgador se convenza sobre el aporte probatorio de los elementos que se pretende llevar a juicio y así ordene su práctica».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: pertinencia, deber de sustentación, alcance

«[...], resulta necesario señalar que **en la audiencia preparatoria la defensa solicitó se decretaran** los referidos documentos **sin realizar ninguna disertación respecto de su pertinencia** para el caso concreto. Nótese que al solicitar dichos informes **la defensa señaló lo siguiente:**

“Segundo, informe de investigador de campo suscrito por el mismo señor Angarita, misma cédula, que da cuenta de registros fotográficos del vehículo de propiedad del doctor YPA.

Tercero, informe del mismo investigador que da cuenta de los registros fotográficos del vehículo de propiedad de la doctora CMMM”.

Ante esa situación, **para la Sala resulta acertada la determinación adoptada por el Tribunal**, en el sentido de inadmitir los informes atrás descritos, pues **la parte que los solicitó no asumió la carga argumentativa requerida** para

evidenciar la relación de dichos elementos probatorios con los hechos objeto de investigación (pertinencia).

Contrario a ello, **lo que se observa es que la defensa de PA se limitó a realizar una nueva enunciación de los informes** que pretendía ingresar al juicio, **sin mencionar siquiera las razones por las cuales los registros fotográficos de los vehículos** de propiedad de su defendido y de CMMM **resultaban pertinentes para hacer más o menos probable la conducta punible que aquí se juzga.**

Por ello, se impone la confirmación de la decisión adoptada por el a quo».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: demostración de pertinencia individual / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: interrogatorio y contrainterrogatorio, finalidades

«En providencia CSJ AP948-2018, rad. 51882 la Corte reiteró que **una parte puede solicitar las pruebas pedidas por su antagonista «siempre y cuando explique por qué resultan pertinentes a la luz de su teoría del caso».**

A través de dicha decisión, **se expuso lo inadecuado que resultaba negar las pruebas pedidas por el oponente con el argumento fincado en que los temas de interés pueden ser ventilados durante el contrainterrogatorio.** Ello, como lo ha indicado esta Sala, porque:

(i) si una prueba es pertinente para respaldar la teoría del caso, **su práctica no puede quedar a merced del adversario**, a quien le bastaría con renunciar a la misma para evitar el contrainterrogatorio; y, (ii) **por las finalidades del interrogatorio directo y contrainterrogatorio:** el primero se limitará a los aspectos principales de la controversia y a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad del declarante y, el segundo, es el medio para refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado.

Sin embargo, se ha definido que **si la defensa pretende solicitar también como suya aquella prueba peticionada por la Fiscalía, deberá ofrecer unos razonamientos de pertinencia que**, teniendo en cuenta que sirven a una teoría del caso contraria a la del ente acusador, **tendrán que ser diferentes a los presentados por este último.** Ello resulta suficiente, tratándose de pruebas documentales, pues de ser esa pretendida prueba común un testimonio (como lo es para el caso bajo estudio), la petición debe venir acompañada de la argumentación adecuada, **a partir de la cual pueda**

evidenciarse que el contrainterrogatorio no es suficiente para los propósitos de la parte.

En el presente caso, el Tribunal resolvió inadmitir los testimonios de NPST y PJS. Lo anterior al advertir que **la defensa no acreditó su pertinencia a efecto de ser decretados como testigos comunes** con la Fiscalía, aunado a que la aspiración probatoria, para el a quo, se puede satisfacer a través del contrainterrogatorio.

[...]

Estas pruebas fueron decretadas a instancias de la Fiscalía y **si bien ha señalado esta Corporación que no existe impedimento para el decreto de pruebas comunes con la defensa**, lo cierto es que recae en la contraparte el **deber de precisar la pertinencia** de cara a su teoría del caso, **carga que no cumplió la defensa**, pues de lo transcrito anteriormente se extrae que dicha parte se limitó a señalar que requería a dichos testigos a efecto de interrogarlos respecto de las actividades investigativas que realizaron dentro del presente asunto, **sin que explicara las razones por las cuales ello resultaba pertinente de cara a su teoría del caso** o las razones por las cuales tales interrogantes no podían ser propuestos en contrainterrogatorio.

Por ello, la Sala confirmará la decisión adoptada por el a quo, en lo que atañe a la inadmisión de los testimonios de NPST y PJS a favor de la defensa de YPA».

RECURSOS - Interés para recurrir / **RECURSOS** - Autorización legal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo prueba ilícita

«De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, **son presupuestos procesales esenciales para la interposición de un recurso** la legitimación procesal, la legitimación en la causa, la autorización legal, su interposición en la oportunidad legal y la sustentación adecuada y suficiente.

Para la resolución del asunto bajo estudio, **resulta importante hacer mención respecto de la autorización legal para la interposición del recurso**, la cual se relaciona con la **facultad que otorga la ley para atacar o controvertir determinadas decisiones**, a través de uno u otro recurso. Así, de conformidad con el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, **la reposición “procede para todas las decisiones”**, con excepción de la

sentencia; en tanto que **la apelación procede contra la última de las mencionadas y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias**, “salvo los casos previstos en este código”.

Tratándose de la decisión que resuelve las solicitudes probatorias elevadas por las partes, el Código de Procedimiento Penal **diferencia entre el auto que accede a su práctica y aquél que la niega**.

De este modo, **contra el primero solamente procede el recurso de reposición**, de conformidad con lo establecido por el citado canon 176. En tanto **contra aquél que excluya, rechace o inadmita una prueba, proceden el de reposición y/o el de apelación**, tal como lo consagra el inciso 3° del artículo 359, en concordancia con el numeral 4° del artículo 177 ibídem.

Luego entonces, concluye la Corte, **contra aquella decisión que admite el decreto de pruebas, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de legitimidad en la causa para atacarla**.

No obstante, la Corte ha precisado que “...**sólo cuando se trata de exclusión probatoria por ilicitud del medio, sea que se haya decretado o no la prueba, procede el recurso de apelación, pues en esos eventos se trata de determinar la configuración de una violación a derechos fundamentales**”.

PRUEBA ILÍCITA - Concepto / **PRUEBA ILÍCITA** - Causalidades que la originan / **PRUEBA ILEGAL** - Diferente a prueba ilícita / **PRUEBA ILEGAL** - Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, aunque se alegue existencia de prueba ilegal

«[...] **la solicitud de exclusión** propuesta por la bancada de la defensa **no se soportó en la presunta ilicitud** de dichos medios probatorios, **sino en la ilegalidad** de los mismos, tal como de manera explícita lo solicitaron en la correspondiente audiencia preparatoria.

Recuérdese que la defensa de YPA **solicitó la excusión** del informe No. 11-243683, suscrito el 14 de diciembre de 2018 por NPST **por presuntas irregularidades en la cadena de custodia**, lo que implica un problema a efecto de determinar la mismidad de la prueba. Y de otra parte en relación con la forma como se pretende incorporar el informe al juicio oral.

Por su parte, **la defensa material y técnica de RCOA, solicitó la exclusión por la presunta incompetencia del juzgado de control de garantías** en el que se llevó a cabo la audiencia de control posterior de legalidad, la imposibilidad de la defensa de asistir a dicha diligencia, y la inexistencia de motivos fundados u orden expedida por autoridad competente que autorizara la incautación del teléfono celular de propiedad de OA.

Cabe precisar que **la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales**, género entre el que se encuentran las pruebas prohibidas. La Sala ha indicado que ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) **Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana** (art. 1° Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita **puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad** (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita **puede ser el efecto de un falso testimonio** (art. 442 C. Penal), de **un soborno** (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de **una falsedad en documento público o privado** (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

Por su parte, **la prueba ilegal** o irregular que extiende sus alcances hacia los “*actos de investigación*” y “*actos probatorios*” propiamente dichos, **es aquella que se ha obtenido o practicado al margen del procedimiento fijado en la ley**.

A partir de la anterior precisión, la Sala observa que **las solicitudes de exclusión atrás descritas no se soportaron en la presunta ilicitud** de los elementos materiales probatorios, **sino en la supuesta ilegalidad de los mismos**, por lo que se concluye que en el presente asunto **se carece**

de autorización legal para interponer, y de contera resolver, **el recurso de alzada propuesto** por la bancada de la defensa en relación con los medios de prueba que fueron admitidos en la audiencia preparatoria. Lo anterior **en razón a que no procede el recurso de apelación contra la decisión que admite el decreto de pruebas**, y, además, en este asunto no se argumentó sobre

la ilicitud de los elementos materiales probatorios respecto de los cuales se solicitó su exclusión.

Por tanto, la Corte respecto a estos medios probatorios, se abstendrá de hacer pronunciamiento al respecto».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

17. TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, conservar, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, conservar, es un acto que se extiende en el tiempo / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **FLAGRANCIA** - Deberes del funcionario que efectúa la aprehensión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: la correcta estructuración de la hipótesis factual y el desarrollo de un programa metodológico no puede reemplazarse con especulaciones / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Relación con el in dubio pro reo / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Toda duda se debe resolver a favor del procesado / **IN DUBIO PRO REO** - Aplicación: la duda razonable se resuelve en favor del procesado / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - No se configura / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: revoca y confirma absolución de primera instancia

Al resolver la impugnación especial formulada contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual se condenó al procesado por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, la Corte analizó si la imputación fáctica realizada fue indeterminada, de tal manera que ocasionara la nulidad de la actuación.

Para el efecto, la Sala reiteró su jurisprudencia sobre las características que debe reunir la atribución de los hechos jurídicamente

relevantes, de cara a sus finalidades en el marco del debido proceso. De igual manera, examinó la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal, para finalmente revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, mantener la absolución dispuesta por la primera instancia, al considerar que no fue desvirtuada la presunción de inocencia que cobija al procesado, en aplicación del principio de in dubio pro reo.

SP566-2022(59100) de 02/03/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 17 de agosto de 2018, en desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro a un inmueble ubicado en la zona rural del barrio Olaya Herrera, sector la Carpa, de la ciudad de Medellín, fueron hallados 9.340 gramos de marihuana e implementos para su distribución y empaque.

J.L.G.S., junto con otras cuatro personas, se hallaban en el interior de la vivienda, razón por la cual se procedió a su captura inmediata.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: corresponde a la fiscalía establecer las circunstancias del tiempo, modo y lugar, así como la existencia de los elementos del tipo y las categorías de antijuridicidad y culpabilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: la correcta estructuración de la hipótesis factual y el desarrollo de un programa metodológico no puede reemplazarse con especulaciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes y de las consecuencias

jurídicas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: se trata de una función reglada y delimitada por la ley / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: delimitación ante pluralidad de sujetos activos

La Sala ha sostenido de manera reiterada que, conforme lo previsto en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, los hechos jurídicamente relevantes de la imputación deben expresarse de manera sucinta, clara, precisa y completa. En este sentido, ha señalado que al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe, entre otros aspectos, (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; y (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad. Ha de indicar, además, las circunstancias de hecho, relativas a la agravación o atenuación punitiva, las de mayor o menor punibilidad, etcétera” (ver CSJ SP, 2 Sep. 2009, Rad.29221).

De la misma manera, al optar por una imputación sobre participación plural en el delito, el ente acusador debe identificar, entre otros elementos, (i) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (ii) la forma en la cual fueron divididas las funciones; y (iii) la conducta realizada por cada persona en particular. Es relevante también señalar (iv) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, con el propósito de establecer fundamentalmente la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311 y SP741-2021, Rad. 54658).

COAUTORÍA - Demostración / **COAUTORÍA** - Elementos / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Concepto: garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: acusación y sentencia, imputación fáctica y hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: se vulnera si la sentencia se profirió por hechos que no fueron atribuidos por la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: imputación fáctica y jurídica de los cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: adopta un esquema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia fáctica

y personal es absoluta / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia jurídica es relativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los cargos, no hacerlo puede derivar en una nulidad

[...] la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que, si se plantea un supuesto de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, la Fiscalía debe constatar los elementos estructurales de dicha figura. Aquí es de particular importancia la descripción típica de que se trate y el respectivo desarrollo doctrinario o jurisprudencial, luego debe verificar si los hechos del caso pueden ser subsumidos o no en ese referente normativo (Ver, entre otras, CSJ SP, 2 Sep. 2009, Rad.29221).

En general, la correcta imputación, en los planos fáctico, jurídico y personal, como es sabido, se halla inescindiblemente vinculada al principio de congruencia y, por esta vía, a los derechos de defensa y debido proceso. De esta forma, solo si el imputado conoce con exactitud los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica podrá llevar a cabo, en plenitud, el ejercicio del derecho de contradicción. La imputación fáctica, sin embargo, cobra una relevancia particular, en los términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Así, esta Sala ha sostenido que mientras la determinación jurídica posee una connotación flexible, pues resulta factible su modificación en el juicio, lo propio no ocurre con la imputación fáctica. La descripción de los hechos atribuidos y de las circunstancias de comisión relevantes, se ha reiterado, debe ser completa y no puede ser objeto de alteración sustancial a lo largo del proceso, pues es particularmente ese ámbito de la imputación el punto de partida para una adecuada labor defensiva. El núcleo de la imputación fáctica debe mantenerse, por ende, desde la formulación de la imputación hasta la sentencia ejecutoriada (y SP741-2021, Rad. 54658).

Como resultado de lo anterior, cualquier desarmonía sustancial en el ámbito fáctico entre estos estadios -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso. De la misma manera, no solo ante una discordancia sino también en los casos en los cuales la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente los hechos en los cuales consisten los cargos, estos actos procesales habrán dejado de cumplir su propósito y el debido proceso resulta menoscabado. En este escenario, ha dicho la Sala, procede la invalidez

del trámite, como única forma de subsanar la irregularidad (CSJ SP14792-2018, Rad. 52507)

NULIDAD - Congruencia: acusación y sentencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinación de la relevancia jurídica / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Vulneración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: obligaciones, frente a la delimitación y verificación de hipótesis factuales / **NULIDAD** - Principio de acreditación / **NULIDAD** - Principio de trascendencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera / **NULIDAD** - No se configura

La Sala aprecia que en el presente asunto, tanto en la audiencia de formulación de los cargos como en aquella en la cual tuvo lugar la acusación, la imputación fáctica fue adecuadamente efectuada. En consecuencia, no observa irregularidad alguna que haya podido limitar el ejercicio del derecho de defensa del acusado. [...]

En este orden de ideas, resulta evidente que se planteó un conjunto de circunstancias de hecho, que constituyeron el soporte fáctico de la acusación. Aquellas -circunstancias-, además, no fueron alteradas en el curso del proceso y sobre esta base se profirieron las sentencias de primero y segundo grado. Por lo tanto, ha de concluirse que en el caso concreto no ha existido vulneración alguna en torno a la claridad de los cargos, conocidos ampliamente por la defensa técnica y material, respecto de los cuales tuvo el tiempo suficiente para elaborar la estrategia defensiva que desarrolló en las etapas subsiguientes del proceso, hasta llegar a esta instancia. Así, la censura no cumple con los principios de acreditación y trascendencia exigidos para que se decrete la nulidad pretendida.

TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Demostración / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, conservar, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, conservar, es un acto que se extiende en el tiempo / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **FLAGRANCIA** - Deberes del funcionario que efectúa la aprehensión / **FLAGRANCIA** - Si es sorprendido: no puede beneficiarse con rebaja de pena / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente

relevantes: la correcta estructuración de la hipótesis factual y el desarrollo de un programa metodológico no puede reemplazarse con especulaciones / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Relación con el in dubio pro reo / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Toda duda se debe resolver a favor del procesado / **IN DUBIO PRO REO** - Aplicación: la duda razonable se resuelve en favor del procesado / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - No se configura / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: revoca y confirma absolución de primera instancia / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: contra la decisión que la resuelve no procede la casación

El recurrente no discute que G.S. se hallaba en la vivienda habitada por W.P.V. (otro de los capturados), en el momento en el que se adelantó el allanamiento por parte de las autoridades. Tampoco objeta que allí se encontrara el estupefaciente al que se refiere la acusación, cuyo peso total arrojó 9.340 gramos. Lo anterior fue acreditado, además, por los testimonios de los tres agentes de policía que intervinieron en el operativo y los cuatro declarantes de descargo.

Aquello que el defensor cuestiona es la conclusión a la que arribó el ad quem, en el sentido que de la acción de “estar”, es decir, de “hallarse” o “encontrarse” en el inmueble allanado se haya inferido la conducta punible de “conservar” -el estupefaciente-, en cabeza del acusado. Varios elementos impedirían efectuar este razonamiento. Parte de su crítica, a este respecto, también se centra en que la regla de la experiencia que denominó “autoprotección” tampoco conduciría a la conclusión sobre la responsabilidad del imputado.

Según lo ha clarificado la Sala, en el marco del análisis del delito imputado al procesado en este caso, “conservar” es un vocablo que traduce una actitud de pasividad frente a un objeto, hasta el punto que bien podría describir la simple tenencia, desprovista de una finalidad específica.” (CSJ AP, 21 ene. 2003, rad. 20376). También ha afirmado que: “pese a que el verbo rector conservar comporta un acto que se extiende en el tiempo, tal como lo ha sostenido la Sala (CSJ SP 18 dic. 2003, rad. 16823), no se requiere que transcurran horas o días, basta que se constate que el elemento se guardó o se mantuvo en una particular circunstancia ...” (CSJ AP, 14 jun. 2017, rad 49967).

En el presente asunto, la Fiscalía y el Tribunal consideraron que J.L.G.S., previo acuerdo con los demás capturados -coautoría-, “conservaba” la sustancia referida en el inmueble allanado. Para el efecto, catalogaron como hechos indicadores, la presencia del inculcado en la vivienda, la cantidad de marihuana incautada, su ubicación y demás elementos recaudados en la misma. De igual forma, el hecho de que en ese lugar no se estaba fumando la sustancia estupefaciente, de manera que no podía estimarse que el imputado fuera apenas un consumidor.

Pues bien, los testimonios de los agentes del orden J.C.E., C.A.M. y D.A.A. concuerdan en que, al momento de su ingreso al inmueble, todas las personas ahí presentes huyeron hacia la parte trasera de la edificación. Así mismo, afirmaron que ninguna de ellas se encontraba fumando la sustancia, pues no se encontraron colillas en la vivienda ni se percibía el olor característico, suficientemente conocido por ellos, en virtud de sus funciones.

Estas declaraciones se aprecian espontáneas y coherentes y no se observa que los deponentes hayan tenido ánimo alguno de querer causar perjuicio al procesado. En este sentido, proporcionan soporte probatorio a los hechos en los cuales se basaron las inferencias efectuadas por el Tribunal. No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, los razonamientos del ad quem no resultan suficientes para encontrar demostrada la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

Esta Sala ha sostenido que en los casos en los cuales el proceso comienza con una captura en flagrancia, “la Fiscalía tiene la responsabilidad de diseñar y ejecutar un programa metodológico adecuado, que le permita estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, cuando hay lugar a ella. Si la actividad investigativa subsiguiente a la captura permite descartar la hipótesis delictiva, no habrá lugar al llamamiento a juicio”. En contraste con lo anterior, en este caso se observa que, con posterioridad a los resultados de la aprehensión en situación de flagrancia, no se diseñó ni adelantó un programa metodológico riguroso, orientado a demostrar, mediante las evidencias adecuadas, particularmente la coautoría del imputado en la conducta.

A ese respecto, la Fiscalía no estableció con precisión la connivencia previa o concomitante del acusado con los demás capturados, en el marco de un plan criminal, para hacer presencia en el inmueble allanado. Tampoco mostró, mediante una inferencia sólida, la conciencia de todos los que allí estaban de que la causa que los

convocaba era tener en ese lugar o conservar la sustancia prohibida. Se abstuvo, además, de evidenciar mediante otros hallazgos, por ejemplo, posteriores al operativo, que el imputado había tomado parte, de algún modo, en actuaciones dirigidas a llevar y conservar el alcaloide en el lugar en el cual fue capturado.

Desde otro punto de vista, en su declaración, W.P.V. refirió que el procesado era un amigo de infancia y que acudió al inmueble para consumir marihuana. Aunque el Tribunal asumió que esto último no podía ser así porque los agentes del orden no detectaron señales de consumo reciente -como la derivada del olor que deja la combustión del estupefaciente- según las pruebas, el acusado se hallaba en el lugar aproximadamente desde tres horas antes del operativo. En consecuencia, tampoco es posible descartar de manera absoluta que hubiera fumado la sustancia un tiempo antes o que aún no lo hubiera hecho al momento del allanamiento.

De igual forma, las evidencias dejaron claro que W.P.V. era quien tenía la disponibilidad de la vivienda, pues fue la persona que atendió el operativo y, además, se responsabilizó directamente de todo el alcaloide incautado, por ser el residente del inmueble. Además, como lo plantea el defensor, tampoco se probó que el procesado hiciera parte de la organización criminal perseguida o que visitara frecuentemente el lugar. De hecho, ninguno de los testigos de cargo que declararon señaló que la fuente humana que dio lugar al allanamiento haya hecho referencia a actuaciones del procesado.

Por último, debe añadirse que, como lo destacó el juez de primera instancia, el uniformado J.C.E. indicó que el procesado fue capturado únicamente porque el estupefaciente se hallaba a la vista en el inmueble allanado. Sin embargo, no logró precisar qué se encontraba haciendo al momento del operativo, ni estuvo en condiciones de proporcionar detalles sobre su conducta, que lo vincularan inequívocamente con la conservación de la marihuana hallada en la vivienda.

De esta forma, las pruebas practicadas en el marco del juicio oral conducen a la configuración de una duda razonable, en relación con el hecho de que el procesado haya acordado con los demás capturados conservar en el inmueble el estupefaciente incautado. Por un lado, elementos como la presencia del inculcado en la vivienda y el hecho de que en el instante del operativo este no estuviera fumando marihuana podrían constituir hechos indicativos de la posible responsabilidad penal del acusado, como lo

consideró el Tribunal. Sin embargo, por otro lado, W.P.V. afirmó que el procesado se encontraba en el inmueble porque era su amigo de infancia y estaba allí con el propósito de consumir alucinógeno, no de hacer parte de la empresa criminal dedicada a su conservación y distribución.

La duda anterior se hace aún más patente porque la Fiscalía no demostró otros elementos de hecho, que permitieran inferir de manera clara que la razón por la cual el imputado se hallaba en la vivienda fuera otra, asociada a la modalidad de coparticipación imputada. En otros términos, no evidenció a partir de la fuente humana que justificó el allanamiento o de otros medios de convicción, que su presencia en la vivienda

obedeciera a un proyecto delictivo previamente acordado y la función que dentro del mismo debía cumplir para el éxito de esa empresa ilícita. Además, tampoco desvirtuó las afirmaciones de W.P.V., en el sentido de que el imputado visitó el lugar únicamente con el objeto de aprovisionarse y consumir el estupefaciente encontrado.

[...]

En consecuencia, al no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia que cobija al procesado, en aplicación del principio de in dubio pro reo, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se mantendrá la absolución dispuesta por la primera instancia.

Inicio

18. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura: mediante maltrato psicológico a los hijos

El menor, al ser expuesto forzosamente por su padre para que observe directamente los ultrajes contra su progenitora, genera la concreción de un maltrato psicológico.

Al resolver las demandas de casación presentadas por la Fiscalía –primer cargo– y el defensor de CEDR, contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Cajicá, que condenó al antes mencionado como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada, abordó el tema de la violencia psicológica contra los menores de edad, que se produce en el marco del maltrato físico y moral contra las madres, cuando estos son obligados a presenciarlo.

SP5414-2021(51015) del 01/12/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 28 de marzo de 2010, hacia la 1:30 p.m., cuando CEDR se encontraba con su hijo C.A.D.L. (de 6 años de edad) y una mujer en el restaurante Galápagos del municipio de Chía, observó que su esposa MPLR (con quien se había separado de hecho meses atrás) también se hallaba en el mismo lugar, por lo que decidió tomarle fotos con

el celular y, luego de acercarse a la mesa en la que aquella almorzaba en compañía de una prima y unos amigos, haló al menor y le dijo «*ahí está la P de tu madre, mira la vagabunda esa... P, H*», al paso que le dio una cachetada a su ex pareja y golpeó con una bandeja a uno de los acompañantes.

Mientras MPLR se dirigió al baño para «*evitar más problemas*», el niño llorando le imploró al agresor que no golpeara más a su mamá.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: bien jurídico tutelado, la armonía y unidad de la familia, entendidas como la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Violencia contra la mujer y los niños: legislación internacional / **MENOR** - Principio de protección especial: explicación / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Agravada: cuando recae sobre un menor de edad, solo requiere que se demuestre su minoría de edad

La Constitución Política en sus artículos 5° y 42 dispone que el Estado tiene como finalidad amparar a la familia, sus miembros y las relaciones entre ellos.

En ese sentido, el artículo 42 ibidem impone al Estado y a la sociedad la obligación de garantizar la protección integral de la familia y establece que cualquier forma de violencia, física, moral, psicológica o cualquier otra forma, por acción o por omisión, «*se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley*».

Con ese enfoque se expidió la **Ley 294 de 1996**, la cual no solo reglamentó lo atinente a las medidas orientadas a prevenir, corregir y sancionar cualquier forma de agresión dentro del contexto familiar, por conducto de las comisarias –o eventualmente jueces civiles o promiscuos municipales–, sino que **elevó a la categoría de delito** (arts. 22 a 25 ibidem) **algunas conductas** que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal de la época, **con el objeto de brindar una mayor protección a quienes eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia**.

La norma que reguló el delito de violencia intrafamiliar en dicha disposición (art. 22 ibidem) fue subrogada por el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, con tutela al **bien jurídico de la familia**, concretamente **su unidad, armonía, honra y dignidad**, de ahí que **el ámbito protector**, como lo ha indicado la Sala, **no es la familia en abstracto** como institución básica de la sociedad, **sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo** que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes (CSJ SP, 7 jun. 2017, rad. 48047).

A dicho precepto **el legislador le ha introducido modificaciones que destacan la protección** que en el seno de la familia **merecen** los adultos mayores, las mujeres y, en formal prevalente, **los menores**, en razón a la debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo.

La previsión anterior fundamenta el **deber de amparo especial por parte del Estado**, la sociedad y la familia frente a los niños, niñas y adolescentes, como lo señala el artículo 44 de la Constitución Política y demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 3-2 dispone que «*los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*».

Así, como lo destacó la Corte Constitucional frente a **la obligación de proteger a dicho grupo en el ámbito familiar**, a propósito del incremento de las penas para el delito descrito en el artículo 229 del Código Penal, **el principio de corresponsabilidad**, en virtud del cual cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el respeto de sus derechos y la sanción de

quienes los vulneren, **debe llevar a la familia y a la sociedad a solicitar la intervención de las autoridades cuando en el ámbito público y privado, y dentro de éste, el doméstico, se adviertan hechos o circunstancias que pongan en riesgo la vida e integridad de los menores de edad**, ya sea por acción o ante el desamparo (CC C-368 de 2014).

Visión que llevó igualmente a esta Sala a considerar que **la protección reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes implica**, además, que la punición agravada de la violencia intrafamiliar en su contra **carezca de exigencias adicionales a la constatación de su condición de menor de dieciocho años**, puesto que los fines constitucionalmente trazados para ellos, demandan sanciones más severas para los supuestos de violación dolosa de sus prerrogativas (CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 55325).

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura: mediante maltrato psicológico a los hijos / **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN** - Se configura / **VIOLENCIA** - Psicológica: demostración, libertad probatoria / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Demostración / **TESTIMONIO** - Credibilidad / **TESTIMONIO** - Del menor: apreciación probatoria / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Violencia psicológica: se configura

[.] contrario a las apreciaciones de los falladores, **encuentra la Sala que las condiciones en que se desarrollaron los acontecimientos** en el asunto que es objeto de estudio así como el contexto de la relación familiar, **permiten identificar con claridad no solo el maltrato psicológico ejecutado hacia el menor sino el quebrantamiento de la unidad familiar con ocasión del comportamiento doloso del progenitor**.

Para ilustrar de mejor manera el alcance de lo sucedido, se estima de interés recoger los principales apartes de la declaración de los testigos que así lo acreditan.

MPLR declaró que, una vez advirtió la presencia de CDER, en compañía de su hijo de 6 años de edad y una señora en una mesa contigua a la que ella se encontraba almorzando con unos amigos y familiares, observó que aquél les estaba tomando fotografías, luego de lo cual,

«*el señor D haló al niño, a la fuerza, lo llevó a la mesa y empezó a gritarle al niño “ahí está la p de tu madre, mira la vagabunda esa”, cogió una ensaladera que estaba en la mesa, golpeó a la persona que estaba al lado mío con la ensaladera y después me golpeó a mí en la cara. Nosotros no le contestamos nada porque el niño estaba en*

llantos, desesperado y obviamente todo el mundo se acercó a ayudarme, mi prima se levantó y lo que hicimos fue salir corriendo hacia el baño. Él se levantó, se fue detrás de nosotros a amenazarnos con una pistola y a decir que nos iba a pegar un tiro».

En cuanto a la reacción del menor, precisó que **el padre lo dejó solo**, «**el niño desesperado** no tenía para donde coger, **subía las escaleras, bajaba**», hasta que la señora que lo acompañaba lo llevó hasta el parqueadero, mientras que CEDR siguió amenazando en el baño al señor JHGR, a quien igualmente atacó.

Igualmente, en el sitio de los hechos, como lo precisara la víctima, se encontraba su compañero de trabajo JHGR, su prima ALOR y esposo JACG, quienes, además de presenciar la ejecución de los actos violentos, pudieron constatar cómo afectó la conducta del acusado a su hijo.

El primero de los testigos contó que CEDR **cogió al niño del brazo, lo haló** y, al dirigirse a la mesa donde se encontraban comiendo, gritando le dijo: «**mire a la p, p, h de su madre, su madre es una p, una h, es la peor porquería**». En seguida, tomó una cacerola de ensalada, «**me la puso en la cara**», al tiempo que le pegó a MPLR en el rostro. Agregó que los insultos continuaron en el segundo piso del establecimiento, donde reiteró las afrentas contra su esposa, frente a lo que **C.A.D.L. llorando le decía «papá, sáqueme, no le haga daño a mi mamá, por favor, no quiero estar acá**».

En similares términos se refirió ALOR y JACG. Además de coincidir en las palabras denigrantes de parte del acusado a su esposa, tales como «**p, vagabunda, p**», así como de corroborar el golpe que igualmente le propinó en la cara, la primera refirió que **el menor «estaba muy asustado, llorando, aterrado de todo lo que estaba pasando**». Por su parte, JACG dio cuenta que inclusive CEDR **agredió a su esposa «con el niño cogido de la mano**», **mientras que este le imploraba que no le pegara a la mamá**.

Ahora, **C.A.D.L. también compareció a juicio** y, aunque no mencionó las palabras usadas por su padre –que extraña el defensor–, **si refirió que aquél lo jaló** hasta donde su progenitora y, luego de tirarle un plato de comida «**al amigo de mi mamá**», le pegó a esta una cachetada y «**empezó a insultarla, a decirle groserías**». Expresiones que sin duda corresponden a las ya descritas, no solo por los testigos en mención sino igualmente escuchadas por el subintendente de la policía Elkin Lenis Peña Matiz, quien se encontraba en el restaurante G departiendo con su familia y tuvo que intervenir ante el llamado de la víctima, porque «**su ex pareja**» le había producido unas

lesiones (le observó hematomas en la cara) y le decía «**esta p, qué hace, diferentes cosas, palabras soeces de toda clase**».

Por consiguiente, **de lo revelado por los declarantes se colige sin dubitación alguna que el menor**, al ser expuesto forzosamente por su padre para que observara directamente los ultrajes contra su progenitora, **generó la concreción de un maltrato psicológico**, no solo por el impacto inmediato que la escena tuvo en él y que se evidenció con el llanto y el reclamo al enjuiciado para que detuviera la afrenta, sino el mediató que, necesariamente, produce cualquier escena violenta que involucre o afecte a un miembro cercano de la familia como lo es una madre.

Así se desprende de la **narración del niño**, al describir su reacción frente a lo sucedido:

*Cuando yo vi que le empezó a pegar y a tirar el plato de comida, **me puse a llorar**. A mí **me dio como miedo, me sentí mal**, a mí **no me gusta que le peguen a mi mamá** porque es mi mamá, y subimos al segundo piso y ahí **yo seguía llorando** y después bajamos, como que subimos al segundo piso y por alguna razón él me volvió a bajar y me sacó del restaurante, pero **yo estaba llorando...***

Adicionalmente, la prueba también da cuenta que el comportamiento violento y oprobioso ejercido por CEDR se extendió a menoscabar la unidad familiar que existía entre este y su hijo.

En efecto, al preguntársele sobre la relación entre sus padres, C.A.D.L. contestó: «**mala, de hecho porque mi mamá le tiene miedo a mi papá y yo también le tengo miedo a mi papá**». Al respecto, explicó que normalmente cuando aquéllos se encuentran, «**mi papá le hace cosas feas a mi mamá y por eso a nosotros nos da miedo**, y también cuando lo vemos, por eso nos vamos». A la vez, refirió que **CEDR lo «obligaba» a ir con el sicólogo** pese a que él no quería, «**hasta que yo decidí no estar con él, no vivir con él, no verlo más**». Incluso, a minuto 40:32 del interrogatorio debió suspenderse la diligencia para que el niño se calmara, pues en llanto manifestó: «**tengo miedo, me da mucho miedo que [mi papá] me pegue**».

Luego, **queda develado el desacierto del juzgado cuando puso en duda el maltrato psicológico soportado por C.A.D.L.** ante la conducta denigrante del procesado hacia su progenitora, aduciendo en el fallo recurrido que «**dicha situación no se evidenció en los testimonios recaudados**», reclamando, a su vez, que «**debe estar establecido por un profesional especializado**

que determine que se trata de una condición verificada».

Pues además de que la prueba testimonial demuestra lo contrario, incurre la primera instancia en un **error de derecho por falso juicio de convicción** al exigir prueba pericial para comprobar el maltrato psicológico a una de las víctimas, ya que **está creando una inexistente tarifa legal contraria a la libertad probatoria** reglada en la Ley 906 de 2004, a partir de la cual es posible demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad penal con cualquier medio de prueba (art. 373).

A la vez, ante la conclusión que extracta **el a quo** de la valoración psicológica practicada al menor por la funcionaria del Instituto Nacional de Medicina Legal, **parece entender que la lesión o afectación psicológica constituye un elemento del delito de violencia intrafamiliar**, cuando es evidente que **la tipicidad de este comportamiento no lo exige**, sino el maltrato físico o psicológico a cualquier miembro del núcleo familiar, último que en este caso surge del contexto fáctico que viene de exhibirse.

De otro lado, debe decirse que **si bien en la entrevista ante la psicóloga e igualmente en el juicio el niño hace alusión**, además de lo acontecido el 28 de marzo de 2010 en Chía, a **otro episodio de violencia intrafamiliar**, como al suscitado el 23 de octubre de 2009, en el que CEDR le pegó, junto con sus hermanos, a MPLR en la casa y en presencia de él –hecho que conllevó a la separación de la pareja–, **pese a que no hizo parte del objeto de acusación en este asunto, sí resulta relevante** frente a la concreción del delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, para **efectos de visibilizar el fenómeno de la violencia ejercida en aquel ámbito familiar** y comprender mejor la problemática que la desencadena.

Desde luego, **sin que ello signifique que se trate de un elemento estructural del delito, o se afirme que un solo acto de agresión no constituye violencia intrafamiliar**, como lo ha indicado insistentemente la Sala.

En ese orden, a partir de la versión de C.A.D.L., que guarda correspondencia con lo declarado por MPLR, quien a la vez hizo alusión a la medida de protección ordenada por la Comisaría Primera de Familia de Bogotá frente a actos de maltrato suscitados el 18 de septiembre de 2009 por parte de CEDR, **se advierte un claro entorno de violencia intrafamiliar promovido de manera sistemática por el acusado** sobre su –para entonces– esposa, lo que en este caso en particular, como viene de revelarse, **resulta imposible de escindir** del maltrato psicológico

que tales actos igualmente han trascendido al hijo menor de la pareja.

A su vez, para la Corte **el relato del afectado es digno de crédito**, no solo porque encuentra corroboración con otros medios de prueba, sino **por su comportamiento durante el juicio y la forma de sus respuestas**, sin que se avizore que haya alterado su visión de lo ocurrido y la percepción frente a su padre, como al parecer lo sugiere el defensor. Precisamente, **en el contrainterrogatorio, ante la pregunta de si alguien le insinuó lo que tenía que decir**, respondió: **«no señora, yo lo estoy expresando, por eso acabo de llorar, de hecho... pues solo yo es que he recordado, pero nadie me ha dicho nada que tenga que decir»**.

Tampoco una conclusión así puede deducirse de la valoración psicológica practicada a C.A.D.L. por solicitud de su padre CEDR, porque además de que la **profesional MLCT no evaluó a C.A.D.L. a partir de los hechos constitutivos de los actos de violencia intrafamiliar** generados dentro del hogar –desconocidos totalmente por la psicóloga–, aquella aclaró que **el niño «no tenía un concepto negativo de su madre»**, sino que los reprensiones hacia su hijo obedecen a que **«tiene que estar velando día a día de su cuidado, proponiendo una adaptación escolar y social buena»**, mientras que el padre es **«complaciente»** porque no está permanentemente con él.

DOLO - Elementos: cognitivo y volitivo / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Dolo: cuando se busca desestabilizar la armonía familiar y los lazos entre padres e hijos

[...] frente a la argumentación aducida por el Tribunal, importa recordar que **el dolo comprende tanto un saber** (elemento cognitivo) **como un querer** (elemento volitivo) en relación con todas las circunstancias que integran la descripción objetiva del tipo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22, inciso primero, del Código Penal.

Por tanto, como la manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible, ha precisado la Sala, **el dolo se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta y no del hecho**, de difícil comprobación, **de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpaado**.

En este sentido, **a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon el suceso** acaecido el 28 de marzo de 2010 en el restaurante G, tales como: (i) el hecho de que **CEDR haya halado a su hijo**, de tan solo 6 años

de edad, **para que directamente observara la agresión contra su progenitora**, y (ii) **que si dirigiera a él con el fin de degradar la honorabilidad y reputación de aquélla**, es una situación indicativa de que **el enjuiciado sabía que con su proceder iba a maltratar psicológicamente a su hijo y que orientó libremente su comportamiento a ejecutarlo**.

Pues **de haber pretendido únicamente lesionar a su esposa**, como lo entendió la segunda instancia, **el acusado no habría llevado consigo al menor**, al punto de sostenerlo de la mano mientras golpeaba a su mamá, como lo manifestó JACG, al paso que insistió en las afrentas pese al clamor en llanto de C.A.D.L. para que se detuviera, según lo dio a conocer JHGR. **Tampoco se hubiera dirigido al niño** para que, a partir de los aludidos calificativos encaminados a desprestigiar y denigrar como mujer a MPLR, e incluso señalarle al menor que aquélla *«prefería estar con el mozo»*, **en los términos escuchados por la mesera JPVM, procurara afectar el lazo materno parental que existía entre madre e hijo**.

Comportamiento que, sin duda, propendió a su vez por la desarmonía entre los integrantes de ese grupo familiar, pues destáquese que **el tipo penal** descrito en el artículo 229 del Código Penal **reprime no solo el maltrato de tipo físico o psicológico** que se ejerce de manera directa entre los miembros de la familia, **sino también la violencia estructural**, es decir, **todas aquellas conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación**, al paso que **la violencia contra las mujeres** que se presentan en relaciones de poder entre las parejas, **pueden desdibujar la formación afectiva de los niños**

que hacen parte de la familia, lo que en efecto ocurrió con C.A.D.L.

Las razones precedentes permiten concluir que el cargo propuesto por la Fiscalía está llamado a prosperar, en cuanto **es palmario que los elementos de convicción** obrantes en el diligenciamiento **acreditan no solo que con su comportamiento CEDR maltrató psicológicamente al menor C.A.D.L., sino que actuó dolosamente** afectando el bien jurídico de la familia protegido por el legislador.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No contempla la posibilidad de concurso homogéneo

[...] **el punible en estudio se ha de tomar como un solo acto sin importar cuantos miembros del núcleo familiar resulten afectados ni el número de actos de maltrato ejecutados** en el curso de la relación familiar, **aunque pueden ser un indicador del mayor grado de afectación** del bien jurídico con el episodio violento (CSJ SP, 6 may. 2020, rad. 50282).

Así lo precisó esta Corporación en providencia CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 50587, en la que se acude a la decisión CSJ SP, 6 mar. 2019, rad. 51951, a través de la cual la Corte destacó que **en los casos en los cuales el agente maltrata física o psicológicamente a varios miembros de su núcleo familiar**, la naturaleza del bien jurídico, su titularidad, así como la forma de realización del verbo rector y circunstancias **impiden estructurar un concurso material de delitos de violencia intrafamiliar**.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

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