



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Segundo trimestre 2022

Abril a Junio 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. **ABUSO DE CONFIANZA** - Delito de ejecución instantánea _____ **3**
2. **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Configuración: no basta demostrar que el sujeto pasivo padecía de discapacidad mental, sino que esa alteración le impidió comprender y consentir la relación _____ **9**
3. **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - No contempla la acción de ejecutar actos sexuales en presencia de la víctima _____ **14**
4. **CASACIÓN OFICIOSA** - Dosificación punitiva: favorabilidad _____ **16**
5. **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, diferente con el concierto para delinquir simple _____ **21**
6. **CONDUCTA PUNIBLE** - Formas: dolo, culpa y preterintención _____ **31**
7. **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - El gobernador a nivel departamental es el competente para celebrar contratos estatales _____ **36**
8. **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Víctima: representación de la fiscalía general de la nación, cuando la afectación de la función pública es atribuida a fiscales _____ **41**
9. **DOLO EVENTUAL** - Concepto _____ **45**
10. **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas _____ **48**
11. **EXTRADICIÓN** - Recurso de reposición: su interposición, no suspende el trámite de extradición _____ **53**
12. **FEMINICIDIO** - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprime por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género _____ **60**
13. **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo _____ **64**
14. **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Elementos _____ **67**
15. **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - No se configura: cuando el riesgo creado por el autor habría producido un efecto distinto, de no ser porque, un tercero genera otro riesgo o lo

<i>incrementa, con la entidad suficiente para desviar el curso causal original o para crear un nexo causal diverso</i>	72
16. INASISTENCIA ALIMENTARIA - <i>Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral</i>	77
17. INDÍGENA - <i>Pena: preferencia a sanciones diferentes al encarcelamiento, no procede cuando la prisión es la única sanción establecida en la ley</i>	80
18. INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - <i>Elementos</i>	86
19. POSICIÓN DE GARANTE - <i>La que surge de la competencia institucional</i>	89
20. PRESCRIPCIÓN - <i>Acción penal: finalidad</i>	92
21. SECUESTRO SIMPLE - <i>Consumación: es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción</i>	94
22. SENTENCIA - <i>Condenatoria: no aplica la teoría de la preponderancia</i>	99
23. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - <i>Es compatible con el procedimiento especial abreviado (ley 1826 de 2017) para conductas de menor lesividad</i>	103
24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Estipulaciones probatorias: características</i>	107
25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Nulidad: improcedencia cuando se invoca sobre un acto de parte</i>	111
26. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Reconstrucción de expediente: ley 906 de 2004: no prevé un mecanismo para realizarlo</i>	113





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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Segundo trimestre 2022

Abril a Junio 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. ABUSO DE CONFIANZA** - Delito de ejecución instantánea / **PRESCRIPCIÓN** - Delito iniciado o consumado en el exterior: aumento del término / **PRESCRIPCIÓN** - Abuso de confianza calificado y agravado / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Deben aparecer en la resolución de acusación tanto las genéricas como las específicas fáctica y jurídicamente / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo: que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: el arraigo no se demuestra con la sola enunciación del lugar de residencia del enjuiciado

confianza calificado y agravado, teniendo en cuenta el aumento del término dispuesto cuando la conducta inició o se consumó en el exterior; posteriormente, explicó la diferencia existente entre los punibles de hurto agravado por la confianza y de abuso de confianza, y finalmente, examinó la procedencia de los subrogados penales de suspensión condicional de la ejecución de la pena y de prisión domiciliaria, avalando la posición del *a quo* de negarlos.

SP1147-2022(60411) de 06/04/2022

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

La Corte se pronunció sobre los recursos de casación interpuestos por el apoderado de la parte civil y la Procuradora 353 Judicial II Penal de Barranquilla, contra la sentencia proferida por la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, que revocó la del Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a S.B.G.P. por el delito de abuso de confianza calificado y agravado.

La Sala de Casación Penal, casó la sentencia recurrida por los cargos contenidos en las demandas. En consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia, pero lo modificó redosificando la pena impuesta, por vulneración de los principios de congruencia y non bis in idem, porque la fiscalía acusó a S.B.G.P. por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, pero ninguna mención expresa hizo en punto a circunstancias de menor o mayor punibilidad, de manera que no podía el fallador inferirlas del sustrato fáctico.

En este caso, en primer lugar, analizó la figura de la prescripción respecto del delito de abuso de

RESUMEN DE LOS HECHOS

- S.B.G.P., fungió como rectora de la Universidad Autónoma del Caribe entre el 4 de noviembre de 2003 y el 6 de agosto de 2013.
- Entre noviembre y diciembre de 2006, A.E.S., nombrada asesora de marketing de la Uniautónoma, contactó a P.E.G.Q. y D.F.G.Z., propietario de una compañía, los que expusieron frente a la entonces rectora y otros directivos, un proyecto exclusivo y confidencial para la obtención de cuantiosos réditos en el extranjero, mediante la colocación de un capital inicial en bancos americanos o europeos que sería invertido por un operador financiero canadiense, identificado como T.F., en documentos representativos de deuda redimibles a mediano plazo.
- Dentro de esa opción de financiamiento, según los proponentes, se requería un millón de dólares estadounidenses (USD \$1.000.000) en una cuenta bancaria internacional, en

cualquiera de los bancos que integraban el Top 25 de mayor prestigio, listado también aportado por los expositores, dado que facilitaban plataformas de intercambio o “Trading”. La cuenta, según ellos, podía estar a nombre de la universidad o de alguno de sus directivos.

4. En esa reunión, supuestamente, se acordó que S.B.G.P. ofrecía sus cuentas personales, con el fin de realizar la inversión con mayor agilidad.

5. El 13 de febrero de 2007, el entonces director financiero de la Universidad Autónoma del Caribe, en ejercicio de sus facultades estatutarias, transfirió USD\$1.006.000 desde la cuenta corriente de la institución en el Banco de Crédito de Barranquilla con destino al Helm Bank de Miami, con lo cual se dio apertura a una cuenta corriente en esa misma sucursal. Movimiento que fue conocido por la rectoría, dado que se requirió su aval para ello.

6. Para la administración de esta cuenta en el exterior, el director financiero autorizó su firma, la del representante legal y la de S.B.G.P., como rectora del claustro educativo. Sólo ella realizó los trámites pertinentes ante el Helm Bank en Miami para disponer del mencionado producto financiero. La cuenta corriente en mención funcionaría bajo la modalidad de cuenta colectiva, esto es, cualquiera de las firmas autorizadas podía disponer de los recursos depositados, toda vez que no se exigía su concurrencia.

7. Encontrándose consignada la suma de un millón seis mil dólares estadounidenses (USD \$1.006.000) en la cuenta corriente que tiene la Universidad Autónoma del Caribe en el Helm Bank de Miami (Florida), la entonces rectora, S.B.G.P., prevalida de la autorización conferida a su firma, trasladó la suma de un millón de dólares estadounidenses (USD \$1.000.000) de dicha cuenta a una de su propiedad en el Wachovia Bank, también en Estados Unidos.

8. El mencionado traslado de divisas tuvo lugar el 20 de febrero de 2007, cuando G.P. libró un cheque a nombre del Helm Bank de Miami por ese valor y, a su vez el mismo banco expidió un cheque de gerencia a su favor, siendo entonces ese instrumento negociable o título valor el que la procesada depositó en su cuenta corriente personal, en el Wachovia Bank.

9. La rectora de la Uniautónoma comunicó a P.E.G.Q. y D.F.G.Z. que el proyecto de inversión había sido avalado por la entidad, de manera que contaba con el capital inicial que se requería para iniciar el proyecto, a fin de obtener recursos, a título de beneficios. Les informó que dicho capital

se lo había entregado la universidad en calidad de préstamo y que de ello tuvieron conocimiento los órganos colegiados de la casa de estudios.

10. Estando el capital depositado en la cuenta personal de G.P. en el Wachovia Bank, a finales del mes de agosto de 2007, fue transferido al banco Liechtensteinische Landesbank en Zurich (Suiza), donde se dio apertura de una cuenta a su nombre.

11. Lo anterior, según la procesada, dado que por gestiones del corredor internacional T.F., el 4 de agosto de 2007 celebró un contrato con una empresa dedicada al “trading”, que le exigió trasladar el capital al Liechtensteinische Landesbank, toda vez que, al parecer, la sociedad tenía sus movimientos de dinero en ese banco de Zürich.

12. Después de supuestas negociaciones infructuosas con la empresa en mención, S.B.G.P. transfirió el USD\$1.000.000 al HSBC de Hong Kong (China), en octubre de 2008, a una cuenta bancaria de propiedad de una entidad representada por T.F., pues según este operador existían mejores programas de inversión en China y las negociaciones serían más fáciles si el dinero estaba bajo su administración directa.

13. Finalmente, aunque se dice que el dinero fue invertido por el ciudadano canadiense en el arriendo de unos bonos históricos en México y Alemania, por intermedio de una fundación de éste, no brindó información concreta, alegando la confidencialidad de dichas negociaciones.

14. Por consiguiente, a la fecha no se tiene certeza sobre la existencia de T.F., a quien nadie ha visto ni conoce su ubicación concreta, ni se tiene noticia del millón de dólares estadounidenses (USD \$1.000.000) que, en febrero de 2007, S.B.G.P., como rectora de la Universidad Autónoma del Caribe, retiró de la cuenta de la institución educativa en Miami, gracias a que había sido autorizada con su firma para administrar dicho producto financiero.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Delito iniciado o consumado en el exterior: término a tener en cuenta / **ABUSO DE CONFIANZA** - Consumación / **ABUSO DE CONFIANZA** - Delito de ejecución instantánea / **ABUSO DE CONFIANZA** - Elementos / **PRESCRIPCIÓN** - Delito iniciado o consumado en el exterior: aumento del término / **PRESCRIPCIÓN** - Abuso de confianza calificado y agravado / **PRESCRIPCIÓN** - Evento en que prevalece sobre la sentencia absolutoria / **SENTENCIA ABSOLUTORIA** - Prevalencia frente a la prescripción

«[...]

De cara al escenario probatorio expuesto, conviene reiterar que esta Corte, de antaño, ha sostenido que la consumación del delito de abuso de confianza opera, como delito de ejecución instantánea, cuando el sujeto agente, a quien le ha sido confiada o entregada la cosa mueble ajena mediante un título precario, exterioriza el primer acto de apropiación o incorporación del objeto a su patrimonio.

[...]

De lo expuesto, colige la Sala que el ad quem incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad, por distorsión, por cuanto tergiversó la expresión objetiva de las pruebas reseñadas, en el sentido de aseverar que la acusada pudo estar en Colombia al momento de consumación del delito contra el patrimonio económico, siendo que la procesada relató, en injurada, que acudió a los bancos en Miami para obtener la expedición del cheque de gerencia y su posterior consignación en su cuenta personal, devenir ratificado por los extractos y demás certificados bancarios relacionados en precedencia.

Corolario de lo anterior, omitió aplicar el inciso 6° del artículo 83 original del Código Penal, contenido del incremento en la mitad del término prescriptivo cuando la conducta ha sido iniciada o consumada en el exterior.

Por consiguiente, la prescripción de la acción penal por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, objeto de acusación, aun no habría operado, si el máximo de la pena asciende a 9 años (artículo original 250, núm. 4° y 267, núm. 1° del Código Penal) y dicho guarismo se incrementa en la mitad por haber sido consumado el delito en el exterior (13 años, 6 meses). Luego, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el 23 de julio de 2015, se interrumpió el término para correr nuevamente, pero por la mitad del señalado en el artículo 83, que para el caso sería de 6 años y 9 meses, resultando así que dicho fenómeno extintivo operaría el 23 de abril de 2022, como lo advirtió el juez de primer grado.

Vale destacar, con ocasión del tema debatido, que el Tribunal también hizo una lectura equivocada de la postura jurisprudencial que esta Corporación ha sostenido en punto a la prelación de la absolución sobre la prescripción, pues si en gracia a discusión hubiese operado el fenómeno extintivo, lo procedente, en el caso concreto, habría sido declararlo.

En efecto, siendo la prescripción de la acción penal una institución de orden público, en virtud

de la cual, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento por el trascurso del tiempo, una vez cumplido el lapso establecido por el legislador para ello, debe el fallador declararla, pues obrar más allá de dicho límite, conlleva desconocer las formas propias del juicio, incluso cuando lo que se pretende es adoptar determinaciones que puedan favorecer al procesado, como la absolución.

Esta regla, en virtud de la cual advertido el fenómeno extintivo debe declararse, solo tiene dos excepciones: i) cuando la sentencia de segundo grado es absolutoria, siempre que el fundamento del reproche en sede de casación no sea la exoneración con que se benefició al encartado y, ii) en los eventos en que el procesado renuncia a la prescripción, en ejercicio de la prerrogativa que consagra el artículo 85 del C.P.

Conforme lo expuesto, refulge que el Tribunal no se encontraba bajo ninguno de los supuestos en mención. De manera que, si en efecto, había fenecido el plazo para adelantar la acción penal desde el 24 de julio de 2020, así lo debió reconocer en el fallo de segunda instancia.

[...]

ABUSO DE CONFIANZA - Consumación / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por distorsión: se configura / **ABUSO DE CONFIANZA** - Elementos: elemento normativo, que se le haya confiado / **ABUSO DE CONFIANZA** - Se configura

«[...]

Por consiguiente, la autorización de la firma constituyó el título o acto jurídico mediante el cual el titular de la cosa mueble, esto es, la Universidad Autónoma del Caribe, confirió un derecho precario a la procesada, cual era, la facultad de administración y disposición de la cuenta, sujeto a la obligación de destinar los recursos en procura de los objetivos institucionales del ente educativo, es decir, reconociendo el dominio ajeno. Existiendo, por ello, entre las partes un concurso real de voluntades, pues SBGP, por su parte, aceptó el encargo, cuando refrendó su firma personalmente en el Helm Bank de Miami.

De ahí que la relación entre GP y el dinero apropiado fue jurídica, pues el acceso a la suma en cuestión estuvo precedido por el aval de su firma como rectora, emanado del director financiero, quien estatutariamente estaba facultado para ello por la entidad, incluso, sin la previa consulta o aprobación de la Sala General o del Consejo Directivo, al punto que la encartada logró la emisión de un cheque de gerencia por

USD\$1.000.000, que luego depositó en su cuenta personal.

Sin que a dicha prerrogativa le fuese oponible la limitación estatutaria de que trata el artículo 36 del Acuerdo No. 231-01 del 5 de diciembre de 2003, pues aun cuando conforme a dicha normativa, la procesada solo podía ordenar gasto hasta por 59 s.m.l.m.v., es claro que la convalidación que la universidad le dispuso para administrar la cuenta bancaria en el Helm Bank de Miami en manera alguna estuvo sujeta a dicha cuantía, toda vez que la procesada logró retirar el millón de dólares sin requerir refrendación distinta a la conferida por su propia signatura. Si la entidad educativa hubiese tenido la intención de restringir el monto, habría advertido en ese sentido a la entidad bancaria, por medio del director financiero.

De ahí que el Tribunal haya incurrido en falso juicio de identidad por distorsión -no así en falso raciocinio-, pues pese a que OSM dijo que la universidad autorizó la firma de la acusada para administrar los recursos de la cuenta en Miami, es decir, del millón de dólares que habían sido transferidos para su creación, el ad quem le atribuyó al medio de prueba el entendido de que la procesada solo podía disponer de 59 s.m.l.m.v., siendo que en ningún momento el testigo adujo que la autorización impartida hubiese sido restringida en ese monto. En consecuencia, el fallador de segundo grado alteró el contenido material del referido medio de convicción, al punto que bajo esa errada valoración, concluyó que GP no sostuvo un vínculo jurídico con el dinero de la universidad en la cifra efectivamente apropiada, para descartar la existencia del título no traslativo de dominio y absolver a la sindicada.

Por tanto, como el ingrediente normativo característico del delito de abuso de confianza sí existió, el cargo propuesto por los censores tiene vocación de prosperidad».

ABUSO DE CONFIANZA - Configuración: requiere la realización de un acto externo de disposición sobre el bien mueble con ánimo de incorporarlo al patrimonio / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - Un suceso no puede ser y no ser a la vez / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - Se vulnera

«[...]

En ese orden de ideas, para la Corte, GP tomó USD\$1.000.000 de una cuenta en el exterior, de la Universidad Autónoma del Caribe, en ejercicio abusivo de la administración que le había sido conferida por la corporación sin ánimo de lucro,

para transferirlos a su cuenta personal, con el fin de invertirlos en la adquisición de papeles de deuda que, según PEG, AES y DFG, le reportarían ingresos astronómicos en corto tiempo.

Refuerza el anterior aserto que la encartada empleó sus cuentas personales para movilizar los fondos por medio de otras cuentas en bancos internacionales, aduciendo que provenían de su propio patrimonio, por lo que tenía plena disposición de ellos. Se insiste que estas decisiones no fueron puestas en consideración de la Sala General ni del Consejo Directivo, siendo tomadas de manera unilateral por la encartada.

De ahí que la supuesta exigencia de que existiera un proyecto de gran impacto social por parte la institución educativa para participar en el exclusivo y confidencial plan de inversión se advierta por la Sala como una apariencia para ocultar el verdadero interés de los intervinientes en la negociación, pues causa extrañeza que si el plan tenía como propósito obtener recursos para la modernización de la universidad, el rendimiento esperado se concretara en un mediano plazo de 10 años, siendo que la reestructuración era apremiante. Recuérdese que, según AES, el ente educativo se encontraba en etapa de acreditación para el 2007 y de acuerdo con PEGV, ya habían sido sancionados por la administración municipal debido a la ausencia de parqueaderos.

Es para la Sala evidente que la procesada, prevalida de la administración que le había sido conferida del patrimonio de la universidad, se apropió del capital inicial equivalente para la época a \$2.239.959.600 pesos colombianos, para ponerlo a entera disposición de quien ha sido identificado como TF, persona a la que jamás conoció personalmente y que le fue recomendado por DFGZ como un operador financiero canadiense. No obstante, dijo este último que no conoce los negocios que F ha llevado a cabo, dado que son confidenciales, pudiendo acotar, únicamente, que administra un supermercado.

Es más, demostrado está que SGP se apoderó del dinero, pues desde el 2007 a la fecha, han transcurrido más de 15 años sin que haya retornado los recursos, debidamente actualizados al cambio de la divisa, a su verdadero dueño, la Universidad Autónoma del Caribe. Y, si en gracia a discusión se admitiese que, en efecto, fueron invertidos en bonos históricos que aun no son exigibles, es claro que el negocio no estaba encaminado a beneficiar a la corporación educativa ni ésta prestó su aquiescencia en ello.

[..]

Por consiguiente, de cara a los cargos expuestos por los libelistas y que son objeto de análisis en este acápite, fuerza concluir que el ad quem incurrió en error de hecho por falso raciocinio, pues si la defensa sostuvo que SBGP fue autorizada por la Universidad Autónoma del Caribe para obtener créditos en la banca internacional, mientras que la Fiscalía adujo que ningún aval emitió la entidad en ese sentido -ni siquiera para llevar a cabo un proyecto de inversión con un capital de USD\$1.000.000-, el Tribunal desconoció el principio lógico de no contradicción al concluir que ambos supuestos eran ciertos, pues conforme a dicho precepto, dos juicios que entre sí se contradicen, no pueden ser verdaderos al mismo tiempo, en especial cuando la valoración crítica del acervo probatorio arrojaba que le asistía razón al ente investigador».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia / **NON BIS IN IDEM** - Se vulnera / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Deben aparecer en la resolución de acusación tanto las genéricas como las específicas fáctica y jurídicamente / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Imputación fáctica y jurídica en la acusación / **CASACIÓN OFICIOSA** - Variación de la calificación jurídica: redosificación de la pena / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Situación en la que se viola el principio de doble incriminación

«[...]

De cara a lo expuesto, surge palmario que el juez de primera instancia contravino los principios de congruencia y non bis in ídem. En primer lugar, porque la fiscalía acusó a SBGP por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, pero ninguna mención expresa hizo en punto a circunstancias de menor o mayor punibilidad, de manera que no podía el fallador inferirlas del sustrato fáctico.

[...]

En segundo lugar, el funcionario judicial desconoció la prohibición a la doble incriminación atendiendo a que ya el ente investigador había enrostrado a la procesada el haberse apropiado de bienes “destinados a la utilidad común”, como causal que califica el abuso de confianza, en atención a que la Universidad Autónoma del Caribe es una corporación sin ánimo de lucro dedicada a la educación, por tanto, no podía acudir al mismo supuesto para sustentar un mayor reproche en sede de punibilidad.

Dichos errores imponen a la Sala su corrección oficiosa, con fundamento en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, toda vez que la exclusión de circunstancias agravantes de la punibilidad implica ubicarse en el primer cuarto mínimo, en los términos del artículo 61 del C.P., lo que ciertamente incide en la pena a imponer.

En ese orden de ideas, por no existir circunstancias de mayor punibilidad, se acudirá al cuarto mínimo que comprende de 48 a 63 meses de prisión y multa de 40 a 217,55 s.m.l.m.v. Para respetar la proporción y las consideraciones expuestas por el fallador, la Sala fijara las penas en el máximo de los citados cuartos, esto es, 63 meses de prisión y multa de 217,5 s.m.l.m.v. La accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se establecerá por el mismo término de la privación de la libertad».

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo: que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: factores eliminados con la Ley 1709 de 2014 / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Arraigo: análisis (Ley 1709) / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: el arraigo no se demuestra con la sola enunciación del lugar de residencia del enjuiciado / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Improcedencia

«[...]con respecto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, advierte la Sala que se supera el factor objetivo de 3 años señalado en el numeral 1° del artículo 63 original del Código Penal, vigente para la consumación del delito, toda vez que la pena de prisión impuesta es de 63 meses, esto es, 5 años y 3 meses. Asimismo, se rebasa el límite introducido por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 63 original del C.P., de cuatro (4) años, motivo por el cual se descarta que esta disposición sea más favorable para la sentenciada.

Por consiguiente, el incumplimiento del factor objetivo dispuesto en la norma, tanto en su versión original como modificada, releva a esta Corporación de hacer mayores comentarios respecto de los demás requisitos establecidos para la procedencia del subrogado. No procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En punto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, el artículo 38 original del C.P, dispone como requisito para su procedencia que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

Bajo esa condición, en línea de principio, la condenada podría ser acreedora al sustituto, dado que la sentencia fue proferida respecto del delito de abuso calificado y agravado, cuya pena mínima, según los artículos 250 y 267 originales del C.P., es de 4 años, por ende, se cumple con el aspecto objetivo dado que no se supera el límite señalado en la norma, motivo por el cual es necesario establecer la satisfacción de los demás requisitos que concurren para su otorgamiento.

Señala el numeral 2° de la norma en cita que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permitan al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Al respecto, considera la Sala que el presupuesto subjetivo no se satisface, en atención a que la conducta punible cometida por la acusada revistió trascendencia social pues, aunque recayó sobre el bien jurídico del patrimonio económico de una entidad de carácter privado, es claro que los recursos estaban destinados a la consecución de un beneficio común, como lo es la educación superior, al punto que la apropiación revistió un detrimento significativo que ralentizó el progreso de la Universidad Autónoma del Caribe, en cuanto a la modernización de su planta educativa.

Además, no deja de sorprender que la encartada haya manifestado un demarcado desdén al momento de disponer de la muy alta y considerable suma, propiedad de la corporación, pues movida por la ambición de recibir cuantiosos beneficios a cambio de la inversión, poca importancia le mereció el bienestar de quienes conformaban la comunidad educativa, pese a que fue acogida en un cargo honorario por más de 10 años, como lo es la rectoría. Hechos que denotan un inadecuado desempeño personal y laboral.

Además, tal como lo destacó el a quo en acápite similar, la procesada también fue condenada como determinadora de soborno en actuación penal, en decisión del 24 de agosto de 2015, situación que sin duda permite inferir que su desempeño social no se ajusta al cumplimiento de las normas ni al respeto por las instituciones, de manera que implica un riesgo para la

comunidad, al punto que posible que reitere su comportamiento delictivo.

Por consiguiente, a la luz de los fines de la pena, resultaría necesario que la acusada purgue la sanción en establecimiento carcelario.

Ante este escenario, procede la Sala a constatar la procedibilidad del mecanismo sustitutivo al tenor de la reforma al instituto efectuada con la Ley 1709 de 2014, por medio del artículo 23, que adicionó el canon 38 B al Código Penal, por resultar más favorable en tanto no está sujeta a consideraciones de índole subjetivo, como las expuestas para negar la prisión domiciliaria en aplicación del artículo 38 en su versión original.

En efecto, se cumple el primer requisito previsto en el numeral 1° de la norma en cita, dado que la conducta punible por la cual se impuso sanción en la sentencia, abuso de confianza calificado y agravado, prevé una pena mínima de 4 años de prisión, es decir, que no rebasa el límite de 8 años dispuesto en la norma. Igualmente, se constata que la conducta punible en mención no está incluida en el listado del inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, en ninguna de sus modificaciones.

[...]

No obstante, advierte la Sala que más allá de lo expuesto, no obra elemento de convicción que permita establecer vínculo social, familiar, de comunidad, trabajo o actividad entre SBGP y la dirección mencionada, para concluir que allí la procesada decidió asentarse de manera permanente, al punto que ni siquiera conoce la Sala si el mencionado inmueble es de su propiedad o si reside con algún familiar, sin que el ente investigador o el defensor hayan realizado labor alguna por establecer este aspecto.

Sumado a ello, en el proceso no reposa información adicional para establecer con claridad si esa dirección corresponde al lugar donde la procesada tiene su arraigo actualmente, pues la sentencia condenatoria de primera instancia fue proferida hace más de dos años, la procesada recobró su libertad con ocasión del fallo de segunda instancia de manera inmediata e incondicional y las notificaciones han sido realizadas, desde ese momento, a su correo electrónico, desconociéndose sus actuales vínculos sociales, familiares y laborales.

En tal virtud, ante la falta de demostración del arraigo social y familiar de la acusada, la negativa a la prisión domiciliaria se mantiene, pero por los motivos que acaban de ser expuestos».

Inicio

2. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR -

Configuración: no basta demostrar que el sujeto pasivo padecía de discapacidad mental, sino que esa alteración le impidió comprender y consentir la relación / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Su protección no puede anular sus derechos, ni implicar discriminación / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Trastorno mental: no es una presunción de incapacidad total como la del menor de 14 años / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Tienen derecho a desarrollar su libertad sexual / **INIMPUTABILIDAD** - Determinación: constituye una categoría jurídica que corresponde al juez y no a los especialistas traídos al juicio por las partes / **ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Trastorno mental: es tema de prueba

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del condenado, en ambas instancias, como autor del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, la Sala estudió la categoría jurídica de la inimputabilidad; de igual manera, recordó que las personas que padecen algún trastorno mental pueden disponer válidamente de su propia sexualidad y analizó los límites probatorios de los dictámenes periciales en estos casos, con base en lo cual decidió no casar la sentencia impugnada por los cargos formulados en la demanda.

Sin embargo, casó parcialmente y de oficio, el fallo recurrido, dando aplicación al principio “in dubio pro reo”, al considerar que, en el presente caso, el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, se configuró, pero en su modalidad tentada, lo que implica una redosificación punitiva.

SP567-2022(52207) de 02/03/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la noche del 15 de junio de 2013, J.J.S.B., hombre adulto que para entonces tenía 23 años y se dedicaba a la panadería, concurrió

a una tienda ubicada en Ocaña, donde se encontraba también J.M.F.S., de 25 años, quien padece síndrome de Down y tiene marcadas dificultades en el uso del lenguaje verbal. El primero, tras comprar dos cervezas, llamó al segundo (con quien interactuaba ocasionalmente porque residían en el mismo barrio y sus familias se conocían) y se comunicó con él brevemente mediante gestos. Luego, uno y otro salieron del local con pocos segundos de separación.

2. De lo sucedido se percató la prima de J.M.F.S., quien, por considerar sospechosa la situación, resolvió seguirlo. En tal virtud, se dio cuenta de que ingresó a una casa de tres plantas que estaba en obra negra y pertenecía a la madre de J.J.S.B. Al frente de la edificación vio parqueada la motocicleta en la que este último solía transportarse.

3. Alertada, buscó a la hermana del ofendido, y le contó lo observado. Ésta, consecuentemente, se dirigió al inmueble y tocó la puerta. Tras algunos minutos abrió J.J.S.B. Estaba sin camisa y con la cremallera del pantalón abierta. En el tercer piso, y totalmente desnudo, se hallaba J.M.F.S., quien había sido sometido por el procesado a actos sexuales distintos del acceso carnal.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - Sujeto pasivo: persona que padezca trastorno mental, concepto / **INIMPUTABILIDAD** - Trastorno mental: transitorio o permanente, se puede predicar tanto del sujeto activo como del pasivo de la conducta / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Configuración: no basta demostrar que el sujeto pasivo padecía de discapacidad mental, sino que esa alteración le impidió comprender y consentir la relación / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Su protección no puede anular sus derechos, ni implicar discriminación / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Trastorno mental: no es una presunción de incapacidad total como la del menor de 14 años / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Tienen derecho a desarrollar su libertad sexual / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Los efectos de su discapacidad deben ser analizados caso a caso / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** -

Su discapacidad se puede asimilar a la figura de la inimputabilidad

El delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, definido en el artículo 210 del Código Penal, se configura cuando el agente realiza alguno de esos dos comportamientos sobre una persona en estado de inconciencia o incapacidad de resistir (supuestos sobre los cuales nada interesa considerar ahora), o bien, sobre un individuo que adolece de “trastorno mental”.

La Sala tiene dicho, con apoyo en jurisprudencia constitucional, que el trastorno mental es “una disfunción o anomalía mental” que generalmente “se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE o el DSM”, [...]:

[...]

Desde luego, tales apreciaciones han sido elaboradas por la Sala en alusión directa al artículo 33 del Código Penal, esto es, al concepto de trastorno mental pertinente para la comprensión de la inimputabilidad. Con todo, también ha precisado esta Corporación que tal noción tiene idéntico contenido cuando se refiere a la calificación especial del sujeto pasivo del ilícito mencionado:

[...]

De lo expuesto se sigue que la simple constatación del padecimiento de un trastorno mental no permite concluir, sin más, que quien lo sufre se encuentra en el supuesto calificante del sujeto pasivo exigido para la configuración del delito objeto de análisis.

Y ello es así, de una parte, porque los elementos del delito y las categorías del derecho penal, en tanto sistema regido por el principio de lesividad cuyo objeto es la tutela de intereses jurídicos, deben entenderse en términos sustanciales, no simplemente formales o nominales. En tal virtud, el padecimiento de un trastorno mental por quien participa de un intercambio sexual no puede provocar respuesta punitiva si esa afectación no significó que el mismo fue abusivo. Piénsese, por ejemplo, en quien sufre de trastorno bipolar y sostiene una relación erótica durante la eutimia. En tal evento mal podría tenerse como sujeto pasivo de la conducta punible ya referida, pues el trastorno, a pesar de estar comprobado, no habría incidido de ninguna manera en su capacidad de acceder libre e inteligentemente a la relación.

De otra, y desde una perspectiva constitucional, porque aceptar que la constatación objetiva de un

trastorno mental determina fatalmente la ilicitud de cualquier interacción erótica de quien lo sobrelleva supondría la negación de su dimensión sexual, lo cual implica nada menos que su deshumanización.

Es que para la comprensión del delito de que trata el artículo 210 del Código Penal debe partirse de la premisa, irrefutable en un Estado constitucional liberal, laico y respetuoso de la dignidad humana, de que, en principio, todas las personas son libres y autónomas para disponer de su sexualidad como a bien lo tengan - o de no hacerlo - y en ello no pueden, por regla general, interferir los poderes públicos. La criminalización de las interacciones eróticas sólo es legítima cuando en aquellas hay ausencia absoluta de consentimiento (como sucede con las agresiones violentas o las perpetradas contra personas inconscientes o incapaces de resistir) o cuando, existiendo el consentimiento, éste no resulta válido, bien sea por la edad de quien lo emite (según ocurre con los delitos abusivos o con la explotación sexual de menores de dieciocho años), por las condiciones contextuales en que lo profiere (esto es, en entornos de coacción o similares, de acuerdo con el artículo 212A de Código Penal) o por la incapacidad intelectual de consentir en un caso determinado.

En todo caso, debe resaltarse que, contrario a lo que sucede con los menores de catorce años y con las personas que se encuentran en contextos de coacción - respecto de los cuales la ley presume de derecho la invalidez de cualquier acto de disposición sexual -, el orden jurídico no presume, ni podría presumir, que la existencia de un trastorno mental conlleve la invalidez del consentimiento sobre el propio erotismo. De ahí que la Sala haya mantenido que “asumir a priori que cualquier discapacidad mental impide tomar decisiones en el ámbito sexual trasgrede los lineamientos de la Ley Estatutaria 1618 de 2013... claramente orientada a la inclusión y al desarrollo integral de quienes tienen dicha condición” y, por ello mismo, que en asuntos como el presente “el Estado debe obrar con especial cuidado, para lograr un punto de equilibrio entre la protección que debe brindársele a las personas vulnerables y la evitación de intromisiones inadecuadas en su vida privada” . Es que “la esencia del injusto... reposa... en la trasgresión de las condiciones normales en las que (el sujeto pasivo) puede dar su aquiescencia para la (interacción sexual)”.

[...]

De acuerdo con los lineamientos esbozados, debe insistirse en que la simple comprobación de un trastorno mental no puede dar lugar a afirmar

que quien lo sufre no puede disponer válidamente de su propia sexualidad. En tal virtud, la comprensión de fenómenos delictivos como el acá investigado debe partir de tal reconocimiento y, desde luego, efectuarse con sustracción de estereotipos persistentes sobre la dimensión erótica de las personas con discapacidad, por ejemplo, que “son siempre objeto de abuso” porque no pueden “entablar una genuina relación de atracción y respeto mutuo”, o bien, que “son como niños”, con lo cual se les niega “la condición de personas sexuadas (y) se visualiza como perverso cualquier acercamiento a la sexualidad”.

INIMPUTABILIDAD - Determinación: constituye una categoría jurídica que corresponde al juez y no a los especialistas traídos al juicio por las partes / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, prohibición de elevar juicios de responsabilidad o sobre elementos del tipo / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, puede conceptuar sobre la capacidad mental de la víctima al momento del hecho / **ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Trastorno mental: es tema de prueba / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, puede conceptuar sobre la capacidad mental de la víctima al momento del hecho, no obliga al juez quien debe valorar en conjunto las pruebas

[...] Es al funcionario judicial a quien corresponde, al evaluar la capacidad de culpabilidad del procesado, esclarecer si éste, no obstante sufrir de un trastorno mental, pudo, al momento de los hechos, comprender la ilicitud de su comportamiento y, de ser así, guiarse por esa comprensión. En tales condiciones, la prueba pericial debe estar limitada a la acreditación de la existencia del trastorno y no puede extenderse, por virtud del expreso mandato legal reseñado, al juicio normativo de inimputabilidad, el cual es competencia exclusiva del juez.

En similar sentido, se ha afirmado que la simple constatación de un trastorno mental no basta para afirmar que quien lo adolece está en incapacidad de emitir consentimiento válido sobre su sexualidad; se requiere, se itera, la verificación de que el padecimiento incidió sustancialmente en dicha facultad en el caso concreto. Es decir, para establecer si un individuo reúne la cualificación especial del sujeto pasivo señalada en el artículo 210 del Código Penal debe agotarse un análisis análogo al de la inimputabilidad: por una parte, ha de constatar la existencia del trastorno mental; por otra, que ese trastorno le impidió efectiva o materialmente emitir un consentimiento válido al intercambio sexual.

En esas condiciones, podría en principio sostenerse que, en aplicación analógica del artículo 421 de la Ley 906 de 2004, el perito tampoco puede pronunciarse sobre la capacidad de la víctima para consentir, y que su participación en el juzgamiento debe estar limitada a la comprobación técnica del trastorno mental que padece.

Tal postura, sin embargo, no puede admitirse.

La razón de la proscripción que tienen los peritos de conceptuar sobre la capacidad de culpabilidad del procesado es que, en tanto ello constituye un elemento de la responsabilidad penal, su afirmación o negación únicamente le está permitida a quien administra justicia. En palabras de la Sala, “la inimputabilidad es una categoría jurídica que le corresponde determinarla al juez encargado de decidir el asunto y no a los especialistas traídos al juicio por las partes”. Igual sucede con la tipicidad y la antijuridicidad. Los hechos jurídicamente relevantes son, obviamente, tema de prueba y sobre su ocurrencia o no ocurrencia pueden y deben pronunciarse los medios de prueba, pero el juicio de tipicidad, es decir, la valoración normativa de si esos hechos se subsumen o no en una descripción típica, compete exclusivamente al juez y ningún perito podría opinar en uno u otro sentido. A su vez, los presupuestos fácticos de la antijuridicidad han de demostrarse, pero el discernimiento de si el hecho típico menoscabó o amenazó el bien jurídico, en tanto juicio normativo sobre uno de los elementos de la responsabilidad, sólo puede adelantarlo el funcionario judicial.

En cambio, la incapacidad de consentir al intercambio sexual derivada de un trastorno mental es un hecho - no un elemento de la responsabilidad penal - que integra una descripción típica como circunstancia calificadora del sujeto pasivo y, en tal virtud, es tema de prueba en los procesos adelantados por la posible comisión del delito analizado. Nada obsta, pues, para que el perito conceptúe al respecto. Desde luego, ello no significa que el juez quede necesariamente vinculado por lo que sobre el particular dictaminen los expertos o deba acoger su dicho irreflexivamente. Como sucede con cualquier otra prueba, le corresponderá establecer su mérito conforme los criterios de valoración individual y conjunta fijados en el Código de Procedimiento Penal.

PRUEBA PERICIAL - Finalidad: brindar al Juez conocimientos científicos o técnicos, necesarios para resolver el juicio / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: apreciación probatoria / **PRUEBA**

PERICIAL - Dictamen de psicología: sobre trastorno mental, de la víctima

[...] en el juicio se presentó información técnica contradictoria sobre la cuestión de qué tan afectada estuvo la capacidad de FS para consentir. Según la doctora PP, aquél tiene las facultades mentales de un adolescente de catorce años, lo cual lo ubica en un espectro de desarrollo cognitivo en el que habría estado plenamente capacitado para emitir una aquiescencia válida. Esa apreciación fue de cierta manera ratificada por el experto de la defensa, quien aseguró que la afectación mental de JMF es apenas moderada. En contraste, la psicóloga GG conceptuó que éste sí tiene una afectación cognitiva suficientemente profunda para concluir que no pudo haber consentido al hecho investigado.

Pues bien, aunque las instancias, como ya se dijo, pasaron por alto la ponderación que ese escenario probatorio les imponía, la Sala advierte que la omisión es intrascendente por cuanto de todos modos atinaron en la conclusión.

En efecto, lo primero que se advierte es que la doctora FPP manifestó ser médico general, de manera que carece de cualificaciones académicas especializadas para la comprensión y el diagnóstico de discapacidades mentales. Ello enerva de entrada su mérito suasorio, el cual, conforme el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, depende, entre otros factores, de “la idoneidad técnico-científica... del perito”. [...]

En todo caso, debe recordarse que el valor demostrativo de la pericia está condicionado en buena medida a que quien la elabora “explique suficientemente la base “técnico-científica” de su opinión”. Como el juez no es conocedor de la ciencia o técnica de que trata el dictamen, le es imposible discernir el acierto de la conclusión por sí misma. Únicamente puede ponderarlo a partir de la exposición que el experto provea de sus fundamentos y la doctora PP no ofreció ninguna.

Tampoco puede acogerse la postura del perito psicólogo de la defensa en cuanto a que la afectación cognitiva de FS es apenas moderada, con lo cual le atribuyó, así no lo haya señalado expresamente, la capacidad de consentir la interacción sexual acá juzgada.

Aunque aquél sí acreditó su “idoneidad técnico-científica” para conceptuar al respecto (dijo ser “docente y perito psicólogo”, especialista en “terapia del comportamiento” y haber recibido “capacitaciones en el tema del peritaje psicológico y en la atención pericial... en el campo psicológico forense”, así como tener más de diez años de experiencia), su opinión no tiene mayor mérito

porque nunca evaluó, entrevistó o conoció al ofendido. Su juicio se sustentó exclusivamente en la revisión de las entrevistas e informes elaborados por los expertos de la Fiscalía, de modo que el dictamen, al igual que el precedente, carece de base fáctica atendible.

Distinto sucede con la opinión pericial rendida por la psicóloga del I.N.M.L., CGG. De una parte, porque certificó suficientemente su idoneidad profesional; dio cuenta de que es psicóloga especialista en psicología clínica y desarrollo infantil y ha laborado durante varios lustros en entidades públicas y privadas desarrollando labores relacionadas con, entre otras cosas, “diagnósticos en salud mental” y “salud sexual y reproductiva”. De otra, y principalmente, porque para elaborar su dictamen no se apoyó sólo en la revisión de los antecedentes médicos, personales y familiares del ofendido, sino también en la valoración que personal y directamente hizo de sus competencias cognitivas y comunicativas en el curso de una entrevista de seis horas, así:

[...]

Además, explicó ampliamente los fundamentos de su apreciación, relacionando su conclusión (esto es, que FS “no logra entender (el) trasfondo sexual” de los hechos”) con (i) la ausencia de escolaridad ordinaria o especializada recibidas por aquél en el curso de su infancia y juventud; (ii) la detección tardía de su padecimiento por parte de su familia; (iii) las características e implicaciones médicas de la trisomía veintiuno; (iv) la observación directa de su comportamiento; (v) la verificación de que habría participado en los hechos en “una postura totalmente sumisa, totalmente pasiva”; (vi) su imposibilidad de ubicar cronológicamente los eventos de su vida; (vii) la constatación de que no tiene pensamiento abstracto sino concreto, y; (viii) la advertida inviabilidad de realizarle un interrogatorio adecuado y una prueba psicométrica.

En esas condiciones, es claro para la Sala que la experticia rendida por CGG, a diferencia de las ya analizadas, sí aparece revestida de poder demostrativo y debe privilegiarse sobre aquéllas. Se trata de un elemento de conocimiento técnico que, por reunir características de idoneidad, suficiencia y claridad, permite dar por demostrado que el trastorno mental de JMFS afecta sustancialmente sus capacidades cognitivas y le impidió emitir un consentimiento válido sobre el hecho objeto de este proceso.

INDICIO - Inferencia lógica: Indebidamente construida / **INDICIO** - Inferencia lógica: indebidamente construida, no es trascendente

Lo que sí se probó es que JM, a pesar de sus limitaciones en el uso del lenguaje verbal, puede darse a entender, no sólo mediante gestos, sino también a través de algunas palabras. De ello dieron cuenta ampliamente sus familiares y también la psicóloga CGG, quien aseveró lo siguiente:

“Él es un ser humano que tiene también habilidades sociales... responde a su manera, se hace entender, se comunica, no podemos decir que tiene un lenguaje verbal normal, de hecho, es una de sus más grandes dificultades, pero se comunica, es un sujeto que se comunica, que se hace entender”.

Así las cosas, ningún yerro subyace a la conclusión del Tribunal según la cual JJSB y JMFS pudieron sostener alguna suerte de interlocución antes de la ocurrencia de los hechos.

Mención aparte merecen las inferencias elaboradas por el Tribunal a partir de ese hecho indicador, así la inconformidad del actor haya estado dirigida únicamente a la acreditación probatoria este último. Según la Corporación, la constatación de que FS y SB sostuvieron comunicación indica que (i) la presencia del primero en el lugar de los hechos fue determinada por esa interacción y, por ende, (ii) el segundo “perseguía fines libidinosos”.

La primera deducción es válida. Visto que JMFS abandonó la tienda y se dirigió a la casa donde sucedieron los hechos pocos segundos después de comunicarse con SB, y teniendo en cuenta que también éste acudió a ese lugar en los instantes inmediatamente siguientes a dicha interacción, es razonable inferir que el intercambio gestual o verbal que se produjo entre ellos fue un antecedente relevante de la presencia de uno y otro en tal edificación. Ello se hace especialmente claro al verificarse, a partir del testimonio de MEB, que JM no interactuó con nadie más (salvo con ella misma cuando le dijo “chao, Ayu”) entre el momento en que se comunicó con el acusado y su llegada a la edificación donde fue encontrado, de manera que no existe la posibilidad de que el ofendido se haya desplazado hasta ese sitio motivado por un tercero.

En cambio, la segunda inferencia es equivocada porque contraviene la sana crítica.

De la constatación de que JSB y FS tuvieron interlocución antes de encontrarse en el inmueble no se sigue, bajo ninguna regla empírica, científica o lógica, que el primero “perseguía fines libidinosos”. Ese hecho, cuando menos ponderado aisladamente, nada revela sobre la posible concurrencia de un ánimo erótico

en el procesado. Sin embargo, como quedará explicado más adelante (§ 4.4), el yerro no es trascendente porque no enerva las bases probatorias de la condena.

[...]

Contrario a lo afirmado por el Procurador que intervino en esta sede, los hechos indicadores probados en el juicio, incluso luego de corregidos los errores del ad quem, permiten deducir de manera razonable y más allá de toda duda que en el día y lugar de los hechos se produjo entre JJSB y JMFS alguna actividad sexual. Ésta, por las razones ya explicadas (§ 2), fue abusiva.

Así se sigue de (i) la presencia del acusado y la víctima en una vivienda deshabitada y oscura, con la puerta cerrada, en estado de desnudez parcial y total, respectivamente; (ii) la conducta evasiva que, al ser descubierto, asumió el procesado, específicamente en cuanto negó que JM estuviese en ese sitio; (iii) la comunicación entre ellos que precedió su traslado hasta el inmueble, y; (iv) el lapso de varios minutos transcurrido entre el requerimiento de CFC para que le abrieran la puerta y el momento en que el acusado efectivamente le permitió el acceso.

IN DUBIO PRO REO - Principio de determinación alternativa u optativa: concepto / **IN DUBIO PRO REO** - Principio de determinación alternativa u optativa: aplicación / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Tentativa: modalidad de acto sexual abusivo / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Se configura: tentativa / **CASACIÓN OFICIOSA** - Principio de legalidad

[...], es claro que la Fiscalía, por los déficits de actividad probatoria ya mencionados (§ 4.2), no demostró cuál fue esa interacción sexual abusiva, es decir, en qué consistió el abuso. En otras palabras, aunque está comprobada más allá de toda duda la ocurrencia de la conducta sexual genérica (entendida la expresión en lógica taxonómica), la Fiscalía no aportó probatoriamente información suficiente para discernir cuál fue la conducta sexual específica realizada por el enjuiciado. Sólo puede descartarse que F.S. fuese penetrado analmente por aquél, pues así lo indica el informe sexológico respectivo.

Tal escenario impediría la condena si existiese cuando menos una hipótesis específica derivada de la comprobación de la conducta genérica que careciese de connotación delictiva. Pero como todas ellas se subsumen en la descripción típica del artículo 210 del Código Penal, corresponde acudir al principio de determinación alternativa

u optativa, cuya aplicabilidad al orden jurídico nacional ya ha sido admitida por la Sala, y conforme el cual “en casos de certeza de la comisión de un determinado delito, pero de dudas sobre su modalidad o especialidad, debe optarse por la solución más favorable”. Las instancias pasaron por alto el problema y, como consecuencia de ello, dejaron de emitir condena por la especie típica más benigna, que lo es la de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, pero en grado de tentativa.

El Tribunal, ante la postulación que en ese sentido elevó el Ministerio Público en condición de no recurrente, examinó tal alternativa, pero la descartó con el argumento de que “la conducta típica de acto sexual abusivo es... de mera conducta, por lo que no admite el dispositivo amplificador”. La Sala no comparte esa postura. Al margen de las dificultades probatorias que ello pueda conllevar, no existe ninguna razón de orden teórico para negar la tentativa del delito de actos sexuales abusivos, y en este caso tendrá que ser esa, en aplicación del ya mencionado principio de determinación alternativa u optativa, la conducta por la cual se profiera condena porque - se insiste - es la especie más favorable entre todas las que se subsumen en el comportamiento abusivo genérico que se demostró más allá de toda duda.

Lo anterior impone casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada para, en su lugar, condenar a JJSB por el delito que se le imputó, pero en la modalidad tentada. La pena habrá de reajustarse consecuentemente.

CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación de la pena: caso en que se condena en grado de tentativa / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL**

ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - Dosificación punitiva: tentativa

El segundo inciso del artículo 210 del Código Penal reprime el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir con pena de 8 a 16 años de prisión. Esos límites punitivos deben reducirse conforme el artículo 27 ibidem, según el cual quien “iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo”.

CASACIÓN - Sentencia: la Sala no casa el fallo por los cargos formulados, pero casa parcialmente y de oficio / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Tentativa: modalidad de acto sexual abusivo / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Se configura: tentativa

En síntesis, (i) se demostró más allá de toda duda que JJSB sometió a JMFS a un intercambio sexual; (ii) tal interacción fue abusiva porque este último, como consecuencia de la condición mental que padece, no pudo consentir válidamente al mismo; (iii) como las pruebas aportadas por la Fiscalía no permiten discernir en qué consistió la conducta abusiva genérica, debe acudirse al principio de determinación alternativa u optativa, el cual impone la condena por la especie típica más benigna, que es la de acto sexual abusivo con incapaz de resistir en la modalidad tentada; (iv) en esos términos, por ende, se casará parcialmente y de oficio la sentencia impugnada.

Inicio

3. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR -

No contempla la acción de ejecutar actos sexuales en presencia de la víctima / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

La Sala de Casación Penal casó de oficio la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la del Juzgado

49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, que declaró penalmente responsable a G.M., como autor del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, en concurso homogéneo; porque incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 209 ibidem, razón por la que declaró que, el delito por el cual será condenado G.M. es el de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

No obstante, en atención a la prohibición de reforma peyorativa, la Corte determinó que, la pena que en definitiva deberá purgar el condenado corresponde a la que impuso el

juzgado de primer grado, pese a ser inferior a la que legalmente le correspondería.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala analizó, en primer lugar, el tipo penal contenido en el artículo 210 del Código Penal y explicó las razones por las cuales esta norma no tipifica la conducta por la que aquí se procede, luego disertó sobre cuál es el delito que se encuadra típicamente a la conducta investigada en aplicación del principio de estricta tipicidad incluyendo el estudio sobre la legalidad en la aplicación de la agravante contenida en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal y la necesaria referencia al principio de congruencia, para, finalmente, adentrarse en la revisión de la pena a imponer de conformidad con los principios de congruencia, prohibición de reforma en peor y los derechos de las víctimas a no ser revictimizadas.

SP1492-2022(47319) de 04/05/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

Durante el año 2012, G.M., docente del grupo de Habilidades Especiales 5 del Centro de Atención C.M. de Bogotá, que presta el servicio de educación a niños con discapacidad cognoscitiva, realizó accesos carnales sobre el menor J.A.G.C., en presencia de otros dos de sus alumnos, J.A.R.C. y N.R.G., ambos de trece años de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - Sujeto activo: indeterminado / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Elementos: verbo rector, acceder carnalmente o cometer actos sexuales / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Sujeto pasivo: persona que padezca trastorno mental / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - No contempla la acción de ejecutar actos sexuales en presencia de la víctima

«[...]

Como se puede observar, dentro de los verbos rectores que describe la norma no se encuentra el de ejecutar actos sexuales en presencia de la víctima, lo que necesariamente conduce a concluir que no fue el tipo penal seleccionado el

que tipifica la conducta que el profesor G.M. cometió sobre los menores de 14 años J.A.R.C y N.R.G, lo que a su vez obliga a la Sala a seleccionar, sin violar el principio de congruencia -como se explicará más adelante-, la norma penal que se adecúe correctamente al comportamiento materia de juzgamiento».

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida: se configura / **TIPICIDAD** - Proceso de adecuación típica / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: por el carácter, posición o cargo / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: se configura

«En tal virtud y en lo que a la solución del caso interesa, se constata la configuración de una violación directa de la ley sustancial (artículo 181 núm. 1 del Código de Procedimiento Penal) por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal lo que, a su vez, condujo a la falta de aplicación del artículo 209 ibidem como la norma que recoge todos los componentes fácticos o hechos jurídicamente relevantes de la conducta que el profesor G.M. cometió sobre los menores J.A.R.C. y N.R.G., pues se trata de dos menores de 13 años de edad que fueron sometidos a presenciar los accesos carnales que aquél reconoció haber ejecutado sobre otro de sus alumnos, el menor J.A.G.C.

Junto con el tipo penal base, concurre la agravante contenida en el numeral 2 del Código Penal -que le fue atribuida desde la imputación-, pues G.M. era el docente de J.A.R.C. y N.R.G. y, como es apenas obvio, esa posición le generaba una importante autoridad sobre los menores, además de que los impulsaba a depositar en él su confianza. [...]

En ese orden, la calificación jurídica a la cual corresponde la conducta atribuida a G.M., en aplicación irrestricta al principio de legalidad y sin que su variación menoscabe el principio de congruencia -como pasará a explicarse-, es la de autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo (pues fueron dos las víctimas), de conformidad con los artículos 209 y 211 numeral 2 del Código Penal y no la de acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir agravada en concurso homogéneo imputada en la acusación».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

/ **CASACIÓN OFICIOSA** - Principio de non reformatio in pejus

«[...]

La variación de la calificación jurídica que se ha dejado motivada no afecta los derechos y garantías del procesado porque, en primer lugar, la congruencia fáctica permanece inalterada, [...]

Es decir, desde los albores de este proceso siempre se le atribuyó al profesor G.M. la conducta de cometer actos sexuales sobre el menor J.A.G.C. en presencia de los menores de trece años N.R.G y J.A.R.C, quienes padecían una discapacidad cognitiva, eran sus alumnos en la institución educativa «Centro de Atención [...]» y estaban bajo su cuidado.

En segundo lugar, el delito por el que se está haciendo el cambio de calificación, esto es, el de actos sexuales con menor de catorce años contempla una pena máxima inferior que la del delito originalmente atribuido (acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir), pues mientras este fija un límite punitivo máximo de 16 años, aquél contempla como extremo más alto el de 13 años de prisión. Luego, si se hiciera el cálculo correspondiente para establecer los cuartos en los que se habrían que dividir ambas penas, es claro que el ámbito de movilidad para el delito contemplado en el artículo 210 del Código Penal es más alto que el correspondiente al tipo penal descrito en el artículo 209 ibidem y por lo tanto éste resulta más beneficioso.

Con todo, no puede perderse de vista que la pena mínima para el delito de actos sexuales con menor de catorce años (9 años) es mayor a la del delito de acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (8 años), guarismo del que partió el juez de primera instancia para luego

efectuar los incrementos correspondientes a la circunstancia de agravación punitiva y al concurso homogéneo de conductas punibles, motivo por el cual, en estricta observancia del principio de prohibición de reforma peyorativa para el apelante único, dicho monto deberá permanecer incólume, sin que la variación de calificación jurídica por un delito de la misma especie, cuya descripción típica se adecúa en todos sus componentes a los hechos atribuidos al acusado desde la formulación de la imputación implique menoscabo alguno a las garantías fundamentales de los sujetos procesales e intervinientes.

En ese estado de cosas, se casará oficiosamente la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá porque incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 209 ibidem, lo que conduce a que, por virtud del principio de estricta tipicidad, se declare que el delito por el cual será condenado G.M. es el de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo y que, en atención a la prohibición de reforma peyorativa, la pena que en definitiva deberá purgar corresponde a la que impuso el juzgado de primer grado, la cual, pese a ser inferior a la que legalmente le correspondería, deberá permanecer incólume.

[...]».

Inicio

- 4. CASACIÓN OFICIOSA** - Dosificación punitiva: favorabilidad / **EXTORSIÓN** - Agravada: dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Favorabilidad: Decreto Ley 100 de 1980 y Ley 599 de 2000 / **CÓDIGO PENAL** - Vigencia: el Decreto 100 de 1980, la tuvo hasta julio de 2001 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación retroactiva de la ley penal: aun cuando sea posterior al tiempo en el que se cometió el delito / **PRESCRIPCIÓN** - Favorabilidad: Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000

Al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Yopal, la Sala de Casación

Penal, de oficio, casó parcialmente la decisión, en el sentido de redosificar la pena definitiva, al considerar que, al tener en cuenta la ley vigente al momento de los hechos, sin atender los desarrollos y las modificaciones legales en torno a la conducta punible de extorsión, los jueces de instancia trasgredieron de manera directa la ley, por falta de aplicación de la preceptiva benéfica al acusado e indebida aplicación de aquella que hacía más gravosa su situación.

De igual manera, en relación con el delito de tentativa de extorsión agravada, consideró que, por favorabilidad, procedía adecuar el comportamiento del acusado a los artículos 244 y 245 de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 5° y 6° de la Ley 733 de 2002 y, en forma adicional, los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, teniendo en cuenta que la acción penal por

el delito referido prescribió antes de la ejecutoria de la resolución de acusación.

SP568-2022(60207) de 02/03/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El ciudadano L.A.R. denunció ante la Fiscalía, que miembros de las autodefensas comandadas por V.C., lo desplazaron de su finca, ubicada en el municipio de Trinidad en el departamento de Casanare. Según se estableció, fue víctima constante de extorsión y se vio forzado a pagar cerca de 180 millones de pesos para que no atentaran contra su vida, la de sus familiares y de los trabajadores del predio, dinero que pagó hasta mediados del año 2000.

2. Para atender las ilegales exigencias tuvo la víctima incluso que enajenar un fundo, viendo cada vez más disminuido su patrimonio. Por esa época arreciaron las amenazas de muerte de parte de los paramilitares, tanto que, en una oportunidad, llegaron a la finca varios hombres preguntando por él, los trabajadores indicaron que se hallaba en Yopal y los ilegales prendieron fuego a los muebles, enseres y todo objeto personal del señor L.A.R., arrojaron también una granada dentro de la casa.

3. El afectado ya no tuvo como cumplir las ilegales exigencias de manera que tampoco pudo regresar a su finca. Ante esta situación, un grupo de 50 ilegales, aduciendo incumplimiento en los pagos extorsivos, tomaron posesión de la finca, corrieron a los trabajadores, dieron plazo a los terceros que alimentaban allí su ganado para que lo retiraran, y pasaron a ocupar la finca.

4. Comenzando el año siguiente las autodefensas le exigieron a la víctima la venta del predio e incluso le indicaron el nombre de las personas a quienes debía enajenarles, con quienes se suscribió la escritura respectiva el 6 de junio de 2001.

5. Con ocasión de su forzado desplazamiento y la incesante persecución de los paramilitares, la víctima y su familia se vieron obligados a residir en distintos lugares del país y, finalmente, abandonarlo para refugiarse en Bolivia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL - Formas: a través de la indagatoria o declaración de persona ausente / **INDAGATORIA** - Medio de defensa y de prueba / **INDAGATORIA** - Citación: no es necesaria cuando procede por un delito en que hay que definir situación jurídica

El diseño procedimental de la Ley 600 de 2000, establece dos formas legales de vinculación al proceso: la primera, escuchando al indiciado en indagatoria y, la segunda, declarándolo persona ausente (art. 332). Regula, de igual modo, que el funcionario judicial recibirá en indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe de la infracción penal (art. 333).

La indagatoria, en su doble carácter de medio de defensa y medio de prueba, se erige como derecho del sindicado, quien puede solicitarla en cuanto tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra (art. 334).

El funcionario judicial, por su parte, debe citar en forma personal al implicado a indagatoria, para lo cual se adelantarán las diligencias necesarias, dejando las constancias correspondientes en el expediente, aunque si la instrucción cursa por delitos frente a los cuales procede resolver situación jurídica, puede prescindir de la citación y librar orden de captura contra el requerido (art. 336).

[...]

La jurisprudencia de la Corte reconoce que adelantar el proceso con la vinculación del sindicado en calidad de persona ausente, resta sus posibilidades de defensa en cuanto se ignoran las explicaciones que acerca de la conducta que se le imputa pueda suministrar, dificultándose de esta manera la labor defensiva de sus representantes judiciales. Sin embargo, reitera, tal posibilidad se halla prevista en la legislación colombiana, y resulta constitucional cuando esa medida extrema obedece a la imposibilidad de ubicar al implicado o a su postura renuente y es él quien determina que así evolucione la instrucción o el juzgamiento. En caso contrario, en ausencia de ese mecanismo, el Estado perdería la oportunidad de ejercer la acción penal en eventos como los advertidos.

El proveído mediante la cual se declaró persona ausente al procesado en el asunto bajo examen, satisface los requisitos formales y sustanciales que, según la ley, tornan viable esa forma alterna de vinculación al proceso. En efecto, la resolución de sustanciación del 31 de mayo de 2013, fue

expedida por el fiscal instructor varios meses después de haber ordenado la captura de N.V.G. para escucharlo en indagatoria por la comisión de delitos de extorsión agravada y desplazamiento forzado, conductas frente a las cuales procede la detención preventiva como medida única de aseguramiento considerada en la Ley 600 de 2000.

La resolución se dictó en consideración a que la persona, plenamente identificada, en contra de quien se libró orden de captura con fines de indagatoria, no fue ubicada por las autoridades de policía encargadas de ejecutar el mandato de aprehensión. Dispuso, por tal razón, vincularla de esa manera al proceso, con ocasión de los hechos allí descritos, expuestos por el denunciante [...]

De igual modo, el proveído mencionado atendió los precedentes jurisprudenciales que destacan la legalidad y validez de la vinculación residual o supletoria al proceso como persona ausente, cuando no haya sido posible hacer comparecer al trámite al imputado luego de agotar las opciones razonablemente viables según la información de que se dispone, y se concluya en la imposibilidad de localizarlo, o que a pesar de haber sido informado de la existencia del proceso, el investigado se ubicó en rebeldía frente a los requerimientos de la administración de justicia, marginándose voluntariamente del desarrollo procesal.

NULIDAD - Defensa técnica: el recurrente debe explicar la trascendencia de los yerros atribuibles al anterior defensor / **DEFENSA TÉCNICA** - Nuevo apoderado no puede argumentar la violación a este derecho por disparidad de criterios con anterior apoderado / **DEFENSA TÉCNICA** - Procesado ausente / **NULIDAD** - Defensa técnica: es necesario acreditar que el resultado dañoso para el procesado proviene de abandono, negligencia o manifiesta contrariedad con la *lex artis* del abogado / **NULIDAD** - Principio de trascendencia: la censura ha de poner de manifiesto cómo la subsanación del error conduciría a variar el sentido de la decisión

[...] la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que, los cuestionamientos que en sede de casación se realizan a la estrategia y la actividad emprendida por el letrado que ejerció la defensa en las instancias, o que no logró mejores resultados de cara a la situación del sentenciado, son insuficientes para fundar eventuales trasgresiones a sus garantías fundamentales y, en particular, del derecho a una adecuada representación técnica, pues, según tiene decantado, el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado y porque el

ordenamiento le asegura al profesional del derecho autonomía y libertad en la escogencia de la técnica o estrategia a adoptar, entre las múltiples alternativas posibles de ser planteadas en el curso de la actuación procesal, de manera que no le impone al abogado derroteros a seguir en el curso de la gestión encomendada, ni le fija orientaciones de ninguna índole, pues son infinitas las eventualidades que pudieran ofrecerse, por supuesto imposibles de prever a través de reglas con las cuales determinar el camino a adoptar ante una incierta situación, lo que implicaría reglamentar tesis defensivas seguramente desarticuladas de la realidad surgida en cada proceso penal.

Lo anterior resulta igualmente predicable en relación con los defensores de los procesados juzgados en ausencia, quienes no cuenta por lo general con esa otra versión de los acontecimientos, lo cual incide en una mejor comprensión del asunto y en la adopción de la estrategia defensiva, que si llega a ser de naturaleza pasiva, en tanto no derive en claro abandono o inexcusable descuido, resulta admisible y consonante con el derecho a la presunción de inocencia, pues exige superlativo desempeño estatal en la reconstrucción de la verdad y en el aporte probatorio requerido para derruir aquel postulado.

La situación expuesta en el cargo examinado en forma alguna desarrolla el concepto de abandono u orfandad defensiva que conduce a la anulabilidad del proceso, tan solo revela la desazón del actor por el hecho de que los defensores que lo antecedieron no advirtieron ni debatieron los aspectos que, ex post, llamaron su atención, sensación que, por supuesto, no puede dar pie a la degradación del trámite. En primer lugar, porque, de acuerdo con lo verificado en reproche anterior, la irregularidad que alega en relación con la vinculación del acusado al proceso carece de fundamento y, en segundo término, porque el tema alusivo a la identidad entre el acusado y alias [...], como era conocido V.G. al interior de la autodefensas y por la comunidad donde ejercía mando, se estableció plenamente en el trámite, de manera que si alguna duda podía ofrecer fundadamente el actor, debió entonces exponerla técnicamente con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, a partir de errores de hecho o de derecho que sobre el tema pudieran atribuirse al sentenciador.

EXTORSIÓN - Agravada: demostración / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Demostración / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Falencias en la

precisión fáctica: de evidenciarse duda se anulan los agravantes, no procede la nulidad / **SENTENCIA** - Motivación: debe incluir las razones de índole fáctico y probatorio

El alcance constitucional atribuido al deber de motivación de las decisiones judiciales, consiste en superar la arbitrariedad judicial, de manera que el contexto dialógico en que debe desarrollarse el proceso, permita aprehender con claridad el fundamento de las determinaciones que constituyen la respuesta judicial que en cada caso se provea, con posibilidad de confrontarlas en las razones concretas que eventualmente afecten al sujeto procesal que anhelaba una solución o una respuesta diferentes.

En esa perspectiva, los fundamentos traídos a colación de las decisiones citadas, revelan que el fiscal instructor y la juez de la causa, en sus decisiones expusieron de manera clara cómo el acusado y el grupo irregular al que pertenecía, no solo constriñeron, esto es, compelieron, obligaron a la víctima a realizarles pagos ilegales de importantes sumas de dinero, sino que la amenaza empleada para doblegar en forma eficaz la voluntad de la víctima, consistía en causarle la muerte a un número indeterminado de personas (la víctima, su familia, los trabajadores de la finca), también en generar daño y destrucción a las instalaciones del fundo [...]; formas de constreñir que actualizan sin duda las razones de agravación deducidas en la acusación y consideradas por la juez en la sentencia para establecer la sanción que ameritaba el procesado. Esa conclusión es inequívoca, ya que, desde el concepto de calamidad, la consecuencia por no acceder a las ilícitas exigencias, recaerían sobre diversas personas, cuyas vidas estaban dispuestas a cobrar los victimarios con tal de alcanzar sus propósitos. Semejante opción, admite predicar infortunio para la comunidad y representa, además, grave peligro común.

Además, el accionar de grupos armados al margen de la ley, su presencia y el poder de facto que ejercen, en sí mismos generan zozobra en las comunidades afectadas que, como en este caso, con resignación e impotencia tuvieron que soportar el deterioro paulatino de su patrimonio, sufragando ilícitas exigencias dinerarias y traspasando el dominio de sus bienes, bajo amenazas y acciones de caracterizado terrorismo, como el incendio de inmuebles y la destrucción de los mismos con empleo de armas bélicas.

En esa dirección, la acusación y la sentencia exponen que el grupo armado irregular, incluso materializó las amenazas, cuando asaltaron las instalaciones de la heredad, incendiaron los bienes de la víctima y parte de las instalaciones

de la finca como reacción por no hallarlo allí; además de todo, arrojaron una granda que destruyó la edificación allí existente.

La acusación y la sentencia son claras y generosas en la descripción del componente fáctico que categoriza los motivos de agravación deducidos en los comportamientos extorsivos atribuidos al acusado, los cuales, por otra parte, la defensa bien pudo cuestionar en sede de apelación, pero declinó la posibilidad aunque se trataba del mismo profesional que ahora en sede extraordinaria intenta enmendar su proceder alegando un inexistente defecto de motivación, que de haberse presentado, en todo caso, no llevaría a la solución que plantea (nulidad desde la resolución de situación jurídica), sino que se corregiría excluyendo la agravante que de manera inmotivada se hubiere deducido.

CASACIÓN OFICIOSA - Dosificación punitiva: favorabilidad / **EXTORSIÓN** - Agravada: dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Favorabilidad: Decreto Ley 100 de 1980 y Ley 599 de 2000 / **CÓDIGO PENAL** - Vigencia: el Decreto 100 de 1980, la tuvo hasta julio de 2001 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación retroactiva de la ley penal: aun cuando sea posterior al tiempo en el que se cometió el delito / **PRESCRIPCIÓN** - Favorabilidad: Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000

[...] el ordenamiento aludido (D.100/80), las normas que lo modificaron y complementaban, en tanto consagraran prohibiciones y mandatos penales, fueron derogados por el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, codificación vigente a partir del 24 de julio del año siguiente.

El nuevo ordenamiento punitivo tipificó en el artículo 244 el delito de extorsión, sancionándolo con prisión de 8 a 15 años y, en caso de concurrir cualquiera de las circunstancias agravantes relacionadas en el artículo 245, la pena se incrementaría en una tercera parte, para un máximo de sanción de 20 años.

Posteriormente, las dos disposiciones fueron modificadas por los artículos 5 y 6 de la Ley 733 de 2002, que fijaron, para el tipo básico, pena de 12 a 16 años de prisión y multa de 600 a 1200 salarios mínimos legales mensuales; para el agravado señaló un incremento de la tercera parte y multa de 3000 a 6000 salarios, normativa que regía tanto al momento de la calificación del mérito probatorio como de la sentencia proferida por las instancias, y actualmente en vigor, salvo si se trata de delitos que deban someterse al régimen procesal del sistema acusatorio, sobre los cuales pesa el

incremento punitivo previsto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Las instancias aplicaron la ley vigente al momento de los hechos, sin atender los desarrollos y las modificaciones legales adelantadas en torno a la conducta punible de extorsión, rehusando, de ese modo, el examen ponderado del principio de favorabilidad, básico e irrenunciable en derecho penal.

Es mandato constitucional que "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", así lo establece el artículo 29 Superior. Como derecho fundamental, expresión del principio de legalidad y del debido proceso, es de aplicación inmediata, según dispone el artículo 85 de la Carta. Representa, además, una excepción al principio general de la vigencia de la ley hacia el futuro y se dinamiza en el marco de leyes sucesivas o coexistentes como ha experimentado nuestro ordenamiento con los estatutos procesales actualmente en vigor contenidos en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

[...]

La calificación jurídica adoptada por los funcionarios de instancia, con base en el artículo 355 del Decreto Ley 100 de 1980, con las agravantes alusivas al constreñimiento prevalido de la amenaza de ejecutar actos que puedan derivar en calamidad, infortunio o peligro común, y si el propósito del agente fuera el de facilitar actos terroristas; resulta abiertamente gravosa para el acusado, no más reparar sus extremos punitivos, los cuales le depararían una pena mínima entre 240 y 270 meses, siguiendo el sistema de cuartos en la individualización de la sanción; y de 120 a 157.5 meses para el mismo comportamiento en la modalidad tentada.

El sentenciador, en efecto, estableció de manera inicial que la extorsión agravada consumada era la conducta más grave en el concurso de delitos imputado al acusado. Seguidamente, en el proceso de individualización de la sanción, en consideración a que no concurrían circunstancias atenuantes ni agravantes, se ubicó en el primer cuarto de movilidad de la pena, y, ponderando los criterios establecidos para regularla, la fijó en el mínimo dispuesto en la norma, esto es, 240 meses de prisión.

Por contraste, la regulación contenida en la ley posterior, artículos 244 y 245 Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 5 y 6 de la Ley 733 de 2002, prevén para la modalidad agravada del delito de extorsión, pena de 144 a 256 meses de

prisión, lo cual implica que el cuarto mínimo de sanción oscila entre 144 a 172 meses.

En esas condiciones, erraron los jueces de instancia en el proceso de adecuación normativa del comportamiento y trasgredieron de manera directa la ley, por falta de aplicación de la preceptiva benéfica al acusado e indebida aplicación de la aquella que hacía más gravosa su situación.

De igual manera, en relación con el delito de tentativa de extorsión agravada, los juzgadores incurrieron en indebida aplicación de los artículos 355 del Decreto Ley 100 de 1980 (modificado por el 32 de la Ley 40 de 1993), y 27 del Código Penal vigente, cuando, por favorabilidad, procedía adecuar el comportamiento del acusado a los artículos 244 y 245 de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 5° y 6° de la Ley 733 de 2002 y, en forma adicional, los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, teniendo en cuenta que la acción penal por el delito referido prescribió antes de la ejecutoria de la resolución de acusación.

En efecto, se estableció en la actuación que el ciudadano L.A.R., por efecto de las presiones ejercidas en su contra por el acusado y otros integrantes del bloque Centauros de las AUC, les canceló, hasta mediados de 2000, cerca de \$180'000.000, provecho económico obtenido como consecuencia del delito consumado de extorsión agravada.

De igual modo, se estableció que entre mediados de 2000 y el 14 de enero de 2001, el grupo armado al margen de la ley, le exigió el pago de otra millonaria suma, que el afectado, entrado en insolvencia, no pudo cancelar y resolvió abandonar el sitio de arraigo como única opción para salvar la vida y la de su familia, de manera que, por esa circunstancia, ajena a la voluntad de los victimarios, no lograron el provecho indebido pretendido ni la consecuente consumación de la conducta. Entonces, la tentativa de extorsión agravada se tiene por ejecutada, a más tardar, el 14 de enero de 2001. La pena máxima establecida para ese delito y en tal modalidad, en la legislación vigente, es de 192 meses o 16 años de prisión.

La resolución de acusación, ya se precisó, cobró ejecutoria el 7 de febrero de 2018, cuando había transcurrido un término superior al máximo de la pena prevista para esa ilicitud y para que la actuación contara con resolución de acusación ejecutoriada, como condición para interrumpir el término prescriptivo.

En orden a corregir los yerros de juicio advertidos, la Corte casará de oficio y en forma

parcial la sentencia recurrida, en el sentido de: i) adecuar la sanción para el delito de extorsión agravada conforme la norma que corresponde aplicar al caso; ii) declarará la prescripción de la acción penal por el delito de tentativa de extorsión agravada, fenómeno extintivo que aconteció antes de la ejecutoria de la resolución de acusación; iii) en esas condiciones,

redosificará la pena definitiva que debe cumplir el acusado, conservando los parámetros considerados al efecto por el sentenciador.

Inicio

5. CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: promover grupo ilegal, diferente con el concierto para delinquir simple / **PARAMILITARISMO** - Antioquía / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo: son los individuos integrantes del grupo ilegal los únicos conocedores, con posibilidades reales de revelar el delito / **PARAMILITARISMO** - Acuerdo de Fátima

La Sala confirmó la sentencia proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, que condenó a L.A.R.B. como autor del delito de concierto para delinquir agravado con la finalidad de promover grupos armados ilegales, al concluir, luego de analizar minuciosamente las pruebas recaudadas, que se logró un grado de conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal que le asiste.

SP1243-2022(60511) de 20/04/2022

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. Los hechos que le han sido atribuidos a L.A.R.B., cuya concreción jurídica aparece en la resolución acusatoria como constitutivos del delito de concierto para delinquir agravado, le imputan haber recibido él y su movimiento político aportes económicos y apoyo para sus diversas campañas del año 2001 a 2007 por grupos de autodefensas, así como también que en los primeros meses de 2005, cuando se desempeñaba como Senador de la República se reunió en una finca del Municipio de Bello, con diversos jefes paramilitares a efecto de acompañar la aprobación de la Ley de Justicia y Paz que en ese momento hacía trámite en el Congreso.

2. Acreditado que L.A.R.B. fue elegido para la Cámara de Representantes durante los periodos 1982-1986 y 1986-1990, así como al Senado de la República en los periodos 1990-1994 y 2002-2006, alternando su desempeño como alcalde de la ciudad de Medellín entre 1992 y 1994 y como gobernador del Departamento de Antioquia de 2008 a 2011, el 27 de agosto de 2013 se dispuso la apertura de formal investigación penal en su contra.
3. El 30 de agosto de ese mismo año el inculcado fue escuchado en indagatoria y el 5 de septiembre se resolvió su situación jurídica, decretándose detención preventiva en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado, decisión que se mantuvo al denegarse la reposición intentada por la defensa.
4. Recaudada la prueba decretada, a través de auto del 19 de marzo de 2014 se dispuso el cierre de instrucción, decisión mantenida en firme al desatar el recurso de reposición impetrado.
5. Incorporadas las resoluciones que prorrogaron la suspensión de órdenes de captura libradas en contra de algunos miembros de las AUC, e informes de Policía Judicial, el 24 de abril de 2014 se acusó a L.A.R.B. como presunto autor del delito de concierto para delinquir agravado, tipificado por el Art. 340 del C.P., a la vez que le fue imputada la circunstancia de mayor punibilidad del Art.58.9 ibídem, decisión contra la cual el defensor del procesado interpuso recurso de reposición, mismo declarado desierto por falta de sustentación a través de auto calendarado el 7 de mayo de esa misma anualidad, cobrando entonces firmeza el pliego de cargos.
6. Con sujeción al Art. 400 de la Ley 600 de 2000, se surtió nuevo traslado a los sujetos procesales, orientado esta vez a la realización de la audiencia preparatoria, para mediante auto del 15 de julio de 2014 disponerse la práctica de diversas pruebas solicitadas por el acusado y aquellas oficiosamente decretadas.

7. El 19 de enero de 2015 se dio formal inicio a la audiencia pública, aportándose en desarrollo de este rito múltiples pruebas y de diversa índole, acto que se prolongó a través de sucesivas sesiones hasta el 2 de marzo de 2017 cuando se presentaron alegatos por parte del Ministerio Público, haciéndose lo propio el 7 de marzo posterior por parte de la defensa. A su vez, mediante auto del 23 de noviembre de 2016, como efecto de revocar oficiosamente la medida de aseguramiento que pesaba en contra del procesado, le fue concedida libertad.
8. Mediante auto del 4 de abril de 2018, la Sala Penal ratificó su competencia en este asunto y la imposibilidad de suspender la actuación por no encontrarse hasta ese momento implementada la reforma constitucional contenida en el A.L.01 de 2018.
9. El 19 de julio de 2018, constituida y tomada posesión de sus integrantes, la Sala Especial de Primera Instancia, el proceso fue remitido ante ella.
10. Una vez dispuesto el trámite relacionado con la evacuación de profusas recusaciones y manifestaciones de impedimento, así como acción de tutela promovida contra el Magistrado Ponente en primera instancia, el 1° de octubre de tal anualidad se profirió sentencia condenatoria en la presente actuación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NULIDAD - Sala de Casación Penal: Analiza los argumentos con incidencia en el debido proceso y el derecho de defensa, aun cuando el impugnante señala que no pretende que se decrete una nulidad

«[...]

Inusitadamente, no obstante que como fue advertido, dice el doctor RB que no procura la “revocatoria o nulidad” de lo actuado, pone en cuestión un hipotético quebranto de sus garantías judiciales, cuando, como se verá, las mismas han sido rigurosamente preservadas y sin que por ello pueda tener lugar la sugerencia contraria o eventualidad de su menoscabo.

Mucho menos hacerlo con el escueto prurito de resaltar pretendidos vicios sin procurar consecuencias, pues precisamente esta metodología conlleva elaborar una soterrada constancia sobre una conducta judicial antijurídica inexistente por parte del Estado jurisdiccional colombiano en estas diligencias».

PROCESO PENAL - Principio de preclusión de los actos procesales / **NULIDAD** - No se configura: cuando ninguno de los vicios alegados enerva el debido proceso

«Sobre la justificación material de las diversas decisiones adoptadas dentro de este asunto y específicamente aquellas relacionadas con la propia iniciativa determinante del inicio de la actuación penal, la apertura de la averiguación y consiguiente vinculación indagatoria y afectaciones a la libertad del procesado, no va la Corte a destiempo a avalar su juridicidad, no sólo porque ninguno de los supuestos vicios implícitos en cada proveído están en opción de enervar el debido proceso, sino también porque dichos actos han quedado en estado de preclusión de sus efectos, tramitados como lo han sido con sujeción a la Ley procesal que los reguló, pero además, porque no están en oportunidad de viciar las decisiones que les sucedieron y mucho menos afectar el fallo condenatorio de primer grado que es objeto de valoración en este momento.

[...]».

FUERO - Aforados constitucionales: procedimiento, se rige por la Ley 600 de 2000 / **FUERO** - Gobernador: investigación en única instancia respeta el debido proceso / **FUERO** - Aforados constitucionales: competencia de la Sala de Casación Penal, Acto Legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas especializadas de instrucción y juzgamiento de aforados / **NULIDAD** - Falta de competencia: no se configura

«[...]

En todo caso, de manera profusa, hubo la Corte de pronunciarse a partir de la entrada a regir del Acto Legislativo 01 de 2018, en el sentido de advertir que el mandato contenido en dicha reforma constitucional no suponía ipso facto el decaimiento de las competencias y responsabilidades propias de la Sala de Casación Penal, toda vez que el hecho de la promulgación de tal normativa no entrañaba la entrada en funcionamiento de las nuevas Salas Especiales creadas, pues, como era material y racionalmente entendible, el período en tránsito hasta la conformación de las listas de candidatos a las mismas, su elección, posesión y consiguiente discernimiento de nuevas competencias, no podía implicar la cesación o suspensión de aquellos procesos que ya tenían existencia jurídico-procesal. Esta fue la única tesis sostenida por la Sala en forma reiterada en los proveídos Rad. 51142, 37395, 50969, 39768,

35215, 47188, 32785, 52029, 49315 de 2018 y 54795 de 2019, entre muchos otros.

Este criterio, desde luego, tomó fundamento apodíctico en la realidad creada por la falta de implementación coetánea o regla de transición de la reforma constitucional para procesos como el presente, de donde se descartaba cualquier opción contraria, pues la Corte no podía cesar en su deber de administrar justicia sin perturbaciones, ya que, como fue advertido, se trata de “una garantía fundamental inquebrantable la imperiosa necesidad de administrar justicia sin interrupciones y, por ello, se afirma que la Corte no puede cesar en sus funciones de investigar y juzgar a los aforados constitucionales tal y como lo establece el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política”. (CSJ SP1148-2018, 18 abr. 2018, rad. 47188).

[...]

Para abundar en razones sobre la postura que se cita y prevalece, también la Corte se pronunció, haciendo además notar que el criterio de la Sala de Casación Penal fue respaldado por la Corte Constitucional, con lo cual, desde luego, queda al propio tiempo despejado cualquier reparo sobre la juridicidad de la solución implementada, para mantener vigentes los principios superiores del derecho y la administración de justicia en estos casos.

[...]».

DEBIDO PROCESO - Se vulnera: cuando se filtra un proyecto de sentencia / **DEBIDO PROCESO** - Se vulnera: cuando se filtra un proyecto de sentencia, no se subsana apartando al magistrado o juez ponente sin que exista prueba de que él lo filtró / **PROVIDENCIAS** - Filtración del proyecto de providencia: reglas dadas por la Corte Constitucional / **DERECHO A LA INFORMACIÓN** - De los medios de comunicación: frente a proyectos de providencias judiciales / **IMPARCIALIDAD JUDICIAL** - Concepto / **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** - Concepto / **IMPARCIALIDAD JUDICIAL** - Elemento objetivo / **IMPARCIALIDAD JUDICIAL** - Elemento subjetivo / **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** - Se garantiza a través de los impedimentos y recusaciones / **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** - No se vulnera

«[...]

Conforme fue clarificado en la decisión de 2021, si bien en esta oportunidad de manera específica el debate no se concentró en el estudio del derecho a la información de los medios de comunicación a diferencia del caso resuelto en

proveído del 2019, sino en apartar al Magistrado Ponente del conocimiento del proceso en que se produjo la revelación ilegal, en ambos casos se puntualizó que no había lugar a expedir órdenes de protección por presentarse el fenómeno procesal de carencia actual de objeto por daño consumado, declarando, además, que esas sentencias constituían por sí mismas una forma de reparación.

En efecto, en SU174 de 2021, la Corte fijó como espectro derivado de este caso, manteniendo en esencia como se ha indicado el mismo fundamento de las premisas teóricas sentadas en SU274 de 2019, las siguientes reglas:

“Finalmente, de la decisión adoptada en esta oportunidad se pueden extraer las siguientes reglas:

i) La filtración del proyecto de sentencia constituye una violación de la reserva de información judicial que impacta el proceso, afecta a las partes, a la administración de justicia y a la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, se trata de una conducta reprochable que exige actuar de manera inmediata para que se adelanten las investigaciones correspondientes.

ii) La imparcialidad del juez se presume en tanto la competencia para conocer los asuntos está definida por reglas generales, previas y objetivas, y está sujeta a mecanismos ajenos a su esfera como el reparto aleatorio. Igualmente, esta presunción tiene fundamento en los artículos 6, 29 y 83 de la Carta, ya que la acción de todo funcionario público se encuentra gobernada por las presunciones de legalidad y buena fe, y los deberes de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

iii) No obstante dicha presunción, es razonable suponer que la presión mediática en medios de comunicación o redes sociales generada por la filtración de las ponencias, puede afectar la imparcialidad objetiva y subjetiva, que constituye una garantía indispensable de la función judicial.

iv) La filtración de los proyectos de sentencia condenatoria viola la garantía del debido proceso, en lo que respecta a la presunción de inocencia. Sin embargo, la afectación, de carácter subjetivo de la imparcialidad debe ser valorada, en primer lugar, por el juez correspondiente a través de la manifestación del impedimento o puede ser planteada por el interesado mediante recusación. Por lo tanto, serán los jueces que califiquen el impedimento o la recusación los que valoren si la situación en concreto produjo una afectación de la imparcialidad.

v) La afectación de la imparcialidad por la filtración se evalúa en el caso concreto, pero no

puede generar, sin impedimento y recusación, separación del caso del magistrado ponente.

vi) En la filtración de los proyectos de sentencia se configura una situación objetiva de afectación de la imparcialidad cuando se demuestra que el juez fue el responsable en la filtración -situación que exige un proceso disciplinario o penal-.”

[...].

Por ello, como fue resuelto con toda claridad por la Corte Constitucional en la decisión referida, la separación automática del Magistrado ponente en este caso resultaba inadmisibles, en la medida en que el supuesto en que se afianzó no está erigido legalmente como causal de impedimento y la circunstancia de que se expusiera al conocimiento público el proyecto de sentencia sin tratarse de un hecho directo y comprobadamente atribuible a la autoridad judicial, no podía ser admitido como un instrumento litigioso extrajurídico para provocar su inhabilitación.

[...]

De otra parte, si bien la Corte Constitucional mantuvo en lo esencial el contenido y alcance del derecho a la libertad de información como fue concebido en la sentencia SU274 y en doctrina fijada por lustros en esa Corporación, misma que impone su prevalencia sobre la reserva judicial, bajo el claro entendido como ya se indicó, que la responsabilidad legal en tal materia es de los servidores públicos y no de los medios de comunicación, sostuvo que la difusión por avidez noticiosa de información reservada que atañe a un proceso penal, entre otras consecuencias, “pone en duda la imparcialidad de los jueces y la correcta administración de justicia” (No.108), lo que dicho de otra manera, en todo caso significa reconocer que tal transmisión termina atentando contra la independencia judicial, pues es inocultable que esta clase de mecanismos infieren y regularmente procuran tales efectos sobre la propia credibilidad, probidad y autonomía del juez.

[...]

El hecho de que el apelante discrepe con las decisiones que se han adoptado frente a cada una de sus pretensiones, orientadas como han estado esencialmente a procurar sustituir a su juez con el indefinido argumento de persistir parcialidad de su parte, o que una vez más al sustentar el recurso de apelación sostenga que la prueba del quebranto de la garantía de imparcialidad proviene de las decisiones en que le han sido denegadas, hace evidente la falta de razón que le asiste».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos / **FUERO** - Congresista: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones

«Los cargos que le fueron imputados en la decisión acusatoria de 24 de abril de 2014 al procesado, en correlato con los cuales se emitió la sentencia condenatoria de primer grado, en los términos y por las razones que se glosaron al sintetizar la decisión impugnada, tipifican el delito de concierto para delinquir en los términos del artículo 340, inciso segundo del C.P. (modificado por la Ley 733 de 2002).

Los hechos constitutivos de este delito lesivo de la seguridad pública, como queda visto y conforme con el entendimiento que de su contenido y alcance fijara la Corte a partir de proveído del 1° de septiembre de 2009 (Rad. 31653), mantiene el fuero de su juzgamiento cuando quiera que pese a cesar en el ejercicio como congresista, la conducta tenga relación con las funciones desempeñadas.

[...]

Por lo tanto, si se asume que tratándose de Congresistas, el aporte no puede ser diverso “al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como senador de la República”, la probabilidad de que, en este caso, ello hubiese ocurrido, se ofrece admisible para asumir la competencia y para finiquitar la instancia, pues se juzga entre otras eventualidades, el acuerdo entre el político y las autodefensas con miras a garantizar el acceso de un sector del paramilitarismo al Congreso de la República, para lo cual el ejercicio del poder político del representante era esencial en la construcción del diálogo ilegal que da origen al concierto.”».

LEY 890 DE 2004 - Aumento de penas art. 14: inaplicación, en proceso adelantado por la Ley 600 de 2000 / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de ejecución permanente / **DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Aplicación de la favorabilidad

[...]

Con sujeción al pliego acusatorio, como queda visto, la primera instancia recordó con la jurisprudencia vigente sobre el particular, que en este caso el delito por el que debe responder el inculpatado es el previsto por el artículo 340.2 del C.P., con la modificación introducida por la Ley 733 de 2002, prescindiendo no solamente del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, dado que este asunto ha sido tramitado bajo las reglas de la Ley 600 de 2000, sino también de la nueva normativa contenida en la Ley 1121 de 2006,

toda vez que si bien mantuvo la misma conducta objeto de imputación (separando el inciso segundo del artículo 340 del C.P.), introdujo una sanción más gravosa, con lo cual escapa de cualquier controversia que es lo legal y jurídicamente correcto, aplicar el precepto original por las razones señaladas, como también, así se determinó con fuerza vinculante en la resolución de acusación».

CONCIERTO PARA DELINQUIR – Concepto / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Bien jurídico tutelado / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito autónomo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de mera conducta

«[...]

Se trata, por tanto, de un tipo penal que atenta contra la seguridad pública, de carácter autónomo y mera conducta, a través del cual se anticipa la barrera de protección penal, toda vez que en la modalidad básica comportamental se materializa a través de un acuerdo o convenio de voluntades con el que varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, en abstracto, que no obedecen a un plan delictivo preconcebido, siempre y cuando la actividad que los convoca carezca de frontera temporal, o lo que es igual, debe tener vocación de permanencia en el tiempo.

Describe, por ende, un acuerdo delictivo orientado a la comisión de delitos en sentido abstracto y en forma permanente».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Delito de peligro / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, diferente con el concierto para delinquir simple / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** – Modalidades / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Conducta: grado del juicio de reproche depende de la modalidad

«[...]

Ciertamente, en hipótesis de conducta como de la que se da cuenta en estos casos, la asociación para delinquir que como acuerdo de voluntades subyace al delito de concierto, está específicamente orientada a promover grupos armados ilegales y a la comisión de diversa clase de delitos, con lo cual es evidente la puesta en peligro para el bien protegido y se hace aún más nociva cuando quiera que emerge de la relación habida entre individuos representativos de la institucionalidad o con vocación de dicha representatividad y esa clase de asociaciones delictivas, provocando, sin duda, perturbación para la tranquilidad ciudadana, a la vez que

desconfianza en desarrollo de las actividades de la colectividad.

Es así que tratándose específicamente de acuerdos ilegales entre representantes de la institucionalidad y grupos criminales, mismos que consiguientemente sobrevienen a la asociación delictiva conformada y a los que por ende se llega a través de actos de adhesión, adherencia, incorporación o integración en los términos señalados, éstos suponen mayor rechazo, pues como bien se ha advertido, expresan una manera indirecta de cooptar el Estado y de poner a disposición de organizaciones delictivas la función pública, es decir, que se instrumentaliza en orden a la promoción de dichos grupos logrando su fortalecimiento, extensión y mayor ámbito de influencia.

El delito de concierto para delinquir en la modalidad agravada de promover esta clase de grupos al margen de la ley, por parte de actores políticos, exige desde luego que dicho rol se cumpla manteniendo la misma finalidad específica de comisión delictiva predicable de la organización, como elemento típico que lo estructura.

A través de tal promoción, la delincuencia adquiere preponderancia, status, reconocimiento y una legitimación aparente; todo lo cual se procura derivado de actos de fomento por quienes siendo cabezas visibles de la institucionalidad se alían, procurando mimetizar a individuos al margen de la ley y revistiendo así sus actividades ilegales dentro de la dinámica que el ejercicio del poder les confiere, como si se tratara de expresiones lícitas de él.

[...]

A su vez, asumiendo según se dijo que el núcleo de la prohibición se concentra en el acuerdo de voluntades, en la medida en que se trata de un tipo penal de mera conducta que anticipa la protección penal y concreta el contenido de la antijuridicidad en diferentes niveles de riesgo para la seguridad pública, la Sala se refirió a su estructura dogmática realzando las diferentes escalas de injusto que define [...].

PARAMILITARISMO - Investigación llevada a cabo por la Corte

«En orden a entender objetivamente el punible materia de este juicio, previa la conceptualización teórica del delito de concierto para delinquir en la modalidad sancionada con mayor rigor referida a la promoción de una organización ilegal, es prolegómeno absolutamente indispensable valorar con un criterio de contexto el influjo del

paramilitarismo y en particular la indesconocible incidencia que ha tenido en los últimos 30 años en Colombia, en su propio funcionamiento y en el devenir de nuestras instituciones políticas, económicas y sociales, es reconocer que en su proceso evolutivo el fenómeno paramilitar si bien se originó en respuesta y contención a la insurgencia, justificado en la falta de autoridad del Estado para contenerla, casi en forma simultánea a la vez que se fusionó, en determinados escenarios, con las fuerzas militares del Estado y con el narcotráfico, hizo lo propio con autoridades públicas del orden local, regional y nacional, influyendo en forma preponderante en procesos electorales, mediante el apoyo directo o indirecto a aquellos candidatos afines a sus propósitos e intereses, a través de la compra de votos, propaganda, soborno a funcionarios, financiación subrepticia de campañas políticas, prácticas indebidas de presión a electores que llevaban implícita la mediación de pactos corruptos, todo lo cual condujo a que el jefe paramilitar Salvatore Mancuso declarara a los medios de comunicación el 4 de agosto de 2005 que por lo menos el 35% de los Congresistas electos lo fueron en zonas de influencia paramilitar y con apoyo de su organización, aspecto ya relevado en los comicios. [...].».

PARAMILITARISMO – Antioquia / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: La condición del testigo no implica su falta de credibilidad, paramilitar / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo: son los individuos integrantes del grupo ilegal los únicos conocedores, con posibilidades reales de revelar el delito

«Para abordar este aspecto que se relaciona directamente con los nexos existentes entre el procesado RB y algunas facciones integrantes del paramilitarismo o de quienes conocieron de dicho vínculo y que de la misma manera afianzan el grado de proximidad habido entre ambos extremos del concierto imputado, es imprescindible comenzar por destacar que fue precisamente en el Departamento de Antioquia, como de ello da cuenta la historia judicial que lo atestigua inocultablemente, en donde emergieron con abrumadora fuerza grupos armados ilegales, autodefensas o carteles de la droga, que culminaron por adherir a diversos actores políticos y desencadenaron en bandas o combos que aún a la fecha constituyen motivo de desestabilidad social.

De concreta incidencia paramilitar en este Departamento, se han relacionado a los Bloques

Central Bolívar, Metro, Cacique Nutibara, Bananero, Héroes de Tolová, Héroes de Granada, Mineros, Élmer Cárdenas, entre otros, que ejercieron poder de facto, así como narcotraficantes y combos urbanos con asiento en el área Metropolitana del Valle del Aburra, articulados a través de la denominada “Oficina de Envigado” (luego enmascarada en la Corporación Democracia), que permearon, como era su interés varias veces expresado, también el poder político local y nacional hasta nuestros días. Este es un conocimiento prolijamente documentado.

El influjo que tuvieron los paramilitares, específicamente en los procesos electorales a lo largo y ancho del Departamento de Antioquia - elocuente corroboración del beneficio derivado de acuerdo ilegal subyacente-, es notable a través de mecanismos de intimidación, compra de apoyos, así como mediante la complicidad de algunos miembros integrantes de la policía, las Fuerzas Militares y líderes políticos.

[...]

En este sentido, no está de más precisar que si bien el apoyo político a una campaña no es en sí mismo delictivo, sin duda adquiere tal carácter cuando se ofrece por un grupo armado que controla y tiene poder general en un sector de potenciales electores; con mayor razón cuando como sucede en el presente asunto, el acceso a zonas determinadas de población o para hacer política, sólo era posible si el grupo armado lo permitía, o en todo caso con su aquiescencia, medida en la cual resulta evidente que los apoyos en ese sentido recibidos por el procesado, a su vez promotor de esos grupos armados, lo fueron consiguientemente y sin duda, a través de la forzosa afectación de mecanismos de participación democrática.

Imperativo a este cometido comenzar por advertir que ningún reparo a priori puede admitirse, como se ha procurado por la defensa técnica y material en este proceso, que sustraiga del plexo probatorio algunos testimonios, fundado en el hecho de ser quienes han declarado en contra del procesado RB, en su mayoría ex integrantes de organizaciones armadas al margen de la ley y por ende condenados por delitos ejecutados durante esa militancia.

Dado el carácter bilateral del acuerdo ilegal subyacente al delito de concierto imputado, difícilmente alguien que no hiciera parte o estuviera cerca de los extremos delictivos inmersos en dicho pacto podría declarar sobre los hechos que lo configuran.

Bien se ha observado sobre el quehacer paramilitar y su relación con dirigentes políticos,

que son los individuos integrantes de ese grupo los únicos concededores con posibilidades reales de revelarlo. Pero más aún, que quienes han estado inmersos en el proceso de Justicia y Paz, a su vez, han asumido el compromiso de decir verdad a riesgo de ser excluidos de cualquier beneficio propio de dicha normatividad alterna.

Por ende, la condición de delincuente confeso no niega ni debilita automáticamente la credibilidad de un testigo, ni haber sido declarado penalmente responsable por se lo mengua, superado hace tiempo el criterio o elemento de valoración sustentado en la fórmula según la cual el testimonio valía lo que vale el testigo, bajo el entendido que la fuente de credibilidad o descalificación se hacía con juicios de moralidad o normalidad.

Tampoco debe tolerarse tal efecto, a través del mecanismo relacionado con procurar desacreditar la veracidad de un testigo utilizando con dicho propósito un instrumento paralelo litigioso consistente en sistemáticamente denunciar a cuantos han declarado en contra de los intereses del procesado, lo anterior desde el lugar común de afirmar tener fuente sus revelaciones en lo que se ha dado en llamar con esa generalidad que quiere abarcar y descalificarlo todo, un imaginario y amorfo “cartel de falsos testigos”.

Mucho menos ante la clara circunstancia de que en relación con cuantos han declarado en esta actuación, nada evidencia ventajas personales o procesales derivadas de haber consolidado imputaciones a terceros, ni se acreditan concretos y reales beneficios punitivos surgidos de sus atestaciones».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, prueba

«La decisión de primera instancia encontró coincidentes en los aspectos más relevantes los testimonios de JRMV, JEV y CEAA, a los cuales sin duda debe integrarse el de YAC, pues a pesar de ocuparse de episodios distintos están esencialmente referidos a la relación y articulación existente entre grupos paramilitares y bandas criminales en la ciudad de Medellín, con autoridades de la policía y algunos políticos, entre ellos LARB, asunto sobre el cual tenían por qué conocer, dado que el radio de su acción delictiva se circunscribía precisamente a dicho entorno.

[...]

Ciertamente, la Corporación Democracia fue una fachada de la Oficina de Envigado. A través de la

“Oficina” se manejaban por igual los apoyos económicos y de otra clase a políticos, pero también se daban órdenes para la ejecución de actividades criminales y se proveían armas.

A partir de diciembre de 2003 y dada la desmovilización del Bloque Cacique Nutibara en el mes de noviembre anterior, se produjo el reconocimiento de la organización no gubernamental Corporación Democracia, orientada teóricamente a acompañar el proceso de reincorporación de los desmovilizados, mismo por el cual el 27 de febrero de 2004 se registró en la Cámara de Comercio, siendo integrantes del Consejo Directivo los desmovilizados DAMÁ (a. [...]) y CMAE (a. [...]). A partir de entonces y hasta el año 2010 la Corporación Democracia contrató con el municipio de Medellín, lo que se suspendió una vez conocido que pese a su fachada legal, era la oficina de Envigado la que a través suyo continuaba con actividades delictivas (C. Anexo 43).

En todo caso, sobre el grado de influencia paramilitar en la actividad política, así como los apoyos dados por los diferentes bloques en el Departamento de Antioquia a los diversos candidatos, como fue advertido en otro aparte, ya habían depuesto FRH a. [...] (1° de diciembre de 2009 dentro del Rad. 27267), JEVG a. [...] (8 de noviembre de 2007), JCS a. [...], IRD a. [...], RPA a. [...], PHSG a. [...] y PEH a. [...], entre otros».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: inconsistencias e imprecisiones / **PRUEBA** - Principio de permanencia

«En ese escenario declaró JRMV ante la Corte dentro del Rad. 26625 el 28 de mayo de 2007, esto es, tres años antes de que lo hicieran todos cuantos afirman vínculos de RB y su movimiento político, con autodefensas.

[...]

Además, el deponente dio cuenta de otra suerte de relaciones posteriores al primer contacto referido, que implicaban compromisos por parte de RB en apoyo logístico a la organización, afirmación que también hicieron otros declarantes; lo que no es de extrañar considerando que el ejercicio de la política es permanente y va más allá del estricto marco temporal de las elecciones, con mayor razón en personas como el procesado que inició su carrera en esa actividad sin interrupción destacable desde comienzo de los años setentas, siendo éste el sentido de la mayoría de declaraciones que dan cuenta de su protagonismo en esa clase de reuniones referidas a la seguridad de Medellín, en donde ejercía un destacado papel en forma continua. De modo que nada obsta que su

intervención lo haya sido durante el período en que ya era de público conocimiento su aspiración al Congreso de la República, pues como bien lo afirmó el testigo, pudo conocer enseguida de ello al recibir sobrecitos característicos en los que el candidato se promocionaba a esa Corporación.

[...].».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, caso en que el testigo fue condenado por falso testimonio pero dicho fallo está viciado / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: su credibilidad no es desvirtuada ipso facto, por haber sido calificado como falso testigo / **TESTIMONIO** - Credibilidad: Valoración corresponde al juez

«Imperativo sobre este particular en primer término recordar, que MJPT fue denunciado penalmente por el procesado RB, por la declaración rendida dentro del presente proceso, acusándolo de haber mentido sobre la existencia de una reunión en la Finca [...]. No obstante, como se verá adelante, este hecho quedó absolutamente confirmado a través de multiplicidad de pruebas, en forma tal que no existe la más mínima incertidumbre sobre ese encuentro, con lo cual se hace evidente la mendacidad de la noticia criminal infundadamente presentada en su contra. Precisamente de ello dio cuenta el Tribunal Superior de Medellín en sentencia fechada el 5 de junio de 2018 al confirmar el fallo absolutorio proferido el 11 de agosto de 2017 por el Juzgado 29 Penal del Circuito de esa misma ciudad en favor de PT.

Poniendo en evidencia esa misma deslealtad procesal, dentro del asunto impulsado en contra del testigo A, el 13 de noviembre de 2015, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín negó la aprobación del allanamiento a cargos en sede de imputación por vulneración de los derechos del acusado, en decisión confirmada el 5 de febrero de 2016 por el Tribunal Superior de esa misma ciudad, bajo el entendido que la manifestación del procesado contenía un vicio en el consentimiento.

[...]

Lo transcrito evidencia que no obstante la mediación de una sentencia de condena por falso testimonio, la Corte valoró el testimonio de A dentro del contexto probatorio de aquél proceso, por lo que nada obsta entonces para que en esta actuación por igual se valore, como se ha procedido, con mayor razón cuando se ordenó por la Corte, dada su manifiesta ilegalidad, se investigara penal y disciplinariamente la colusión

o fraude producidos como resultado de tan anómalo acuerdo y cuando, en todo caso, mal puede tolerarse ese método orientado antes que a controvertir la verdad revelada en los hechos de que han dado cuenta sus testimonios, se ha dirigido a desestructurar el sistema de justicia evitando su confrontación dentro del escenario habilitado para ello, con evidente deslealtad procesal.

Y porque además debe enfatizarse que no fue una decisión voluntaria del testigo, sino estratagema urdida por la defensa que lo denuncia con tal cometido, tratándose por ende de una práctica judicial perjudicial y dañina que desestructura el sistema de justicia, conduciendo el debate hacia un nocivo reduccionismo probatorio, que busca excluir del contexto de valoración ciertas pruebas, en desmedro de derechos de los demás sujetos intervinientes en el proceso penal, pero también atentando contra el conocimiento de la verdad que debe ser reconstruida como resultante del ejercicio del contradictorio en el interior de una actuación, a la vez que intenta socavar la autonomía e independencia del juez.

Se tiene la equivocada idea de que la veracidad o credibilidad de un testigo queda ipso facto desvirtuada si se le califica de falso testigo, desapercibiendo que la valoración sobre el mérito que les es propio sólo puede ser la resultante de su estudio y análisis conjunto con todos los elementos probatorios aportados a una actuación; esto es, sólo puede ser sopesada como emanación de un ejercicio autónomo e independiente del juez cognoscente, con sujeción a los valores que infunden los principios de la sana crítica que los orienta y que le imponen su estudio atendiendo la naturaleza del objeto percibido, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma en que declara y todas aquellas singularidades que le son inherentes».

FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS POLÍTICAS -

Origen de los recursos / **FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS POLÍTICAS** - La entrada de recursos ilegales tiende a no aparecer reportada dentro de la contabilidad de la campaña

/ **FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS POLÍTICAS** - La entrada de recursos ilegales no se puede desvirtuar a través de formales actividades o acreditaciones de contabilidad legal

«[...]

[...]

Dicho de otra manera, no se puede desvirtuar una conducta clandestina e ilegal a través de formales actividades o acreditaciones de contabilidad legal.

Es claro que, por vía de principio en los libros de contabilidad oficialmente registrados nunca se reportan dineros ilegales.

Al fin y al cabo, como bien se sabe, los cargos imputados al procesado no lo son por ingreso de recursos ilegales a sus campañas políticas reportados en sus libros de contabilidad o por sus contadores».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, que el procesado tenga relación con otros políticos condenados por este tipo penal, no lo hace, de manera automática, responsable, sino que debe ser demostrado

«La vinculación de RB con diversos actores políticos de Antioquia, algunos directamente pertenecientes a su movimiento (Unionismo - hasta el 28 de noviembre de 2001-, Equipo Colombia -hasta el 14 de diciembre de 2005- o Alas Equipo Colombia, según la época), o a otros con los cuales igual hizo alianzas en desarrollo de sus aspiraciones políticas, permiten recordar, sin agotar tal relación, que muchos de ellos fueron condenados por nexos con las autodefensas.

[...]

Igualmente, extractado de esa relación inocultable entre el procesado RB y sus copartidarios y socios políticos con nexos paramilitares, obra en el expediente vídeo de la campaña política a la Alcaldía de [...] (2004-2007), región absolutamente dominada por el Bloque Elmer Cárdenas para esa época y por su Proyecto Político “Urabá Grande, Unido y en Paz”, en la que se aprecia que en apoyo al candidato OEMU, RB para entonces Senador de la República, comparte tarima con HJBC (Senador de 2002 a 2006, condenado el 17 de agosto de 2010 dentro del radicado 26585 por su relación con autodefensas) y RAVD (Representante a la Cámara por Equipo Colombia 2002 a 2006. Anticipadamente condenado por concierto para delinquir el 14 de diciembre de 2010 Rad.30126). Dejándose además constancia de la ausencia en el lugar del candidato a la Gobernación RDQV por problemas con su helicóptero (condenado por el delito de concierto para delinquir el 27 de septiembre de 2010 dentro del Radicado 34653).

A propósito, el Consejo Nacional Electoral a través de oficio CNE-FNFP-0809 del 15 de febrero de 2013, remitió a este expediente copias simples del informe de ingresos y egresos de los años 2001, 2002 y 2003 del Movimiento Equipo Colombia (C. Anexo 34).

Tales documentos acreditan, acorde con los Libros de Donaciones, que RDQ, patrocinado

como se demostró lo fue con dineros y votos por las autodefensas para sus campañas políticas y condenado por tal contubernio, hizo donaciones al Movimiento por más de \$80 millones de pesos (Fls. 48, 57, 58, 64, 69 y 71).

Es cierto, como lo reclama la defensa, que no puede hacerse una regla de experiencia de acuerdo con la cual si un miembro del movimiento político es condenado por parapolítica, todos quienes pertenecen a él o han hecho alianzas, también tienen esos nexos. Ocurre que la vinculación de RB con integrantes del paramilitarismo no se establece a través de esa clase de inferencias, pues del mismo existen elementos probatorios que directamente lo acreditan».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, resultados electorales, apreciación probatoria / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, ellos hacen parte del grupo ilegal

«En estas condiciones, como se ha precisado, el hecho de ser RB favorecido por facciones paramilitares, directa o indirectamente a través de sus apoyos económicos y electorales, personales o a su movimiento político, a la vez que evidenció el vínculo de relación directa existente con esos grupos, también refleja como correlato de su parte, el patrocinio, impulso o promoción de la organización, pues como ha quedado en claro, dicha connivencia terminó necesariamente fortaleciendo, consolidando y afianzando la estructura ilegal. De ello da cuenta profusa doctrina de la Sala».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: promover grupo ilegal, demostración / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, demostración, espacio temporal de los hechos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, alianzas con políticos, la contribución puede ser económica, social o política / **PARAMILITARISMO** - Acuerdo de Fátima / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, soporte probatorio / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Dolo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, se configura

«[...]

Como se reseña sin margen a cuestionamiento alguno en la sentencia de primer grado y será evidenciado adelante, la finalidad de la convocatoria a la finca [...] era asegurar el apoyo a la Ley de Justicia y Paz (que hacía curso en el

Congreso) por parte de los cuatro parlamentarios invitados (y en especial del procesado RB, sobre cuya ascendencia en dicha Corporación declararon varios testigos a solicitud de la defensa).

[...]

Sin margen a equívocos, la normativa citada y la declaración del doctor AR permiten ratificar con certidumbre y sin resquicio de dudas, que tanto los miembros de las autodefensas como los del Congreso que se reunieron en la finca [...], lo hicieron subrepticia y clandestinamente, toda vez que así como los paramilitares no podían sin autorización del Gobierno Nacional abandonar la zona de concentración de Ralito, tampoco persona alguna podía entrar en conversaciones sobre concentración, desmovilización y reinscripción sin aval oficial.

Mucho menos hacerlo para convenir el contenido de la Ley que les sería aplicada en aspectos que eran de su interés, pues como bien lo indicó el testigo, este era un tema que constituía línea roja, ergo, era prohibido traspasar, estándole absolutamente vedado a quienes podían tener injerencia en ella abordarlo por fuera del Congreso y no sujeta, por tanto, a ninguna conversación, componenda o acuerdo con sus destinatarios, conforme se procedió en este caso, haciéndose así notable de tan significativa manera el soporte y promoción de ese grupo armado al margen de la ley, pues como lo expresó a. [...], ciertamente los Congresistas se comprometieron a apoyarlos en sus pretensiones.

Que la reunión fue furtiva y secreta, es algo que resplandece inocultable, no solamente en el empeño de la defensa de RB por desvirtuar la propia existencia de tal encuentro, que por la presión de las constataciones en contra se procuró degradar en su relevancia y hasta en revestir de legalidad, pues a semejante demostración también acude el testimonio de MJPT, para la fecha en que la misma tuvo lugar quien se desempeñaba como conductor de SM, ya que se conoce que fue encargado por éste de recoger al procesado en su residencia para llevarlo a [...] y luego retornarlo una vez finalizada la reunión a su domicilio, pese a contar con su propio esquema de vehículos y de seguridad y quien dio cuenta de haber escuchado unos días antes de dicho encuentro a SM y JC hablar del mismo (Entrevista del 29 de noviembre y testimonio de 12 de diciembre de 2013).

[...]

La Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, fue aprobada por el Congreso y sancionada el 22 de julio de dicho año.

La Ley aprobada por el Congreso concedió, como lo anhelaban la organización delictiva de las AUC y así se le expresó en la reunión al Congresista RB, que se considerara el paramilitarismo como delito de sedición, modificando el sentido y alcance de esta delincuencia como delito político, con lo que teóricamente se permitirían sanciones menos drásticas e incluso que un condenado pudiera merecer indulto [...]

Para la Corte está plenamente acreditado, no solamente que el cometido de la reunión urdida con sujetos al margen de la ley en relación con los Congresistas que participaron de la misma se cumplió a cabalidad, sino que el apoyo en las pretensiones que les fueron expresadas se consolidó completamente, sin que desde luego se ponga en duda con hechos posteriores que escaparon de su dominio, pues conforme lo reconocieron los miembros de las AUC, la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte a la norma de sedición no era algo con lo que se contara en manera alguna y mucho menos que enseguida se produjera la extradición a los Estados Unidos de América de muchos de sus miembros, todo lo cual se recaba, no desdice por supuesto del hecho acreditado de revelarse un acuerdo con paramilitares desde años atrás, mismo que en relación con la velada referida, encontró sustento para sus finalidades frente a la Ley posteriormente aprobada.

[...]

Está probado que el Congresista acudió a dicha reunión con conocimiento pleno del objeto de la misma y el hecho de que se procuraba sustentara la causa paramilitar, ahora jugada frente a un acuerdo de paz que debía consolidarse con efectos jurídicos a través de la Ley que se debatía en el Congreso de la República. Ya a. [...] había expresado sobre este particular que no podían quienes acudieron a la cita hacerlo sin conocimiento de causa y respecto de RB, según el preclaro entendimiento del testigo, por ya haber sido contactado por el paramilitar VC.

En efecto, está demostrado que el hecho de compartir con paramilitares en la finca de QR, a donde se sintió en confianza a tal punto que consumió bebidas alcohólicas a placer, confirma la relación estrecha y de amistad a que aludió a. [...] existente entre RB con individuos al margen de la Ley de las AUC y con su líder VCG, aspecto que se entiende determinante en la circunstancia de consentir semejante encuentro; lo que se revela además, como fue visto, en el hecho de haber recibido apoyo a sus campañas políticas y a las de aquéllos que pertenecieron a su mismo movimiento desde hacía varios años.

[..]

De esta manera, concluye la Corte en que está plenamente acreditado, que el doctor RB se concertó con miembros de una asociación delictiva paramilitar, no sólo para promover su existencia, sino para aprovecharse de los apoyos que en diverso sentido le servían a sus aspiraciones electorales al Senado de la República y a la Gobernación de Antioquia, todo lo cual quedó al descubierto con las diversas reuniones y apoyos económicos y electorales de que ha dado cuenta profusa prueba destacada y que culminaron en la finca [...], so pretexto de

incidir en el trámite de una ley que indudablemente iría a favorecer al grupo armado, al darle la posibilidad de obtener un status político, según se ha recabado.

[...]

Inicio

6. CONDUCTA PUNIBLE - Formas: dolo, culpa y preterintención / **DOLO EVENTUAL** - Diferente al dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **CULPA** - Concepto / **PRETERINTENCION** - Estructura y requisitos / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Elementos / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Concepto

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de J.J.G.S., condenado en ambas instancias como autor de homicidio cometido con dolo eventual.

En esta oportunidad, la Sala no casó la providencia, al considerar que, como lo indicaron las instancias, el procesado actuó con dolo eventual, pues, pese a la previsibilidad del resultado de su conducta, persistió en ella con absoluta desidia.

Al respecto, efectuó un concienzudo análisis de las formas de la conducta punible y sus diferencias, incluyendo el concepto de culpa, las clases de dolo y la estructura de la preterintención; así como los errores sobre el curso causal.

SP1680-2022(60875) de 18/05/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. En la madrugada del 2 de julio de 2016, R.Q.N. (quien para la época prestaba el servicio de transporte informal en un carro de su propiedad) recogió a L.R.O. para llevarla desde Cúcuta hasta Ureña. Con la nombrada iban su hijo B.A.G.R., de 22 años, su hermana y su cuñado. L ocupó el puesto del pasajero de adelante, B.A. se ubicó en la parte posterior - justo detrás del conductor - y los dos restantes tomaron los puestos medio y derecho del asiento trasero. Así emprendieron el camino.

2. Pasados algunos minutos, y en cierto semáforo de la vía, los mencionados se encontraron con unos motociclistas que estaban obstruyendo el paso. Ante el reclamo que por ello les hizo R.Q.N., uno de los individuos reaccionó rompiendo con una patada el retrovisor izquierdo del automóvil. Algunos metros más adelante, en una glorieta cercana a la cárcel Modelo donde volvieron a coincidir, Q.N. descendió armado con un machete para confrontarlos por lo sucedido, pero L.R. también se bajó, intervino, lo calmó y continuaron el recorrido.

3. Sin embargo, cuando estaban en el sector conocido como “la cuerera” fueron alcanzados por los motociclistas. Allí, J.J.G.S. - quien iba como parrillero en la moto, le lanzó al vehículo una piedra que entró por la ventana del conductor, pasó rozando su cabeza e impactó en el pecho a B.A. El golpe le fracturó el esternón y laceró la aorta, consecuencia de lo cual falleció segundos después.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONDUCTA PUNIBLE - Formas: dolo, culpa y preterintención

«De acuerdo con el artículo 21 del Código Penal, la conducta humana (cuando menos para efectos jurídico-penales) puede ser dolosa, culposa o preterintencional»

DOLO - Directo / **DOLO** - Indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **DOLO EVENTUAL** - Concepto

«El dolo es de tres tipos. El directo, o de primer grado, que se verifica, al decir del artículo 22 siguiente, “cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Es el supuesto del individuo que realiza un comportamiento típico sabiendo lo que hace y porque esa es precisamente su voluntad.

Puede ser también indirecto - o de segundo grado o de consecuencias necesarias - si el agente, aunque no quiere lograr un determinado resultado, sabe que éste se seguirá necesariamente de su conducta y aun así sigue adelante con ella. Sucede, por ejemplo, si para causar la muerte a otra persona le lanza una granada con el conocimiento de que en la explosión también fallecerá un tercero que allí se encuentra (cuyo deceso no pretende pero se representa cierto). Esta forma de dolo no está expresamente consagrada en el Código Penal, pero se deriva lógicamente del tenor del artículo 22 precitado. En últimas, la aceptación de un resultado no querido que sin embargo se sabe seguro (así sea al modo de una consecuencia accesoria para asegurar una finalidad ulterior) consiste básicamente en lo mismo que simplemente quererlo. Una y otra modalidad sólo pueden diferenciarse a partir de una sutileza volitiva que es irrelevante para la caracterización del injusto.

[...]

Finalmente, el dolo puede ser eventual. En este caso, el sujeto activo no quiere el resultado típico, pero sabe que puede seguirse como una consecuencia probable de su conducta; aun así, persiste en su comportamiento con total indiferencia o apatía por su posible ocurrencia, es decir, le da igual si sucede o no».

DOLO EVENTUAL - Diferente al dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias

«[...], mientras que en la conducta cometida con dolo indirecto o de segundo grado el agente sabe que el resultado no querido se producirá y, aunque no lo desea, lo asume, en el dolo eventual prevé que el resultado no querido es probable, mas no cierto, y sigue adelante con su conducta porque le es irrelevante si se da o no. La diferencia radica, pues, en el pronóstico de probabilidad sobre la configuración del resultado típico y, por ende, en qué es aquello que el individuo asume como consecuencia de sus acciones u omisiones».

DOLO EVENTUAL - Representación del resultado como probable / **DELITO DE RESULTADO** - Conductas especialmente aptas y conductas neutras: concepto

«[...], es por lo general imposible conocer mediante pruebas directas cuál es la relación cognitiva y volitiva del sujeto con el resultado típico. Salvo que aquél la confiese o la haya comunicado exteriormente mediante manifestaciones susceptibles de incorporación en el juicio, aquella debe deducirse o inferirse de los datos objetivos anteriores, concomitantes y posteriores al hecho acreditados en la actuación. En algunos casos aparece evidente (por ejemplo, cuando la conducta consiste en disparar directamente y a corta distancia un arma de fuego hacia la cabeza de un tercero), pero en otros se requiere un análisis más minucioso de las variables fácticas relevantes.

Similar sucede con el pronóstico de probabilidad o certeza del resultado típico. En algunos eventos, es evidente que la acción u omisión emprendida por el agente habrá de causarlo necesariamente y, por ende, que la conducta cae en el ámbito del dolo directo o indirecto, según el caso (verbigracia, y para reiterar el ejemplo ya usado, cuando se acciona una granada para asesinar a una persona que camina junto a otra). En otros, la predicción de eficacia causal (que debe agotarse desde una perspectiva ex ante) no es tan obvia y, por ende, la distinción probatoria entre el dolo indirecto y el eventual deviene más difusa. A su vez, y como el dolo eventual requiere que el agente haya previsto el resultado como probable (que no simplemente como posible), debe inferirse de los hechos acreditados cuál fue el grado de representación del resultado típico que el agente alcanzó antes de ejecutar su comportamiento. A ese respecto, la Sala ha referido a la utilidad [...].»

CULPA - Concepto

«[...] al tenor del artículo 23 ibidem, “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

Es el caso, pues, en que el agente, obrando con negligencia o impericia, crea un riesgo que se concreta en la realización de un resultado típico que siendo consecuencia previsible de su actuar aquél no previó o que, aunque sí previó, creyó erradamente poder evitar.

Así, en el comportamiento culposos el sujeto activo no quiere el resultado, no lo asume como consecuencia necesaria de su actuar ni es indiferente a su ocurrencia. Tampoco es producto

de un exceso en su voluntad dolosa primaria. O no lo previó aunque era previsible (justamente por su negligencia o impericia) o, habiéndolo previsto, siguió adelante con su actuar porque creyó que lograría evitar su realización».

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL - Elementos / DOLO EVENTUAL - Frente a la culpa con representación

«[...]

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

Desde luego, si la valoración de las circunstancias que rodearon la conducta permite inferir que el resultado típico no sólo era previsible para el agente sino que éste efectivamente se lo representó, su comportamiento trasciende la preterintención para ubicarse en cambio en el ámbito del dolo eventual, pues en ese caso su vinculación subjetiva con el resultado deja de ser la culpa (en concreto, la de haber dejado de advertir, siendo previsible, que su conducta podía causar un resultado más gravoso del pretendido) y se convierte en indiferencia por la causación de algo que sabe probable».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Concepto / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Se diferencian de aquellos errores que surgen de una visión alterada de la realidad por parte del autor

«Puede suceder que el agente, no obstante actuar con una finalidad y conocimiento definidos y emprender una serie de acciones u omisiones dirigidos a la consecución de su propósito, ocasione resultados típicos diferentes de los que quería lograr, es decir, que se configure un error sobre el curso causal.

Preliminarmente ha de aclararse que no obstante la denominación que en el ámbito académico se hace de tales casos como errores, no se trata, en estricto sentido, de especies de error (como el de tipo o prohibición) porque con ello no se alude a situaciones en que el actor obra con una representación distorsionada de la realidad, sino a alteraciones objetivas de la causalidad

planeada en las que se involucran criterios de imputación objetiva, conforme se explicará en detalle más adelante.

Así, se excluyen de esta categoría los supuestos de error en la cosa y en la persona, los cuales en principio - salvo los escenarios en que falta la equivalencia típica porque las características específicas del objeto o del individuo determinan una subsunción objetiva particular (verbigracia, la condición de bien público para el peculado, o la calidad de menor de edad para el homicidio agravado) - carecen enteramente de trascendencia.

Y es que, de todas maneras, no resulta necesario profundizar sobre estos errores (en el objeto y la persona) por cuanto en el caso que se examina la controversia no guarda ninguna relación con uno u otro: lo que se debate no es si GS dirigió la agresión contra BAGR bajo la representación errada de que éste era RQN (a quien, según la tesis del Tribunal, quería lesionar), ni tampoco que lo haya hecho con la convicción equivocada de que BA era el vehículo que pretendía dañar (conforme el planteamiento de la defensa). No es, pues, un supuesto de “confusión del objeto por otro”.

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Aberratio ictus (error en el golpe) / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Aberratio ictus (error en el golpe): cuando existe equivalencia típica entre el resultado pretendido y el obtenido / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Aberratio ictus (error en el golpe): cuando no existe equivalencia típica entre el resultado pretendido y el obtenido

«[...] el análisis se centrará específicamente en el error del curso causal conocido como aberratio ictus.

Éste - en su concepción tradicional - se configura cuando el resultado pretendido por el autor no se produce sobre el objeto al que estaba dirigida la acción sino sobre otro, no porque el agente los haya confundido (lo cual sería un error en el objeto o la persona, según el caso), sino por cuanto ocurre una doble desviación en la ejecución del delito. El ejemplo más evidente es el que sucede si el agente dispara contra Pedro con la intención de matarlo (sabiendo que se trata de Pedro y sin ninguna representación errada sobre su identidad) pero por su mala puntería, o por cualquier otra razón similar, desatina (primera desviación), impacta en cambio a Carlos (segunda desviación) y le causa la

muerte. El resultado querido no se produce y el que se produce no era querido.

En tales eventos se ha admitido como solución, asumiendo una comprensión abstracta de dolo, la de responsabilizar al agente únicamente por el resultado consumado (en el entendido, desde luego, de que exista absoluta equivalencia típica entre el resultado pretendido y el conseguido) , pero también - con apoyo en un entendimiento concreto del dolo - la de atribuirle una tentativa por lo pretendido y la infracción culposa por lo logrado, pues el resultado configurado deviene del descuido o negligencia en la ejecución del plan originalmente concebido y como concretización del peligro desaprobado que por esa vía ha creado.

Esta segunda solución (que parece más ajustada al orden jurídico nacional que la primera, no sólo por la comprensión específica del dolo, sino también porque no deja en la impunidad el atentado contra el interés jurídico cuya afectación pretendía el agente) también resulta aplicable a los eventos en que no existe equivalencia típica entre el resultado pretendido y el obtenido. Así sucede si el agente, queriendo causar la muerte de Pedro con un disparo, desatina e impacta a Carlos, quien no fallece pero queda lesionado. O viceversa: si con el ánimo de lesionar a Pedro yerra en la ejecución del plan y causa la muerte de Carlos.

Por supuesto, para que la infracción efectivamente materializada pueda ser castigada como un delito culposo no sólo se necesita que exista el correspondiente tipo imprudente, sino también que el resultado ocasionado sea previsible para el autor y éste no lo previese por su negligencia, o que, habiéndolo previsto, confiase equivocadamente en que lograría evitarlo».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - *Aberratio ictus* (error en el golpe): no es aplicable cuando el resultado obtenido es asumido por el autor a título de dolo eventual

«[...] la solución recién mencionada únicamente tiene cabida en tanto la vinculación subjetiva del agente con el resultado típico producido sea, en efecto, la culpa. En cambio, “de forma diferente hay que decidir cuando el autor ha considerado como posible el curso erróneo de su ataque y se ha conformado con una eventual lesión del segundo objeto, es decir, cuando ha actuado con (dolo eventual)”. En efecto, si el sujeto activo, con independencia de cuál fuere su voluntad original, se representa como probable que su plan podría provocar un resultado típico distinto del querido

y esto efectivamente ocurre, su relación cognitiva y volitiva con ese resultado no puede calificarse de negligente sino de dolosa (§ 2.1.1).

Como de tal representación, según se explicó, rara vez se tiene prueba directa, este juicio debe fundamentarse en las circunstancias objetivas conocidas en el proceso y, muy específicamente, en el análisis del mecanismo empleado por el autor para conseguir el resultado pretendido: si el agente busca asesinar a Pedro con un disparo y lo que sucede es que el proyectil traspasa su cuerpo - dejándolo lesionado pero vivo - e impacta a un tercero que pasaba aleatoriamente por allí y fallece, podría razonablemente concluirse que el resultado conseguido fue ocasionado por culpa. Pero si lo ocurrido es que el atentado inicial se ejecuta mediante una prolongada ráfaga de metralla contra su residencia y quien muere no es Pedro sino un tercero que vive con él, difícilmente podría aceptarse que ese resultado no fue previsto como probable».

DOLO - Se configura: aun cuando la individualización del objeto sobre el que recae la conducta no dependió del autor

«Otro supuesto relevante para la comprensión del caso examinado debe abordarse acá: aquél en el cual “la individualización concreta del objeto no dependa del autor y en ella exista solo una elección del objeto de agresión casual, no motivada”. En tal evento, “(según) la opinión dominante, se considera aisladamente la sanción por un delito doloso consumado respecto al error en la ejecución”. Piénsese en quien, motivado por un profundo fanatismo, se determina a asesinar al primer hincha de un equipo rival que vea en la calle, quienquiera que sea. Al salir de su casa oye que por la esquina viene un grupo de gente haciendo cánticos alusivos a dicha escuadra, por lo cual se apresta a disparar al primero de ellos que se asome. Así lo hace, pero el proyectil, en vez de impactar a Pedro (quien encabezaba la marcha) le pega y mata a Carlos, que iba a pocos pasos de él. Nótese cómo (i) la individualización específica del objeto del delito no dependía en tal caso de la voluntad del agente, sino de una circunstancia ajena a él, y (ii) en la determinación finalística de su comportamiento, la elección del sujeto pasivo no tenía motivación específica, pues le daba lo mismo matar a uno o a otro en tanto ambos fuesen hinchas del equipo contrario. Así las cosas, no hay lugar a sancionar al autor por una tentativa de homicidio respecto de Pedro (así fuese quien encabezaba el grupo y la persona contra la cual aquél, en principio, disparó) sino únicamente por el homicidio doloso de Carlos. En últimas, su dolo (al margen de la circunstancia

accidental de que haya sido Pedro a quien el agente vio primero) se perfeccionó conforme lo concibió (pues quería matar a un hinchista rival y eso fue precisamente lo que consiguió)».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Se solucionan bajo los parámetros de la imputación objetiva teniendo en cuenta si el resultado es o no procedente debido al peligro creado por la acción del autor / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Se deben analizar las exigencias subjetivas del tipo penal / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Es irrelevante cuando el resultado responde al dolo del autor)

«[...] debe tenerse en cuenta que las desviaciones del curso causal tienden a ser excluidas del tema del error (pues, como ya se dijo, no trata de situaciones en que el agente obra bajo una representación errada de la realidad) para ser examinadas “como puros problemas de imputación objetiva”, de manera que “las soluciones (dependen) de si el resultado es o no procedente del peligro creado por la acción del autor...” y, claro está, de las exigencias subjetivas pertinentes para cada una de las modalidades delictivas (§ 2.1). En esas condiciones, y en términos generales, “el error sobre el curso causal es irrelevante cuando el resultado responde al dolo del autor”».

DOLO EVENTUAL - Representación del resultado como probable / **DOLO EVENTUAL** - Homicidio / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Se solucionan bajo los parámetros de la imputación objetiva teniendo en cuenta si el resultado es o no procedente debido al peligro creado por la acción del autor

«[...]

Ya en lo que tiene que ver con la subsunción subjetiva de la conducta investigada, la Sala advierte, a partir de las premisas fácticas establecidas en precedencia, que:

La agresión inicial de JJG contra RQ, se reitera, no tuvo la finalidad ni de dañar su carro ni de lesionarlo, sino la de matarlo. No otra cosa puede concluirse de los hechos demostrados, vistas (i) las características de la piedra y (ii) las circunstancias contextuales objetivas en que aquél hizo el lanzamiento. En relación con ese comportamiento primigenio, pues, el enjuiciado obró con dolo directo.

El acusado GS individualizó por sí mismo el objeto del delito pretendido (que lo fue el conductor RQ) y tal individualización fue

específicamente motivada (por la reyerta previa que habían tenido). Ello descarta que la muerte de BA le sea imputable a título de dolo directo, como lo sería en el supuesto examinado en la § 2.2.3.3, esto es, si hubiera dirigido el ataque indistintamente contra cualquiera de los tripulantes del rodante sin una individualización específicamente motivada.

Tratándose de la muerte de BA, la Corte concluye, tal como lo entendieron las instancias, que efectivamente fue causada por GS con dolo eventual, pues aquél tuvo que prever ese resultado típico como una consecuencia probable de su comportamiento. A pesar de ello, persistió en la conducta con total apatía por su ocurrencia.

Ello, es obvio, descarta la subsunción en el tipo preterintencional. De una parte, porque el resultado típico efectivamente causado no se configuró sobre el mismo sujeto al cual estuvo dirigida la agresión inicial; de otra, porque no fue consecuencia de un exceso negligente del autor, sino de la absoluta desidia con que asumió su configuración probable.

Por iguales razones debe desestimarse la tesis de la culpa por la cual propugna la defensa. Ésta supondría que GS no previó que el riesgo creado con su conducta original podría causar la muerte de BA (lo que, como se vio, está desmentido por la valoración de las circunstancias objetivas demostradas), o bien que, aunque sí lo previó, confió en poder evitarlo (hipótesis de la cual no hay ninguna indicación fáctica y que riñe con la conducta efectivamente desplegada por aquél)».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Aberratio ictus (error en el golpe): no es aplicable cuando el resultado obtenido es asumido por el autor a título de dolo eventual

«Aunque la Fiscalía consideró que este es un caso de aberratio ictus, no es en realidad tal. La representación probable del resultado típico configurado y la vinculación subjetiva del autor con ese hecho implican que la muerte de la víctima, aunque no pretendida por aquél como finalidad principal de su proceder, estuvo de todas maneras contemplada como probable en su plan. En ese orden, aunque sí ocurrió un error causal (en concreto, el desatino de no haber impactado a quien quería impactar), el deceso de BA no correspondió en estricto sentido a la segunda desviación causal que define el denominado “error en el golpe” (§ 2.2.3.2).

Es decir, no puede coherentemente sostenerse que el resultado típico fue causado con dolo eventual y, a la vez, que el caso corresponde a un evento de aberratio ictus, pues ésta última

supone, como quedó explicado, que la vinculación subjetiva del agente con el resultado conseguido es culposa y, por ende, queda descartada si, como en este asunto, la configuración de dicho resultado es producto del dolo eventual.

Esto, sin embargo, es apenas una corrección conceptual que no supone una modificación del

núcleo fáctico de la acusación. Aunque en el llamamiento a juicio se afirmó que el delito se cometió por la “configuración del aberratio ictus”, ello fue un dicho de paso sin significación en la delimitación del juicio, pues la sindicación concreta formulada contra el sentenciado, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, fue la de haber perpetrado el homicidio con “dolo eventual”.

Inicio

7. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - El Gobernador a nivel departamental es el competente para celebrar contratos estatales
/ CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Frente a los criterios de descentralización, desconcentración y delegación **/ CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Se configura: cuando se vulneran los principios de la contratación
/ RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN - Hechos jurídicamente relevantes: deber de cuidado de la fiscalía al estructurar hipótesis a incluir en la acusación, so pena de vulnerar los derechos al debido proceso y defensa
/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes, relación en asuntos de ley 600

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el procesado contra la sentencia proferida por la Sala Especial de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual condenó a A.J.R.T., como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, al tiempo que lo absolvió por el punible de peculado por apropiación.

En esta oportunidad, confirmó parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de modificar los numerales primero y segundo, para en su lugar absolver a A.J.R.T. por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, exclusivamente respecto de uno de los contratos, por deficiencias en la acusación efectuada por la Fiscalía. En consecuencia, redosificó la pena impuesta al condenado.

Para el efecto, en primer lugar, analizó los elementos y configuración del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en los casos de desconcentración y delegación; posteriormente explicó los principios de selección objetiva, publicidad y capacidad en la contratación pública, para concluir que el delito se configura cuando estos se vulneran. Por

último, se refirió al deber de cuidado de la fiscalía al momento de estructurar la hipótesis a incluir en la acusación, tanto en los procesos que se rigen por la Ley 600 de 2000 como por la Ley 906 de 2004.

SP1138-2022(59738) de 06/04/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. A.J.R.T., Gobernador del Departamento de Guainía durante el período comprendido entre el 2 de enero de 1998 a diciembre 30 de 2000, recibió la suma de \$205'920.000 por parte de la Comisión Nacional de Regalías, para el desarrollo del proyecto denominado “Control de contaminación por mercurio de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía”.
2. Con cargo a la imputación presupuestal del mismo fueron realizados 28 contratos.
3. La Fiscalía General de la Nación estableció que: (i) el gobernador A.J.R.T. incumplió las obligaciones legales y constitucionales de vigilancia y supervisión que, como ordenador del gasto y representante legal, se encontraba en deber de realizar al momento de celebrar los negocios jurídicos; (ii) los contratos 017, 027 y 028 se celebraron sin contar con los requisitos de invitación, términos de referencia, actas de evaluación, resolución de adjudicación y estudios de precios del mercado y (iii) el contrato 0133 fue celebrado con una persona sin capacidad para contratar por el estado por tratarse de un menor de edad, con lo cual se transgredieron los principios que orientan la contratación estatal, tales como los de planeación, transparencia, responsabilidad y selección objetiva, previstos en los artículos 24,

25, 26, 29 numerales 7-12, y 60 de la Ley 80 de 1993.

4. Así mismo, el 19 de agosto de 1998, A.J.R.T. constituyó el CDT número 1076607-1, por la suma de \$100'000.000, cuyos dividendos, por la cifra de \$2.407.500, omitió consignarlos a la dirección del Tesoro Nacional, como lo disponen los artículos 16 y 101 del Decreto 111 de 1996 y 12 del Decreto 630 del mismo año.

5. Se estableció como cuantía de la apropiación en favor de terceros, la suma total de 208'327.500 pesos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Elementos / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Concepto / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Tipo penal en blanco / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Bien jurídico tutelado: administración pública, carácter polivalente

«El tipo penal atribuido, en la versión vigente para la época de los acontecimientos - Ley 100 de 1980 -, modificado por los artículos 57 de la ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, se describe así:

ARTÍCULO 146. - **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.** El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

A fin de abordar la temática propuesta por los recurrentes, es pertinente recordar, que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales reclama para su tipificación la concurrencia de diversos componentes, en particular, la condición de sujeto activo calificado, esto es, un servidor público en ejercicio de sus funciones; así mismo, la verificación de alguno de los verbos rectores alternativos contemplados en la norma; corresponde, de igual manera, a un tipo penal en blanco, en la medida que para su materialización, reclama la inobservancia de una normativa ajena a la penal, en la cual se describen los requisitos indispensables para el trámite, suscripción y liquidación de los contratos públicos».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Principios generales / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - El Gobernador a nivel departamental es el competente para celebrar contratos estatales / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Tipo penal de conducta alternativa / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Modalidades: explicación / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Abarca las fases de tramitación, celebración y liquidación del contrato / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Frente a los criterios de descentralización, desconcentración y delegación / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación y desconcentración: no deriva en la ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación y desconcentración: diferencias

«Ahora bien, el objeto de los recursos propuestos por defensa y el procesado, se contrae a considerar que, entre las facultades constitucionales y legales que le asistían al gobernador del Guainía, AJRT, se encontraban las correspondientes a la delegación y desconcentración, de las cuales hizo uso en los procesos contractuales, amparado además en los principios de confianza y buena fe; razón suficiente para entender ajena su responsabilidad, por ausencia de dolo, en el marco del desarrollo negocial delegado, en unos casos, a los secretarios del gabinete, y en otros, a quien fungiera como gobernador encargado.

[...]

Como se anticipó líneas arriba, el delito prevé tres formas alternativas de realización: (i) inobservar los requisitos legales sustanciales en la tramitación del contrato, lo que incluye todos los pasos que la administración debe realizar hasta su celebración, (ii) omitir la verificación de los presupuestos previstos en la ley de contratación estatal al momento de su perfeccionamiento y (iii) desconocer las exigencias relacionadas con la liquidación del contrato.

Ello guarda relación con la intención del legislador, que subyace a la tipificación delictiva, en cuanto, busca separar el comportamiento punible desplegado por los funcionarios encargados de impulsar el trámite de la contratación, del ejecutado por el ordenador del gasto, en relación con las etapas de celebración y liquidación del mismo, quedando al margen de protección la etapa de ejecución, que no comporta reproche penal.

[..]

Así, precisada la distinción entre las figuras de la desconcentración y delegación, la responsabilidad penal del representante legal de la persona jurídica de derecho público, se determina existir cuando este omite, previo a la celebración de los negocios jurídicos, verificar que los funcionarios delegados o en quienes recae la desconcentración, hayan respetado los procedimientos necesarios para contratar, bien sea por licitación pública o contratación directa, conforme la naturaleza o cuantía del contrato; como también, cuando se aparta del deber de corroborar que fueron llevadas a cabo todas las etapas necesarias en el cometido de garantizar una selección objetiva que satisfaga el interés general».

CONTRATACION ADMINISTRATIVA -
Contratos de menor cuantía: pueden realizarse por licitación pública o contratación directa, deber de cumplir los requisitos legales de la modalidad escogida / **CONTRATACION ADMINISTRATIVA -** Contratación directa / **ADMINISTRATIVA -** Principio de selección objetiva: consulta de precios o condiciones del mercado respecto de los artículos o bienes que pretende adquirir en aras de preservar el interés público o general / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES -** Se estructura: si los contratos se adelantan apartándose del principio transparencia y de selección objetiva

«Conforme lo estipula el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de manera general, la contratación pública se realiza a través de un proceso de selección del contratista mediante licitación o concurso público, con excepciones, entre ellas los casos en los que el asunto es considerado de menor cuantía, de acuerdo con el presupuesto anual de la entidad.

[...]

De conformidad con la prueba obrante en el infolio, se tiene que en la respectiva actuación precontractual solamente se recibió la propuesta presentada por NDPRC, pues, en ese sentido, no existe constancia o prueba de cualquier índole que permitiera determinar la existencia de alguna oferta adicional, como resultaba imperativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

En el trámite contractual tampoco se contó con el estudio de precios del mercado, pese a determinarse necesario, en seguimiento de lo establecido en la normatividad referida.

Por contera, los documentos extraídos del trámite contractual permiten determinar que el ex

gobernador RT, al momento de tramitar y suscribir el contrato que firmó con RC, desconoció los principios de selección objetiva y transparencia, materializados en la violación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -
Delegación y desconcentración: no deriva en la ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -** Delegación: características / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -** Delegación: quien delega tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado

«[...] los recurrentes plantearon, indistintamente, que RT delegó o desconcentró el desarrollo precontractual de los negocios jurídicos relacionados con el proyecto “Control de contaminación por mercurio, implementación de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía”, específicamente, en el secretario de agricultura, JGR.

Por esa razón, NDPRC -quien olvidó el objeto del contrato por el paso del tiempo, al momento de declarar en la audiencia pública de juzgamiento-, sí logró recordar que tuvo siempre contacto con aquél en todas las etapas del contrato, y nunca con RT; precisamente, por la autonomía que poseía el delegado, para el desarrollo del proyecto.

Esa delegación, consideran los recurrentes, exime de responsabilidad al mandatario local.

[...]

En síntesis, el acusado y su defensor no pueden alegar a su favor algún tipo de eximente legal, simplemente porque los únicos institutos que facultan al primero desatenderse parcialmente de sus obligaciones de participación directa, dirección y verificación de los requisitos establecidos para la selección del contratista, nunca fueron utilizados por él, esto es, por mucho que se referencie una actuación exclusiva del Secretario de Agricultura, no se expidió un acto administrativo que lo delegara para el efecto -desde luego, tampoco se materializa aquí una circunstancia de desconcentración-, ni es posible, con alguna seriedad, referir algún tipo, inexistente, de “delegación tácita”.

Entonces, la obligación de adelantar de manera directa las fases de contratación, radicaba exclusivamente en el acusado, de quien, por mucho que se intente, no puede pregonarse simple omisión o negligencia, sino verdadera intervención dolosa en el acto contractual, así se

usara como mampara defensiva la supuesta intervención única de su secretario, en tanto, nada justifica o explica que debiera acudir a este, sin siquiera expedir un acto administrativo que legitime su actuar».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Principio de selección objetiva: consulta de precios o condiciones del mercado respecto de los artículos o bienes que pretende adquirir en aras de preservar el interés público o general / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Principio de publicidad / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Representante legal de la entidad estatal: rol en el proceso contractual / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Los principios de confianza y de buena fe no eximen de responsabilidad

«Suscrito por RT con HJCH, por valor de \$46.000.000. Tenía por finalidad, de acuerdo con la modificación introducida el 26 de julio de 1999, el desarrollo del “plan de manejo ambiental para la explotación aurífera en pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos Inírida y Guainía”.

[...]

El requisito se contempla en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, según el cual, cuando el valor del contrato supere el 50% de la menor cuantía -para este caso \$25.478.250- y al mismo tiempo los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 1998 - \$20.382.600 -, debe contar con tales estudios.

La decisión de primera instancia fue clara al determinar la razón por la cual se consideraba incumplido tal requisito; no obstante, tal aspecto no fue controvertido por los censores, de suerte que, nada tiene que agregar la Corte, en tanto, los elementos de prueba recogidos informan sin ambages que la exigencia en comento no fue cubierta.

Por otra parte, que el contratista HJCH haya sostenido haber sido invitado a hacer la propuesta para el estudio de impacto ambiental, no emerge suficiente en el cometido de demostrar el cumplimiento de la invitación pública, pues en la declaración se refirió únicamente a la supuesta invitación para proponer un estudio de impacto ambiental, pero no aludió a que se le convocase a presentar un plan de manejo ambiental.

Ambos institutos, conforme quedó discernido por la Sala a quo, son diferentes. Además, la normatividad en cita es clara en determinar que la invitación no se efectúa de cualquier manera,

sino únicamente mediante la colocación de un aviso en lugar visible de la entidad, el cual no fue demostrado en su existencia.

Y la razón para ello es evidente, pues, como quiera que se busca la publicidad de la invitación, para que los interesados acudan a presentar su propuesta, el que se decida llamar a alguien en particular desdibuja esa pretensión, sesgando sus efectos y, a la vez, evitando que los interesados, en la práctica, conozcan de la oferta y puedan atenderla.

La buena fe bajo la cual se aduce que actuó el procesado, se ofrece deleznable, en tanto, se trata de exigencias mínimas, no solo de obligado conocimiento, sino de fácil comprensión e implementación.

Ante la contundencia de las pruebas de cargo, la Corte advierte un actuar doloso, se itera, dado que necesariamente tenía por qué conocer la existencia del proyecto en mención y de los contratos que en desarrollo del mismo se celebraron; no obstante saber con suficiencia que con su firma no solo comprometía recursos del departamento, sino que verificaba el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Nada dentro de lo alegado o probado informa de algún tipo de situación excepcional o particular a partir de la cual estimar que, en efecto, la ilegalidad deriva de algún tipo de fuerza mayor o, al menos, simple negligencia del acusado, y no de sus evidentes conocimiento y voluntad de que se evadían requisitos básicos.

Por el contrario, el que se hubiese decidido llamar personalmente a un contratista, ofreciéndole participar en el trámite, advierte cómo se buscó evadir la ley de manera soterrada, para eludir que otros participantes pudieran acudir y, a la par, dirigir la contratación hacia alguien previamente definido.

Debe insistirse en que la “delegación tácita” que RTS afirmó realizar en GRF, basado en la confianza en ese servidor, en nada contribuye a librarlo de responsabilidad, porque, al igual que en el primer caso, está claro que esta figura no existe y era de su resorte realizar actividades de verificación, control y vigilancia, precisamente por su condición de representante legal y ordenador del gasto del departamento de Guainía.

[...]

Por lo anterior, está suficientemente probado que el exgobernador AJRT, con dolo, intervino en el contrato 017 del 3 de septiembre de 1998, al

margen de los principios establecidos en la Ley 80 de 1993».

CONTRATACION ADMINISTRATIVA - Principio general de la capacidad: las personas naturales pueden suscribir contratos estatales, requieren su mayoría de edad / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Se configura: cuando se vulneran los principios de la contratación / **CONTRATACION ADMINISTRATIVA** - Principio general de la capacidad: pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes / **RECURSO DE APELACIÓN** - No es para aducir nuevas pruebas

«Se dijo en el pliego de cargos, que la irregularidad se verifica por la incapacidad para contratar de NU, pues, era menor de edad en ese momento.

[...]

Empero, la defensa invoca el extravío del documento que habilitaría al incapaz para contratar, precisamente, por el considerable paso del tiempo.

Para la Sala es claro que esa manifestación no es susceptible de acogerse. El dicho se presenta como una simple conjetura sin el más mínimo respaldo probatorio. No existen razones para suponer viable la desaparición del permiso, si se parte de la base de que todos los contratos se encontraban completos en lo que toca con los documentos que a ellos se aportaron originalmente, y datan de la misma lejana época.

[...]

La capacidad para contratar no es un aspecto que concierne analizar en la etapa ejecutiva de un contrato. Es un tópico que, al igual que los demás requisitos echados de menos, hace parte de los trámites propios de la fase precontractual. La verificación debe realizarse, por contera, en el mismo escenario ya expuesto: la etapa de celebración del negocio jurídico.

Al interior de ésta, RT debió observar los presupuestos necesarios para la perfección del negocio jurídico, es decir, verificar con rigor el cumplimiento de los requisitos inherentes a la fase precontractual pero, una vez más, celebró el contrato conociendo que no se cubría una exigencia básica, irradiada a todos los contratos públicos, que obliga del contratista contar con aptitud legal para el efecto.

Finalmente, como RT consideró que la minoría de edad no se erige en requisito esencial para la celebración de contratos estatales, la Sala debe

indicarle que el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad, preceptúa:

Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (...)

Ello significa que la capacidad legal es un requisito habilitante para participar en cualquier proceso de selección, de suerte que, al igual que los demás requisitos necesarios para contratar, debe ser revisada por el ordenador del gasto al momento de celebrar el respectivo contrato.

En consecuencia, la conducta del gobernador realiza la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al haber celebrado los contratos indicados, conociendo que no se cumplía los requisitos esenciales de la contratación pública.

Finalmente, en punto de la sugerencia de RT de presentar nuevas pruebas, la Sala recuerda que los recursos no constituyen oportunidad para allegar evidencia novedosa, bajo el entendido que ha sido, para este momento procesal, superado el lapso estipulado para el efecto, vale decir, en el derrotero antecedente-consecuente, que signa los actos procesales, la oportunidad deprecada es por completo extemporánea, de lo cual se sigue la ostensible afectación del debido proceso que ello apareja, para no hablar de cómo se desnaturaliza la esencia del recurso de apelación y se ve afectada la posibilidad de contradicción de las otras partes».

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN - Imputación fáctica y jurídica: debe ser clara y concreta / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Requisitos: relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Requisitos: relación con garantías fundamentales / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Hechos jurídicamente relevantes: deber de cuidado de la fiscalía al estructurar hipótesis a incluir en la acusación, so pena de vulnerar los derechos al debido proceso y defensa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes, relación en asuntos de ley 600 / **CONTRATACION ADMINISTRATIVA** - Delegación y encargo: diferencias en materia contractual frente al acto de la firma / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Servidores públicos en encargo

«Sobre el delito en cuestión, debe decirse que, en reiteradas oportunidades la Sala ha hecho énfasis acerca de la necesidad de que la Fiscalía estructure con cuidado la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que pretende incluir en la acusación, entre otras cosas, porque se puede

afectar el debido proceso y derecho de defensa, a más que la misma determina el tema de prueba.

Es cierto que tales pronunciamientos se han efectuado dentro del marco de la Ley 906 de 2004, pero su aplicación se predica, de la misma manera, en relación con los asuntos regulados por la Ley 600 de 2000, pues, al fin y al cabo, la situación fáctica, independiente del régimen que gobierne la actuación, debe suponer un relato claro, preciso, circunstanciado y completo, que permita determinar en concreto qué conducta es la atribuida y cómo ella se acomoda a determinado tipo penal.

[...]

Debe precisarse, entonces, que si la atribución penal remite a la inobservancia de requisitos previos a la firma del contrato, de ninguna manera puede atribuirse responsabilidad penal al procesado, por dos razones elementales: (i) esas falencias solo comportan efectos penales al momento de firmarse el contrato, en tanto, gobiernan su ilegalidad; (ii) la obligación de impedir efectos legales de las dichas irregularidades, solo se materializa al momento de suscribirse el contrato, en el entendido que

quien lo firma asume haber efectuado el examen de las exigencias y sus satisfacción, hasta el punto de otorgar efectos concretos al trámite.

Se precisa, igualmente, que en tratándose de la figura de encargo, no operan similares conclusiones a las que se hicieron en torno de la delegación y la concentración, por la elemental razón que el Gobernador encargado, para el caso, asume por completo las funciones y competencias del cargo, sin ningún tipo de remisión o accesoriadad respecto del titular.

Junto con ello, es también claro que quien ha sido desplazado, de manera permanente o transitoria, del cargo, no desempeña ningún tipo de función relacionada con el mismo, durante el término de separación, ni es factible atribuirle obligaciones de verificación o supervisión respecto de la contratación.

En conclusión, la Sala revocará parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, absolver a AJT, exclusivamente en lo que corresponde al contrato rotulado con el número 017.

La Corte procede, en consecuencia, a reajustar la dosificación punitiva [...].».

Inicio

8. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

PÚBLICA - Víctima: representación de la

Fiscalía General de la Nación, cuando la afectación de la función pública es atribuida a fiscales / **JURISPRUDENCIA** - Precedente:

la Sala recoge un criterio anterior

/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: principio de unidad de gestión y jerarquía, concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Fiscalía: principio de unidad de gestión y jerarquía, alcance / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Víctima: representación,

Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía

General de la Nación, no importa si las

funciones bajo las cuales se cometió la

conducta punible son propias o

jurisdiccionales / **FISCALÍA GENERAL DE**

LA NACIÓN - Víctima: representación: no la

ejerce la Rama Judicial

La Sala de Casación Penal revocó el auto proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Riohacha, mediante el cual reconoció como víctima dentro del proceso a la Rama Judicial representada por la Dirección de Administración Judicial.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala redefinió su jurisprudencia, en el sentido de determinar que la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación es el sujeto legitimado para constituirse como víctima en los procesos penales que se adelantan contra fiscales por la presunta comisión de delitos en ejercicio de sus competencias conforme al artículo 11-1 del Decreto 016 de 2014 modificado por el Decreto 898 de 2017, sin importar si las funciones bajo las cuales se haya cometido la supuesta conducta punible, son propias o jurisdiccionales.

AP2432-2022(60346) de 08/06/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 27 de agosto de 2008 aproximadamente a las 13:20 horas la señora A.M.C.R. y cinco personas más fueron arrolladas por un vehículo particular.

2. Por estos hechos, el 23 de septiembre de 2009 la señora A.M.C.R. instauró la correspondiente denuncia por el delito de lesiones personales culposas, cuyo conocimiento correspondió al Fiscal 1° del municipio de Fonseca J.A.H.P., dentro de cuyas diligencias fue retenida, para fines periciales, la camioneta con la cual fue atropellada la víctima.

3. El fiscal J.A.H.P., accedió a la petición del presunto tenedor del vehículo y profirió la Orden de Fiscal del 11 de septiembre de 2008, mediante la cual dispuso la entrega del automotor retenido.

4. Esta orden se consideró manifiestamente contraria a la ley, por cuanto presuntamente contravino el artículo 100 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que la entrega definitiva de los vehículos vinculados en delitos culposos le corresponde al juez de control de garantías.

5. El 15 de septiembre de 2020 el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Riohacha declaró legalmente formulada la imputación hecha por la Fiscalía en contra de J.A.H.P., por el delito de prevaricato por acción con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 9° del artículo 58 del Código Penal.

6. Ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Riohacha se celebró la audiencia de formulación de acusación el 23 de septiembre de 2021. Durante el desarrollo de la audiencia, la Sala decidió reconocer como víctima a la Rama Judicial representada por la Dirección de Administración Judicial. Contra esta determinación la defensora de J.A.H.P. interpuso el recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto devolutivo.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas: Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctimas: reconocimiento, soporte probatorio, como mínimo debe existir prueba sumaria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctimas: Reconocimiento, oportunidad

«Conforme al artículo 132 de la Ley 906 de 2004 la víctima es toda persona natural o jurídica que individual o colectivamente haya sufrido algún daño como consecuencia del injusto.

Adicionalmente, quien pretenda adquirir la condición de víctima dentro del proceso penal debe precisar en qué consistió el daño real y concreto causado por la comisión del delito investigado o juzgado, así se persigan los objetivos de justicia y verdad y no la reparación pecuniaria, y en dado caso, tiene la obligación de

aportar los medios de convicción que sumariamente demuestren la afectación.

Finalmente, a pesar de que el artículo 340 del Código de Procedimiento Penal indica que la calidad de víctima se determina en la audiencia de formulación de acusación, la jurisprudencia de esta Sala ha sido clara en señalar que la víctima tiene derecho a intervenir en todas las fases de la actuación procesal, y en consecuencia ella puede materializar su derecho a la intervención en el proceso penal en las fases previas y posteriores a la formulación de acusación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas: concepto, comprende a las personas naturales y jurídicas que sufren daño a consecuencia de la infracción penal / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Lesividad: la principal afectada es la Nación, representada por las ramas del poder público / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Lesividad: afectación de la función pública, su materialización mancha su imagen ante la sociedad / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Lesividad: afectación de la función pública, su materialización genera desprestigio y disminuyen la legitimidad de su accionar / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Víctima: representación de la Rama Judicial, cuando la afectación de la función pública es atribuida a los jueces / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Víctima: representación de la Fiscalía General de la Nación, cuando la afectación de la función pública es atribuida a fiscales

«Esta Sala ha señalado que, la Nación representada por las diferentes ramas del poder público que la conforman, es la principal afectada por los delitos contra la administración pública. Por cuanto, la comisión de estas conductas distorsiona su estructura y organización constitucional, además mancha su imagen ante los ciudadanos, la desprestigia y socava su legitimidad.

Igualmente, ha establecido que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en representación de la Nación-Rama Judicial está legitimada para actuar como víctima en los procesos que se adelantan contra jueces de la República por la comisión de delitos en cumplimiento de sus funciones, en los términos del numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996. Por su parte, cuando la comisión de una conducta punible sea atribuida a un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, es la propia entidad la legitimada para constituirse como

víctima conforme al artículo 11 del Decreto 016 de 2014 modificado por el Decreto 898 de 2017».

RAMA JUDICIAL - Víctima: su representación dependerá del órgano a quien sea directamente imputable las acciones u omisiones y si fueron desarrolladas en actividades propias de la función jurisdiccional / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: Variación / **CONSTITUCIÓN POLÍTICA** - Artículo 249: la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Representación judicial: evolución legislativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: principio de unidad de gestión y jerarquía, concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: principio de unidad de gestión y jerarquía, alcance / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Víctima: representación, Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación, no importa si las funciones bajo las cuales se cometió la conducta punible son propias o jurisdiccionales / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Víctima: representación: no la ejerce la Rama Judicial

«En el auto AP4527-2019 del 16 de octubre de 2019 dentro del radicado 55756 se definió la subregla consistente en que, cuando la conducta punible atribuida a uno de los funcionarios de la Fiscalía, fue cometida por incumplimiento de un acto propio de sus funciones jurisdiccionales, el sujeto legitimado para actuar como víctima era la Rama Judicial del Poder Público, toda vez que en estos casos los funcionarios del ente acusador actuaban como verdaderos jueces. [...]

Esta postura jurisprudencial fue reiterada en el auto de la Sala de Casación Penal AP1050-2021 del 3 de marzo de 2021 dentro del radicado 57791.

En la presente decisión, la Sala redefine este criterio jurisprudencial para variar la mencionada subregla, en el sentido de determinar que en los casos en los cuales un fiscal sea investigado por la comisión de una conducta punible en cumplimiento de sus competencias, el sujeto legitimado para actuar como víctima dentro del proceso penal será la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación, sin importar el tipo de funciones bajo las cuales haya cometido la supuesta conducta punible. Esta reformulación jurisprudencial se acoge por las siguientes razones:

En primer lugar, las altas cortes tienen un papel unificador de la jurisprudencia y en virtud de las garantías de la seguridad jurídica e igualdad de los asociados, el fundamento para un cambio jurisprudencial se restringe a eventos muy puntuales.

Dentro de estos eventos, se encuentra la necesidad de redefinir la jurisprudencia vigente porque resulta contraria a los valores, objetivos y principios de determinadas instituciones fundamentales dentro del ordenamiento jurídico.

Así, conforme a lo anterior, la interpretación que se impone en este caso y que reformula la anterior, se ajusta mejor a la función y a las atribuciones que el legislador le ha asignado a la Fiscalía General de la Nación en el actual sistema penal acusatorio.

El sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004 y las normas que lo desarrollaron buscan dotar de mayor autonomía a la Fiscalía General de la Nación en su rol de acusador frente a la Rama Judicial, motivo por el cual se restringieron sus funciones jurisdiccionales y la representación de la Fiscalía en los procesos judiciales es atribuida a la propia entidad.

El artículo 249 de la Constitución Política establece que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial, no obstante, reconoce que esa entidad tiene autonomía administrativa y presupuestal.

El anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) consagra en su artículo 137 respecto a la constitución de parte civil que, en los procesos por delitos contra la administración pública, en caso de que la perjudicada sea la Fiscalía General de la Nación, la constitución de parte civil estará a cargo del Director Ejecutivo de la Administración Judicial o por el apoderado especial que designe.

Adicionalmente, la Ley 600 de 2000 asignó a los fiscales numerosas funciones jurisdiccionales, dentro de las que se encuentran: la facultad de expedir medidas de aseguramiento que restringen la libertad del investigado, como la detención, la conminación y la caución para asegurar su comparecencia al proceso, la atribución para resolver la situación jurídica del indagado, la potestad para calificar el mérito del sumario y la prerrogativa de dictar resoluciones de acusación ante los jueces contra el presunto responsable de un hecho punible, etc.

Con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación recibió mayor autonomía para constituirse primordialmente como ente acusador en el proceso penal, y a su

vez sus funciones jurisdiccionales fueron restringidas y concebidas como estrictamente excepcionales.

Bajo esta nueva concepción de la Fiscalía General de la Nación, se estableció que esta entidad se rige por el principio de unidad de gestión y jerarquía:

“La reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002 consagró los principios constitucionales de unidad de gestión y jerarquía, en el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución, los que permiten al Fiscal General de la Nación “determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”. Se trató de la “modificación más significativa del artículo 251”.

Adicionalmente, la jurisprudencia de las altas cortes ha establecido que este principio:

“[v]ino a desarrollar la intención inicial del Constituyente de crear un cuerpo coherente, que pusiera en marcha la política criminal y superara los problemas que había generado el sistema anterior de jueces de instrucción criminal, respecto de los que operaba plenamente el principio de autonomía judicial y no actuaban, por lo tanto, como un cuerpo, por ejemplo, frente a la lucha contra la criminalidad organizada. En este sentido, en la presentación del proyecto de Acto Legislativo que finalmente se convirtió en el Acto Legislativo 03 de 2002, los ministros del interior y de justicia explicaban que la finalidad de la reforma era “(...) dotar al Fiscal General de la Nación de la facultad de orientar la gestión de la Fiscalía para que se fortalezca como institución”, bajo el entendido que “(...) es de la esencia del funcionamiento de una fiscalía moderna contar con una estructura jerárquica determinada, con la posibilidad de hacer políticamente responsable a la institución por conducto de su cabeza, en el entendido de que en el marco de amplias facultades para investigar y acusar, debe existir un contrapeso que permita un sólido control en el interior de la misma, pues de lo contrario se caería en el absurdo de la atomización de la función y la unificación de responsabilidades”.

Acorde con el nuevo paradigma procesal, fue promulgado el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Ley 938 de 2004). En el artículo 25-11 de esta norma se estableció que al Fiscal General de la Nación le correspondía representar a la entidad en procesos judiciales, para lo cual podía constituir apoderados especiales.

Esta norma fue derogada por el Decreto 016 de 2014, cuyo artículo 11-1 mantuvo esta atribución y designó a la Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación para que representara a la entidad en los procesos judiciales en los cuales hiciera parte.

Finalmente, el Decreto 898 de 2017 modificó el Decreto 016 de 2014 y en su artículo 30 estableció que la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación tiene la función de representar a la entidad, mediante poder conferido por el Fiscal General o por quien este delegue, en los procesos judiciales, extrajudiciales, prejudiciales y administrativos en que sea parte.

Por todo lo anterior, es claro que el legislador determinó que en el marco del sistema penal acusatorio la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de su autonomía frente a la Rama Judicial y en virtud del principio de unidad de gestión y jerarquía debe ejercer su propia representación en los procesos judiciales de los que hace parte.

En segundo lugar, de las normas que reglamentan la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación no se deduce que el legislador haya querido asignar la representación de la Fiscalía en procesos judiciales a otra entidad distinta a ella en los eventos en los cuales los fiscales son investigados por cometer delitos en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

En cambio, la norma actualmente vigente que regula la materia (artículo 11-1 del Decreto 016 de 2014 modificado por el artículo 30 del Decreto 898 de 2017) establece patentemente que la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación tiene la función de representar a la entidad en los procesos judiciales en que la entidad sea parte, sin hacer distinciones adicionales.

Por último, como se puede evidenciar en los antecedentes de la presente decisión, la subregla jurisprudencial que se reformula, resultaba confusa al momento de determinar con exactitud cuándo los fiscales cometían delitos en ejercicio de funciones jurisdiccionales en situaciones concretas, y más aún en casos como el sub iudice, en los cuales para el a quo el fiscal investigado “había usurpado funciones jurisdiccionales” atribuidas legalmente a los jueces de control de garantías.

En conclusión, la Sala redefine su jurisprudencia con fundamento en la función y las atribuciones que en el actual diseño constitucional y legal se le han asignado a la Fiscalía General de la Nación en el marco del sistema penal acusatorio, y en el

principio de unidad de gestión y jerarquía que la gobierna. Por lo tanto, varía la subregla anterior para determinar que la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación es el sujeto legitimado para constituirse como víctima en los procesos penales que se adelantan contra fiscales por la presunta comisión de delitos en ejercicio de sus competencias conforme al artículo 11-1 del Decreto 016 de 2014 modificado por el Decreto 898 de 2017, sin importar el tipo de funciones bajo las cuales hayan cometido la supuesta conducta punible».

RAMA JUDICIAL - Víctima: representación, no la ejerce ante hechos realizados por fiscales en ejercicio de sus funciones / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACION** - Víctima: representación: Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACION** - Víctima: representación: no la ejerce la Rama Judicial

«[...]

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en la audiencia de formulación de acusación del 23 de septiembre de 2021, amparada en el auto AP4527-2019 del 16 de octubre de 2019 dentro del radicado 55756, reconoció como víctima en el proceso a la Rama Judicial representada por la Dirección de Administración Judicial, por cuanto consideró que el procesado presuntamente usurpó funciones jurisdiccionales que no le competían, con lo cual la administración de justicia sufrió un daño real y concreto que afectó su reputación y credibilidad.

Esta decisión será revocada, por cuanto la Rama Judicial carecía de legitimidad para ser reconocida como víctima dentro del proceso penal que se adelanta contra el fiscal JAHP.

Así, conforme a la subregla fijada en el apartado anterior, cuando se procesan penalmente funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de sus funciones, es la propia entidad la legitimada para actuar como víctima dentro de la actuación, sin importar el tipo de funciones bajo las cuales hayan cometido la supuesta conducta punible.

En el presente asunto, el fiscal JAHP profirió una decisión que se encuentra cuestionada como contraria a la ley, mediante la cual dispuso la entrega definitiva de un vehículo retenido, sin, al parecer, estar facultado para ello. Esta actuación la realizó en ejercicio de su cargo como fiscal, y en consecuencia no es la Rama Judicial sino la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación la entidad legitimada para actuar como víctima dentro de la actuación, conforme a lo estipulado en el artículo 11-1 del Decreto 016 de 2014 modificado por el Decreto 898 de 2017.

Entonces, en la Fiscalía General de la Nación recae el interés para intervenir como víctima en un proceso en el que se investiga el posible alejamiento de uno de sus fiscales de sus deberes institucionales, pues de esa manera, puede perseguir el esclarecimiento de la verdad, en procura de detectar las falencias propias de la institución y recuperar el prestigio y credibilidad posiblemente mancillados por el actuar ilegal de uno de sus funcionarios».

Inicio

9. DOLO EVENTUAL - Concepto / **PRETERINTENCION** - Estructura y requisitos / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Demostración / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación punitiva / **DOBLE CONFORMIDAD** - Redosificación punitiva

La Corte decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de N.R.S.V., contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la cual revocó el fallo emitido por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá.

En esta oportunidad, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia, por las razones del cargo propuesto, pero la casó oficiosa y parcialmente,

en el sentido de condenar a N.R.S.V. en calidad de autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado, en modalidad preterintencional, redosificando, en consecuencia, la pena impuesta.

Para ello, analizó la valoración hecha por el *ad quem* a los distintos elementos de prueba (testimonial y pericial), la cual consideró adecuada y apegada a la sana crítica; sin embargo, luego de explicar la calificación del elemento subjetivo de la conducta, determinó que, el homicidio fue preterintencional y no doloso.

SP1344-2022(51710) de 27/04/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

**SALVAMENTOS DE VOTO DE LOS
MAGISTRADOS: Diego Eugenio Corredor
Beltrán y Gerson Chaverra Castro.**

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 4 de enero de 2002, N.R.S.V. quedó solo en la casa donde residía, con su nieta M.A.R.S., de 9 meses de edad, porque I.M.S.R., hija de N.R.S.V. y madre de M.A.R.S., había salido a la tienda.
2. Momentos después regresó a la casa I.M.S.R., encontrando sin signos vitales a su hija, por lo que, junto con N.R.S.V., llevaron a M.A.R.S., al hospital Vecinal de Suba, San Pedro Claver, de esta ciudad, al que ingresó sin signos vitales.
3. De acuerdo con la necropsia practicada al cuerpo de la menor, se determinó como causa de la muerte “hipoxia cerebral secundaria a síndrome de hipertensión endocraneana por hematoma subdural, edema cerebral y hemorragia subaracnoidea de tipo traumático”, compatible con el síndrome de maltrato infantil agudo.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONFESIÓN - Concepto / **CONFESIÓN** - Análisis / **TESTIMONIO** - Valoración probatoria: en conjunto con los demás medios de prueba / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria: debe analizarse en forma individual y en conjunto / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: necropsia, apreciación probatoria / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: histología, apreciación probatoria / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Proposición: debe ser estructurada con generalidad y universalidad

«[...] imperioso resulta recordar que el artículo 233 de la Ley 600 de 2000 enlista la confesión como medio de prueba, de suerte que su criterio de valoración se ciñe a los postulados de la sana crítica, en el entendido que debe ser cotejado con los demás medios de prueba, para fijar el grado de credibilidad que ofrece, con los efectos favorables o desfavorables para el sindicado respecto de sus planteamientos y, de contera, en relación con las resultas del proceso.

De cara a este marco de apreciación, en el presente asunto, el juez colegiado derribó la credibilidad del relato ofrecido por NRSV, porque no fue unívoco con lo narrado por los testigos y lo expuesto por la madre de la menor.

Este juicio valorativo no puede considerarse como intrascendente dentro del análisis del plexo

probatorio, porque SV, pese a admitir el descuido para el momento de la caída de su nieta por la escalera, indirectamente dejó enterver situaciones en perjuicio de su hija procesada por la misma causa y en perjuicio de la credibilidad de su propia confesión, ya que afirmó que su hija estaba presente en el momento y sitio de los hechos, cuando se demostró que mientras estos ocurrían IMSR se encontraba en la tienda comprando un tomate.

Asimismo, clara incongruencia surgió entre el primer relato de SV en indagatoria y su confesión en audiencia pública, en tanto, en la primera, no habla de la caída por las escaleras de la menor y, en la segunda, adicionó el relato indicando que la niña rodó por las escaleras.

En la misma línea, surge incoherente el relato del acusado sobre la caída de la menor por las escaleras, al contrastarlo con el dictamen pericial y la declaración del médico HGM, toda vez que este último concluye que la muerte se debió a maltrato infantil por sacudidas fuertes o zangoloteo, lo cual no correspondía a golpes derivados de una supuesta caída por las escaleras.

Estas contradicciones en puntos medulares indican que el Tribunal no incurrió en error alguno al encausar la valoración equivocada del a quo, en relación con la confesión del acusado, que al ser cotejada con los demás testimonios y otros elementos de juicio necesariamente arroja un resultado incongruente.

[...]

La segunda instancia acertó en su valoración, como quiera que los dictámenes, según el artículo 258 de la Ley 600 de 2000, contemplan una serie de criterios para valorarlos, como la idoneidad del perito, la fundamentación técnico-científica que sustenta el dictamen, el aseguramiento de la calidad aplicada, el sistema de cadena de custodia registrado, etc., lo que permite brindarle credibilidad a una experticia de esas características.

[...]

En ese sentido, el método del conocimiento que imprimió el juez colegiado al apreciar el dictamen de HGM, es consecuente con los postulados de la sana crítica, porque la experticia no solo aseguró la existencia de golpes “contundentes”, sino que existieron padecimientos cerebrales que indicaban zarandeo o maltrato infantil que no correspondían al rodamiento por una escalera y que ocasionaron la muerte de la menor.

[...]

En tal virtud, el razonamiento del ad quem es acertado, por cuanto el resultado histológico no podía analizarse de manera separada, sino en conjunto con la necropsia, tal como lo había enseñado la profesional que lo realizó, de cara a la misión que cumple esa sección médica; es decir, la de confirmar la opinión inicial sobre la presencia de hemorragias en las zonas auscultadas por el perito que realizó la necropsia, el que contó con más elementos de conocimiento al haber revisado en su totalidad el cadáver y las lesiones tanto externas como internas.

[...].».

HOMICIDIO CULPOSO - No se configura / **HOMICIDIO AGRAVADO** - No se configura / **DOLO EVENTUAL** - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Configuración / **DOLO EVENTUAL** - No se configura

«[...]

No obstante, contrario a lo considerado por el ad quem, de cara a la calificación del elemento subjetivo de la conducta, debe decirse que, si bien es cierto no puede considerarse como culposa porque se ha demostrado que las lesiones que padeció la infante y que determinaron su muerte no devienen de caídas y un descuido del abuelo, también lo es que el Tribunal erró en la inferencia sobre la posibilidad que el procesado hubiera dejado al azar la muerte de la menor o que hubiera sido su intención ocasionarle el deceso.

En particular, para la Sala no es posible que la actividad del procesado obedezca a un acto culposo, como quiera que para ello debía faltar al deber objetivo de cuidado del agente y, en este caso, no se extracta de la información que en desarrollo de ese deber la niña o él mismo hayan asumido un riesgo o que el acusado desarrolló una tarea que descuidó o en la que fue negligente; por el contrario, esa posibilidad quedó totalmente desvirtuada al establecerse que la niña no pudo causarse las lesiones en una caída, sino como consecuencia de una fuerza que no puede ser otra que la de su abuelo, quien era la única persona que se encontraba con ella.

Tampoco se observó que se hubiera configurado el dolo eventual, porque el procesado no dejó la vida de la menor al azar, pues, debe recordarse, cuando llegó la mamá, el abuelo estaba con la niña en brazos y enseguida realizó las labores tendientes a que fuera atendida en un centro especializado, pidiéndole ayuda a su vecino para que transportara a la menor hasta la clínica.

Debe recordar la Sala que para la configuración del dolo eventual deben coexistir dos elementos:

(i) la previsión de la infracción penal como probable y (ii) la indiferencia respecto de su realización. Entonces, cotejados los hechos con las mencionadas características, no se observa configurado, porque, si bien el enjuiciado podía predecir que un acto como el probado -zarandeo o violencia física- causaría una lesión, no quería causarle la muerte a la menor, y, como se probó, no fue indiferente con la salvaguarda de la niña cuando se percató de que se encontraba en mal estado de salud producto de los actos que propició.

[...].».

PRETERINTENCION - Estructura y requisitos

«[...]

La Corte ha mantenido la línea jurisprudencial, respecto de las exigencias a tener en cuenta para establecer la configuración de la preterintencionalidad, en el sentido de que el “(...) resultado siendo previsible, excede la intención del agente”, porque, habiendo dirigido el sujeto su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza, pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.

A diferencia de lo que sucede en la conducta dolosa, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, un resultado ultra intencional.

Por esas razones, la Corte en distintas decisiones ha establecido que para la configuración de la conducta punible preterintencional, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: a) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; b) verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él; c) nexo de causalidad entre el primero y el segundo evento, y d) homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado».

HOMICIDIO / **PRETERINTENCIONAL** - Demostración / **HOMICIDIO**
PRETERINTENCIONAL - Antijuridicidad
/ **HOMICIDIO** / **PRETERINTENCIONAL** - Culpabilidad / **HOMICIDIO**
PRETERINTENCIONAL - Le son aplicables los agravantes del homicidio simple / **HOMICIDIO**
PRETERINTENCIONAL - Agravado: se configura / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad / **HOMICIDIO**

AGRAVADO - Parentesco, cónyuge o compañero permanente

«[...]

En el caso concreto no se demostró la animadversión del abuelo hacia su nieta, puesto que la progenitora de la niña narró la alegría del mismo por su llegada a su residencia; sin embargo, se aprecia que la menor estaba bajo su cuidado y fue tan solo hasta el momento en que llegó la progenitora de la tienda en que se hizo visible el grave estado de salud por el que pasaba la niña, momento a partir del cual el acusado dio una serie de excusas, que no pudieron ocultar su actividad lesiva reconstruida con los testimonios y el dictamen pericial, daños que se materializaron en la ruptura de la clavícula, el daño en el cerebro y la consecuente muerte de la menor.

De contera, si la menor sufrió una fuerte sacudida, se advirtió que el causante fue SV, quien conociendo la diferencia de fuerza y de resistencia entre este y una bebé de tan solo 9 meses, pudo advertirse que la energía violenta podría causarle daño e inclusive la muerte; no obstante, ese episodio único no puede tomarse como razón suficiente para inferir que quiso el resultado muerte o que fue indiferente a su producción.

[...]

A partir de ello, es dable afirmar que SV, partiendo de la base de que sacudió a la menor,

lo cual le causó las lesiones y la muerte, no buscaba algo más que corregir a la menor (con todo y lo absurdo ello sea respecto de una bebé) o en últimas lesionarla.

Ahora bien, contando con la diferencia de tamaño, resistencia, fuerza y capacidad de entendimiento, el procesado podía prever que un acto de esa naturaleza estaba en capacidad de lesionar a la menor, pero, a la vez, de ocasionar su deceso. Era completamente predecible que la impresión de fuerza de un hombre adulto en contra de una menor podía causar daños más allá de una simple lesión.

[...]

En suma, el resultado típico -homicidio preterintencional- se produjo por (i) las lesiones ocasionadas a la menor por SV con intención; y, (ii) la muerte de la menor como consecuencia de las lesiones producidas por el procesado, pero sin el decidido propósito de este de matarla, pese a la previsibilidad de que él podía ocasionarle la muerte.

De la misma manera, se configuran los agravantes dispuestos en los numerales 1 y 7 del artículo 104, por cuanto el acusado era el abuelo de la víctima y le ocasionó daño a una bebé de 9 meses, quien se encontraba en evidente estado de inferioridad frente a su abuelo, dada la diferencia de tamaño, fuerza y agilidad.

[...]

Inicio

10. ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **FALSO RACIOCINIO** - Configuración: estereotipos sobre comportamiento sexual de la mujer / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Agravado: se configura, la relación afectiva y la convivencia que la víctima mantiene con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - No siempre hay actos de defensa ante la violencia

La Corte decidió el recurso de casación interpuesto por la defensora de D.D.A.G. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta misma ciudad que lo condenó por el delito de acceso carnal violento.

La Sala no casó la providencia impugnada, al encontrar que, como lo exige el artículo 381 del estatuto procesal penal, está demostrada, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal de DDAG en la conducta punible de acceso carnal violento sobre YBM y que no se configuran los errores de apreciación probatoria atribuidos en la demanda.

En tal sentido, sostuvo que la estructuración de los cargos de la demanda de casación resulta abiertamente contraria al enfoque diferencial de género, al pretender constituir reglas de la experiencia sobre prejuicios patriarcales y machistas proscritos para resolver este tipo de casos de violencia sobre las mujeres.

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 31 de diciembre de 2012, D.D.A.G. invitó a Y.B.M. a departir la despedida y fiesta de final de año junto a él, en el lugar de residencia personal.

2. La víctima al acudir al sitio referido alrededor de las 22:00 horas, conversó con D.D.A.G. sobre el tipo de relación que tenían, cuando súbitamente éste se exaltó y cambió su comportamiento, la agredió físicamente al agarrarla del cuello y las manos con el fin de tirarla a la cama dentro de su alcoba; así mismo, tomó un cuchillo y la intimidó, logrando sustraerle su pantalón y ropa interior, para luego penetrarla vía vaginal.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Concepto / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración / **TESTIMONIO** - Víctima de delito sexual: apreciación probatoria, en conjunto con los demás elementos de prueba / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: cuando le impide el ejercicio de cualquier acto de libertad, incluida la realización de conductas asociadas a su sexualidad / **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **FALSO RACIOCINIO** - Configuración: estereotipos sobre comportamiento sexual de la mujer / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Agravado: se configura, la relación afectiva y la convivencia que la víctima mantiene con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales

«Sea lo primero indicar que la precisa delimitación del objeto de debate planteado por la libelista resulta crucial para dar respuesta de fondo a su inconformidad, en el sentido de que en el fallo se habría incurrido en violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio en la apreciación de las pruebas.

[...]

El problema jurídico esbozado por la casacionista, aunque en el fondo envuelve ese tópico, es más de tipo probatorio y por eso se duele de que en el fallo impugnado no se avizore un análisis concreto respecto de los elementos de juicio obrantes, quedándose en meras referencias jurisprudenciales sobre temas decantados. Radica, entonces, en determinar si el dicho incriminador de la denunciante acerca de que fue objeto de penetración vaginal no consentida por parte del procesado goza de la credibilidad otorgada, pese a que fue enfática en sostener que no tuvo ninguna relación sentimental con este, toda vez que, a su juicio, esa afirmación reiterativa se ve desmentida por las manifestaciones de algunos testigos de la defensa y con la aplicación de reglas de la sana crítica a la valoración de su dicho (de la experiencia y de la lógica), todo lo cual conduciría a inferir la total mendacidad de la acusación, erigiéndose así un manto de duda sobre la existencia de la afrenta sexual violenta que debe traducirse en la absolución de DDAG.

[...]

De acuerdo con lo expresado por la declarante, ciertamente fue enfática en negar que tuvo una relación sentimental o amorosa con el procesado, insistiendo en que se limitó a un trato de amistad, muy a pesar de los cortejos de este hacia ella. Y aun cuando admitió que acudía con frecuencia a la habitación donde residía, lo hacía en múltiples ocasiones cuando salía de su trabajo ubicado al frente de su morada, con el fin de preparar el desayuno.

Dicha negativa, como lo apunta la libelista, en verdad se contrapone totalmente con lo expuesto por los testigos de la defensa RGT, JECT y LC. [...]

La demandante también sostiene que esa negativa rotunda de YBM de no haber tenido una relación afectiva con el procesado previa a la fecha de los sucesos, riñe con la regla de la experiencia según la cual una madre que vive con sus hijos, que los ama y los protege, por lo general no los va dejar solos en una fecha tan especial como lo es el 31 de diciembre, para realizar un viaje de más de 130 kilómetros y cuatro horas entre Chiquinquirá y Bogotá, solo para encontrarse “con un amigo” y pasar con él año nuevo, más aún con las complicaciones que usualmente trae ese desplazamiento para esa fecha, en la que muchas personas se movilizan de una ciudad a otra para compartir con sus allegados esa festividad.

Las reglas de la experiencia, en efecto, son un concepto que forma parte de los criterios de la sana crítica, junto con los principios de la lógica

y las reglas de la ciencia del conocimiento humano. Emanan, como de forma reiterada lo ha señalado esta Sala, de la observación de un proceder generalizado y repetitivo en un marco temporal y espacial específico, por lo que tienen pretensiones de universalidad que se expresan bajo el enunciado “siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B”

[...]

A partir entonces de la apreciación integral del testimonio cuestionado, sobre cuyo contenido se confecciona la máxima de la experiencia invocada por la actora, resulta evidente su incorrección, debido a que para su formulación no tiene en cuenta todas las expresiones aducidas por el testigo, las cuales patentizan que no fue el mero llamado del procesado, como lo quiere hacer ver la libelista, el que llevó a YBM a casi que a deshacerse prontamente de sus pequeños hijos, dejándolos con su abuela, para desplazarse hasta Bogotá y cumplirle la cita -sin importar la fecha especial y las “peripecias” que tuviera que hacer, con tal de estar con él y sostener relaciones sexuales consentidas, según se plantea en el cargo— sino el de no pasar esa festividad sola, incluso resistiéndose inicialmente a esa petición, pero que al final el procesado logró convencerla.

Ahora, al margen de que para la elaboración de la presunta máxima de la experiencia se soslayan los aludidos aspectos relevantes informados por la deponente, la conclusión que extrae también carece de conexión lógica con el enunciado, pues aún si estuviera acreditada la relación afectiva con el procesado (o incluso aceptando que le atraía) y que YBM la considerara tan importante como para no pasar una fecha especial con sus hijos, ello no guarda ningún nexo con el consentimiento que habría dado para que la accediera carnalmente esa noche, lo cual tiene explicación, simple y llanamente, en un arraigado estereotipo de discriminación machista que se podría formular de la siguiente manera: “siempre o casi siempre que existe una relación sentimental en una pareja, la mujer consiente la relación sexual”.

Empero, esta aparente máxima de la experiencia contiene un prejuicio que socava la autonomía y libertad sexual de la mujer, que por más enquistada en el pensamiento colectivo de sociedades por excelencia patriarcales, atenta contra la razón, y, por eso mismo, no puede servir de sustento para dilucidar la responsabilidad penal en los eventos de violencia sexual contra ellas.

Es más, la misma regla que formula la demandante para el caso especial que se analiza, combina otro patrón de discriminación sexual

hacia el mismo género, de acuerdo con el cual si una mujer acepta una invitación de un hombre y para cumplirla despliega esfuerzos que se pueden considerar importantes, como habría sido no compartir con sus pequeños hijos en una fecha especial como el año nuevo y fuera de eso se somete a un viaje de una ciudad a otra con la congestión que esa movilización entraña ese día en particular (o simplemente la primera situación o una afin), es porque necesariamente (siempre o casi siempre) quiere sostener relaciones sexuales con el hombre que la convidó.

Asumir como máximas de la experiencia tales conductas, según lo tiene decantado la Corte y lo recuerdan los nos recurrentes en este trámite, cristaliza un ostensible defecto de valoración probatoria, por desconocimiento del adecuado enfoque de género al que se ha de acudir para resolver este tipo de casos de violencia sobre las mujeres, constitutivo de un error de hecho por falso raciocinio, [...]

De lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar en relación con la invocada máxima de la experiencia que, para su elaboración, la casacionista (i) omitió contenidos esenciales de la prueba sobre cuya valoración se sustenta, esto es, la declaración de la víctima YBM y, (ii) se sustenta en estereotipos machistas, de dominación patriarcal, desconocedores del enfoque diferencial de género, por lo que no es acertado otorgarle tal connotación.

Bajo esa comprensión, se tiene entonces que los únicos elementos de juicio que controvierten la afirmación de YBM sobre la inexistencia de una relación sentimental con el acusado previa al episodio objeto de estudio, son las manifestaciones aludidas de los testigos de la defensa [...]

En ese marco, ha de auscultarse si, como lo sostiene la libelista -siendo este el meollo de su crítica— esa contradicción probatoria reviste de la entidad suficiente para colegir que la incriminación de YBM contra el procesado DDAG de haberla accedido carnalmente aquella noche de año nuevo contra su voluntad y mediante el empleo de la fuerza, deviene falaz. Para la Sala, la respuesta a tal propuesta es negativa porque esa contradicción realmente no descarta que los hechos hayan sucedido tal y como los relata YBM. [...]

[...] la contradicción entre el dicho de la víctima y los testigos mencionados de la defensa acerca de la existencia de una relación sentimental entre aquella y el procesado, por una parte, resulta del todo irrelevante, porque ni siquiera permite demostrar, como lo da por supuesto la libelista, que existiera para el momento de los hechos, no

siendo suficientes para confirmarla los últimos medios de prueba referidos. Por otra, también está desprovista de idoneidad para sustentar la tesis defensiva de que el acceso carnal sucedido la noche en cuestión fue consentido por YBM, tanto porque la existencia de esa relación no implica necesariamente la realización de actividad sexual, como porque, según ya se explicó, entraña un indiscutible estereotipo de discriminación sexista en contra de la mujer.

Con el fin de ampliar sobre esto último, subráyese, como bien lo apuntalan la Fiscalía y el Ministerio Público en sus alegaciones de no recurrentes -y también lo acepta la libelista pero a la final no lo aplica en su disertación—, que la existencia de una relación de pareja en la que haya actividad sexual previa y consentida, como puede ser el caso de matrimonio, uniones de hecho, noviazgos o afines, no impide que se puedan configurar delitos sexuales, porque tal idea haría eco del aludido estereotipo machista consistente en que la mujer debe estar siempre disponible para satisfacer el requerimiento erótico de su pareja, lo que reduce drásticamente su autonomía personal y cosifica su papel al seno de estas formas de interrelación personal, como así lo tiene dicho -de hace tiempo ya— la jurisprudencia de esta Sala, [...]

En ese orden, se equivoca abiertamente la demandante cuando afirma, refiriéndose al testimonio de la víctima, que “lo que no concuerda en este relato es por qué ocultarle a la justicia esa parte tan importante y necesaria para comprender los hechos” (subraya fuera de texto), haciendo alusión, se insiste a su negativa insistente en reconocer la existencia de la relación sentimental entre ella y el sindicado, cuando, según quedó visto, se trata de un aspecto que no hace parte del tema de prueba, ni de los hechos jurídicamente relevantes para la determinación de la responsabilidad penal en los casos de violencia sexual contra la mujer».

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Elementos: violencia, evolución jurisprudencial / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Elementos: violencia, física o moral / **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas

/ **PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - No se vulnera / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - No siempre hay actos de defensa ante la violencia / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido / **FALSO RACIOCINIO** - No se configura por desacuerdo en la valoración probatoria

«Bajo la misma línea argumentativa también sorprende el planteamiento de la libelista, encaminado también a sustentar el falso raciocinio atribuido a la apreciación del tribunal sobre la misma prueba, derivado de la actitud pasiva que habría mostrado YBM al no haber intentado huir luego de enfrascarse en un enfrentamiento físico con el procesado, en cuyo desarrollo lo arañó y mordió en un dedo, y, en vez de ello, optó por permanecer en el lugar mientras este trajo un cuchillo de la cocina, o por haberse quedado “voluntariamente” en el inmueble, luego del acceso carnal, amparada en un miedo inexplicable, hasta las 7:30 a.m. del día siguiente, y cuando ella misma refiere que su agresor la dejó incluso llamar por teléfono a sus hijos antes de las 12 de la noche, lo cual, desde su punto de vista, le resta toda credibilidad a la acusación. Así mismo, le parece inverosímil, ya con respecto al acceso carnal, que con una mano su defendido haya sostenido el cuchillo con el que dijo la amedrantaba y, al mismo tiempo, la despojara de sus vestiduras y le introdujera su miembro viril vía vaginal, aunado a que ella también estaba defendiéndose.

Pues bien, además de que, a no dudar, estos argumentos comportan nuevamente un total desconocimiento del correcto enfoque de género que, como ya se advirtió, debe aplicarse en estos casos, a la par distorsionan por completo su declaración, toda vez que refunde las diferentes secuencias de lo sucedido conforme lo narró YBM, y tampoco se compadecen con la forma violenta como se presentaron, cuya ponderación debe realizarse, según lo ha indicado esta Sala, desde una perspectiva ex ante, o lo que es igual, “teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida” (SP439, feb. 20 de 2018, rad. 50493).

Se dice que la actora tergiversa el contenido objetivo del testimonio porque mezcla la

secuencia de lo sucedido, pues unifica la reacción física de la víctima con el momento en que fue accedida carnalmente, cuando está claro que primero se presentó el intercambio de agresiones físicas a raíz de que el procesado se exaltó porque ella no aceptó su pretensión de tener una relación amorosa con él, sino solo como amigos (primer episodio), y luego sí se aprovisionó de un cuchillo de la cocina con el que la obligó a la relación sexual (segundo episodio) y, por último, a quedarse a su lado hasta el otro día (tercer episodio)

[...] descrita de forma detallada la acción de DDAG, surge evidente que, como lo exige la jurisprudencia de la Sala, fue del todo idónea para producir el resultado típico de doblegar la voluntad de la víctima, mediante el uso de violencia física y moral, lo primero a través de agresiones físicas (golpes y sujeción fuerte) y, lo segundo, bajo amenaza con cuchillo, para concretar el propósito trazado de penetrarla vaginalmente sin su consentimiento, con lo cual actualizó el tipo penal sancionado en el artículo 205 del C.P. por el que fue acusado.

Entonces, aparte de que la censora para sustentar su prédica tergiversa y omite apartes significativos de la declaración de la ofendida, lo cual, como ya se evidenció, es constante en la demanda, al poner en tela de juicio el comportamiento desplegado por la víctima durante y después de la penetración no consentida, incurre otra vez en estereotipos de género, que pretende hacerlos pasar como consuetudinarias reglas de la experiencia.

Lo anterior, como bien lo apunta la representante de la sociedad, porque, desde esa perspectiva, para la plena configuración del delito siempre serían necesarios actos de rechazo físico a la agresión, que no solo desconocen la individualidad del ser humano, pues cada quien reacciona de forma distinta ante este tipo de agresiones, sino que también, para el caso concreto, le exigían a YBM la realización de comportamientos rayanos con el heroísmo, pues, a riesgo de su propia vida, ha debido trenzarse en una lucha desigual contra su ofensor para lograr despojarlo del arma blanca que portaba y así contener el ataque sexual o, por lo menos, luego de la afrenta, huir del escenario de los hechos, cuando, según se dijo, en ningún momento este descuidó su atención sobre ella, al punto que ante cualquier movimiento suyo inmediatamente reaccionaba poniéndole el cuchillo en el cuello.

[...]

En las condiciones anotadas, no se configura ninguno de los errores de valoración probatoria que la casacionista endilga al fallo impugnado

por falso raciocinio, dado que en su conformación no analiza la prueba integralmente, tampoco son siquiera idóneos para acreditar lo que pretende y, lo más grave, su estructuración resulta abiertamente contraria al enfoque diferencial de género por el que ha propugnado esta Corte de la mano con la jurisprudencia constitucional existente en la materia y con instrumentos internacionales integrados al bloque de constitucionalidad, tales como la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981); la Declaración de Naciones Unidas para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará de 1994 (aprobada en Colombia mediante la Ley 248 de 1995); la denominada Plataforma de Acción de Beijing y las Reglas de Evidencia y Procedimiento de la Corte Penal Internacional, como ha sido ampliamente abordado por esta Sala (cfr., entre otras, SP2136, jul. 1° de 2020, rad. 52897 y SP 5395, nov. 6 de 2015, rad. 43880).

Contrariamente a lo alegado por la demandante, el testimonio de la víctima YBM, que pone al tanto sobre la manera como DDAG, sin mediar su aquiescencia y de forma violenta, la accedió carnalmente en la noche del 31 de diciembre de 2012, se muestra espontáneo, detallado, consistente, lógico y coherente, además de desprovisto de cualquier interés en perjudicarlo con tan grave acusación, cuando incluso reconoce que consideraba al procesado como su amigo y una persona que, además, le facilitaba sin problema alguno préstamos de dinero, por lo que no tenía ningún motivo plausible para incriminarlo de esta forma.

Así mismo, no parece proporcionado que haya concebido la acusación a manera de retaliación por los golpes que el acusado le propinó aquella noche, a la luz de lo declarado por el procesado, como quiera que, tan pronto salió de la habitación donde ocurrieron, se dirigió a las autoridades con el fin de ponerlos bajo su conocimiento -siendo incluso algunas de ellas reticentes a recibirle la denuncia-, brindando siempre una versión uniforme acerca de lo sucedido, como lo hizo ante el galeno que le realizó reconocimiento sexológico.

En efecto, la declaración de la ofendida encuentra total corroboración con lo manifestado en juicio por el perito NATG, médico forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal, [...]

En suma, al encontrar que, como lo exige el artículo 381 del estatuto procesal penal, está demostrado, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal de DDAG en la conducta punible sancionada en el artículo 205 del C.P. de

acceso carnal violento sobre YBM y que no se configuran los errores de apreciación probatoria atribuidos en la demanda, no se casará el fallo impugnado».

Inicio

11. EXTRADICIÓN - Recurso de reposición: su interposición, no suspende el trámite de extradición / **EXTRADICIÓN** - Pruebas: contra el auto que las decreta, no procede ningún recurso / **EXTRADICIÓN** - Non bis in ídem: procedencia, exclusivamente frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Prohibición de conceder la extradición y adoptar medidas de aseguramiento con ese fin (Acto Legislativo 01 de 2017): aplica a integrantes de las FARC que cometieron delitos durante el conflicto armado interno o con ocasión a éste, con anterioridad a la firma del Acuerdo Final para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no genera impedimento en caso de que el requerido desee declarar en el marco del SIJVRNR, ante tal situación pueden valerse uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: caso en que la corte considera la actitud renuente que en el pasado ha asumido el requerido frente a las víctimas y el sistema de justicia nacional / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no implica la renuncia al procesamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio Nacional / **EXTRADICIÓN** - Concepto mixto

La Sala rindió concepto mixto en relación con el pedido de extradición de **D.A.U.D.**, ciudadano colombiano requerido por el Gobierno de los Estados Unidos de América, con algunos condicionamientos, entre los que se destacan: (1) Que, una vez el reclamado sea sobreseído, absuelto, declarado no culpable o eventos similares; incluso, después de su liberación por haber cumplido la pena que le fuere impuesta, el gobierno de los Estados Unidos de América lo deporte a Colombia, con la finalidad de que asuma la responsabilidad por los delitos acá cometidos, sin necesidad de una solicitud de extradición elevada por el gobierno colombiano para tal fin; (2) Que, el Gobierno Nacional exija al Gobierno de los Estados Unidos de América que facilite a las autoridades colombianas, cada

vez que sea necesario, tener contacto con D.A.U.D., a fin de garantizar a las víctimas sus derechos, a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC); (3) Que, el Gobierno Nacional cuenta con la posibilidad de diferir la entrega, de acuerdo con la facultad discrecional prevista en el artículo 504 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que el reclamado registra múltiples actuaciones jurídico penales activas e inactivas. De acceder a la entrega, deberá comunicar la decisión a los funcionarios que conocen de esos asuntos, para los fines a que haya lugar.

CP049-2022(60687) de 06/04/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

ANTECEDENTES PROCESALES

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 con fines de narcotráfico, concierto para cometer homicidio y porte ilegal de armas.
2. En virtud de lo anterior, el Fiscal General de la Nación dispuso la captura con fines de extradición de **D.A.U.D.**, mediante las resoluciones del 10 de julio y 23 de octubre de 2015.
3. Mediante Nota Verbal N° 1412 del 29 de julio de 2021, el Gobierno de los Estados Unidos de América retiró la Nota Diplomática N° 1078 del 30 de junio de 2015, por «razones procesales». Así, el Fiscal General de la Nación canceló solo la orden de captura con fines de extradición proferida el 10 de julio de 2015, en contra **D.A.U.D.**, mediante resolución del 25 de octubre de 2021. De ese modo, quedaron vigentes las órdenes de captura con fundamento en las Notas Verbales No. 1083 del 30 de junio de 2015 y No. 1827 del 25 de septiembre de 2015.

4. La captura de **D.A.U.D.** se hizo efectiva el 23 de octubre de 2021, por miembros de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL de la Policía Nacional.
5. Por medio de la Nota Verbal N° 2245 de 23 de noviembre de 2021, la representación Diplomática de los Estados Unidos de América *formalizó* la solicitud de extradición de **D.A.U.D.**. En ella, incluyó, además, la Acusación Sustitutiva en el Caso Numero S3 04 Cr. 962 (LAP) (también referido como Caso 1:04-Cr-00962-LAP), dictada el 16 de junio de 2009, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York.
6. El país requirente lo acusa de concertarse con otras personas para coordinar el tráfico de drogas de Venezuela hacia Centroamérica, con destino final a los Estados Unidos de América.
7. Para efectos de la *formalización* de los tres pedidos de extradición, el país requirente aportó los requeridos documentos autenticados y con la correspondiente traducción al español.
8. La Cancillería remitió el trámite de extradición a la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, en oficio DIAJI N° 3485 del 23 de noviembre de 2021, donde señaló que las Convenciones de Viena y Nueva York -tratados vigentes para las partes- regulan el presente asunto. Entonces, según los artículos 491 y 496 de la Ley 906 de 2004, los aspectos no previstos por los aludidos pactos internacionales, se regirá por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano.
9. El Ministerio de Justicia y del Derecho consideró completo el expediente y lo remitió a la Corte Suprema de Justicia, a través de oficio MJD OFI21-0043428-GEX-1100 del 24 de noviembre de 2021; y transcribió el concepto emitido por su homólogo de Relaciones Exteriores.
10. Reconocida la personería para actuar al abogado de confianza de **D.A.U.D.**, se ordenó correr el traslado común de que trata el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, para la solicitud de pruebas.
11. En el lapso previsto, el delegado del Ministerio Público y el representante del requerido solicitaron la práctica de diferentes medios de convicción; solicitudes probatorias que fueron resueltas mediante auto CSJ AP127-2022, de 26 de enero de 2022, decisión que, impugnada a través del recurso de reposición, fue confirmada en proveído CSJ AP579-2022, de 23 de febrero de 2022. En esa misma decisión, se decretaron pruebas de oficio.
12. Posteriormente, el apoderado del requerido efectuó varias solicitudes, entre ellas, la nulidad de la actuación y la suspensión y remisión del trámite a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), las cuales fueron desestimadas por la Sala, en providencia AP928-2022, de 9 de marzo de 2022.
13. Luego, mediante auto de 15 de marzo de 2022, se corrió traslado para alegar de conclusión, el cual fue notificado el día siguiente. En esa misma fecha, el apoderado del requerido solicitó el decreto de una prueba oficiosa, a la cual se accedió mediante Auto del día siguiente, sin que ello implicara la suspensión del trámite.
14. El 16 de marzo de 2022 el defensor del implicado interpuso recurso de reposición contra el auto que dispuso el cierre del debate probatorio y su consecuente traslado para alegar de conclusión, Y, en memorial diferente, pero de la misma calenda, pidió el decreto de otra prueba. Ambas solicitudes fueron rechazadas de plano, en Autos separados de fecha 17 de marzo de 2022.
15. El 18 de marzo de 2022 el abogado del requerido postuló la ampliación del plazo que «*considerare pertinente*» para alegar de conclusión, dada la trascendencia del asunto y la complejidad del mismo. En respuesta, se accedió a ello, en auto de 22 de marzo de 2022. Así, se concedió un término adicional de dos (2) días.
16. El 23 de marzo de 2022 -en pleno traslado para alegar de conclusión- el apoderado del solicitado recusó al Magistrado sustanciador. La recusación fue declarada infundada por el resto de Magistrados integrantes de la Sala mediante providencia CSJ AP1229-2022, del 28 de marzo siguiente.
17. El 29 de marzo de 2022 las diligencias retornaron al despacho del Magistrado sustanciador, para continuar con el trámite del asunto.
18. Finalmente, la Subsala Especial B de Conocimiento y Decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP comunicó a la Corte la Resolución No. 1008 del 25 de marzo de 2022, en la que dispuso rechazar la solicitud de sometimiento presentada por el señor D.A.U.D., y exhortar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, considere que, en caso de conceptuarse favorablemente la solicitud de extradición, pueda disponerse en la modalidad condicionada a i) que la entrega se haga una vez el señor U.D. haya cumplido con los requerimientos del SIVJRN para concretar el derecho de las víctimas a la verdad y ii) a que, una vez se cumpla la pena correspondiente en

Estados Unidos de América, ese gobierno deporte al mencionado a Colombia, con la finalidad de que asuma la responsabilidad por los delitos acá cometidos, sin necesidad de una solicitud de extradición elevada por el gobierno colombiano para tal fin.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Nulidad: debido proceso / **EXTRADICIÓN** - Recurso de reposición: su interposición, no suspende el trámite de extradición / **EXTRADICIÓN** - Pruebas: contra el auto que las decreta, no procede ningún recurso / **EXTRADICIÓN** - Principio de celeridad / **EXTRADICIÓN** - Principio de preclusividad / **EXTRADICIÓN** - Non bis in idem: procedencia, exclusivamente frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano

[...]

El abogado insiste en que en el presente asunto se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de su representado, porque se inició la práctica de pruebas, pese a que el auto que resolvió las solicitudes probatorias no se encontraba ejecutoriado. Dijo que, por esa razón, presentó una solicitud de nulidad, la cual no fue resuelta de fondo por la Sala.

Pues bien, en efecto, el defensor presentó igual solicitud en curso del trámite, la cual fue rechazada de plano por la Sala mediante auto CSJ AP928-2022, del 9 de marzo de 2022, dada su abierta improcedencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, [...]

De otro lado, el abogado insiste en que la Sala vulneró las garantías procesales del requerido al ordenar incorporar y tener como prueba el oficio N° 20211700083791 del 29 de noviembre de 2021, pese a que dicho documento no fue solicitado por el despacho ni por los sujetos procesales; petición que fue presentada en similares términos por el profesional del derecho en anterior oportunidad, y que fue rechazada de plano por la Sala en la decisión ya referida.

[...]

Como se ve, ambas solicitudes de nulidad fueron abordadas y resueltas suficientemente por la Corte, sin que ahora, en procura de sustentar las mismas solicitudes, el abogado hubiese formulado una verdadera crítica, simplemente insiste en sus argumentos con la pretensión de imponer su particular tesis porque le parece que

es la más adecuada y hacerla prevalecer sobre las deducciones fácticas, probatorias y jurídicas de la Corte, lo que resulta a todas luces inadmisibile.

[...]

Así, en el auto que resolvió las solicitudes probatorias (CSJ AP127-2022), las pruebas que ahora refiere el abogado identificadas con los numerales (24), (25) y (26) fueron negadas, [...]

Contra la anterior decisión, el abogado interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto negativamente en proveído CSJ AP579-2022, [...]

[...]

Ante ello, solo basta señalar que la constatación de la garantía del non bis in idem se predica, exclusivamente, frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, de modo que la información que pueda suministrar la Comisión de la Verdad, la Unidad de Personas Desaparecidas, la Fiscalía General de la Nación -Dirección Nacional contra el Crimen Organizado y la Dirección de Justicia Transicional-, y el Centro de Memoria Histórica sobre la conformación de los grupos organizados al margen de la ley en el territorio patrio, resulta inconducente para tales fines.

El defensor señala que el 17 de marzo de 2022 se negó unas solicitudes probatorias que él presentó, pese a que el día anterior -16 de marzo-, cuando ya se había dispuesto el cierre del debate probatorio -15 de marzo-, se ordenó la práctica de una prueba de oficio [...]

Lo anterior no se constituye per se en una irregularidad dado que el término para alegar inició el 16 de marzo, mismo día en el que se recibió el oficio N° 687 suscrito por la secretaria del Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Aripuro mediante el cual se dio respuesta a lo solicitado, el cual fue enviado al defensor del requerido y al delegado de la Procuraduría mediante oficios N° 7506 y 7507 de la misma fecha, respectivamente, por lo que se garantizó el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales; sumado a que la Sala, mediante auto del 22 de marzo de 2022, amplió en dos días el término para que los sujetos procesales presentaran los alegatos de conclusión.

Dice el defensor que la Sala rechazó el recurso de reposición que interpuso contra la orden de decretar el cierre del debate probatorio, pese a que contra dicha determinación procedía el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 176 de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, el artículo citado dispone que “Salvo la sentencia la reposición procede para todas las

decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia”. Por su parte, el artículo 161 de la Ley 906 de 2004 establece que las providencias judiciales son, las sentencias -si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión-; los autos -si resuelven algún incidente o aspecto sustancial- y las órdenes -si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro-.

Dicho esto, el cierre del debate probatorio es una orden de mero trámite o impulso procesal que tiene por objeto continuar con el curso de la actuación, que se emite a través de un auto de sustanciación, de cumplimiento inmediato y en contra del cual no procede recurso alguno.

De otro lado, el defensor refiere que el Juzgado Cuarto Penal Especializado de Villavicencio remitió la sentencia condenatoria emitida en contra de U.D., pese a que la orden fue dirigida al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad, hecho del todo intrascendente pues, con independencia de la autoridad que hubiese cumplido la orden -el juzgado de conocimiento o el juzgado de ejecución de penas-, es lo cierto que la prueba solicitada fue incorporada de manera oportuna y controvertida por los sujetos procesales, por lo que no se violó ninguna garantía del requerido.

En consecuencia, la sala rechaza de plano la solicitud de nulidad presentada por el defensor del requerido, por las razones expuestas.

EXTRADICIÓN - Causales de improcedencia: deber de verificarlas previo al análisis formal del pedido de extradición / **EXTRADICIÓN** - Los delitos endilgados no son de naturaleza política / **EXTRADICIÓN** - Acto Legislativo de 1997: fecha de comisión de los hechos / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, concierto para delinquir / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Dicho esto, el artículo 35 de la Carta Política establece que la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y en su defecto con la ley, por delitos considerados como tales dentro de la legislación penal interna, que no ostenten el carácter de políticos y hayan sido cometidos en el exterior desde el 17 de diciembre de 1997.

En este caso, las conductas por las cuales D.A.U.D. es solicitado son de naturaleza común, mas no de carácter político. Ello, impide que se configure la prohibición constitucional referida.

Según las acusaciones foráneas y la nota verbal de formalización de los pedidos, el implicado ejecutó las conductas endilgadas con posterioridad al 17 de diciembre de 1997, cuando fue emitido el Acto Legislativo 01 de 1997.

El lugar de comisión de los ilícitos de Concierto para delinquir con fines de narcotráfico y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tampoco se erige en causal de improcedencia.

Lo anterior, dado que del estudio de la Acusación Sustitutiva en el Caso No. 15-CR-20403-DIMITROULEAS(s), de la cuarta Acusación de Reemplazo en el Caso No. 14-cr-00625(DLI)(VMS) y de la Acusación de Reemplazo en el Caso No. 1:04-cr-00962-LAP, así como de las declaraciones de apoyo, especialmente, las realizadas por los Agentes Especiales de la Administración para el Control de Drogas (DEA), se advierte que las conductas mencionadas tuvieron como fin concertarse para enviar estupefacientes, desde Colombia, a los Estados Unidos de América.

Con ello se cumple el principio de territorialidad de la ley penal, respecto del cual indicó la Sala en CSJ CP137 - 2015 (reiterado en CSJ CP089 - 2018 y CSJ CP163 - 2017 entre otros), [...].

EXTRADICIÓN - Lugar de comisión del delito: teoría de la ubicuidad / **EXTRADICIÓN** - Principio de territorialidad / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: concepto desfavorable, aún si concurra con delitos transnacionales o ejecutados parcialmente en el extranjero / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: titular de la acción penal

[...] no se evidencia que los hechos fundantes de la extradición hubieren sido cometidos en el exterior, a pesar de que el Estado petente afirme en la acusación que se consumaron dentro de la jurisdicción extraterritorial de los Estados Unidos de América. Pues, tales comportamientos, de evidenciarse su materialización, acaecieron exclusivamente en el territorio colombiano y no en el extranjero (CSJ CP186-2021, 24 nov. 2021, rad. 54036), según se desprende de la declaración rendida por J.R., Agente Especial de la Administración para el Control de Drogas (DEA).

Además, acerca de los mismos hechos e indictment, pero en relación con los requeridos Y.A.G.A. y C.D.A.M., la Corte tuvo la oportunidad de referirse en sendos conceptos.

[...]

Así, se concluye que los hechos atribuidos a D.A.U.D. en la violación Cuarenta y Cinco del Cargo Uno y en el Cargo Tres de la cuarta Acusación de Reemplazo en el Caso No. 14-cr-00625(DLI) (VMS), ocurrieron en territorio colombiano, especialmente donde el requerido, al parecer, por su rol al interior de la organización criminal de la que es acusado de pertenecer, ejercía control: Llanos Orientales, Necoclí, Turbo, Cartagena y Apartadó (CSJ CP186-2021, 24 nov. 2021, rad. 54036).

En consecuencia, frente a los mismos se hace improcedente la extradición solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Por ende, el concepto de la Corte en ese aspecto habrá de ser DESFAVORABLE.

Sin embargo, la improcedencia de la extradición por el motivo indicado y en relación con los específicos punibles referidos, no significa que esas conductas ilícitas queden impunes, toda vez que el Estado colombiano debe adelantar la actuación judicial pertinente, en cumplimiento del artículo 14 del Código Penal, el cual indica que las disposiciones jurídicas del derecho penal patrio se aplican a todas las personas que las infrinjan dentro del territorio nacional.

Por consiguiente, la Fiscalía General de la Nación, si no lo ha hecho, deberá iniciar la investigación de dichos ilícitos indicados en la precitada acusación foránea.

ACUERDO DE PAZ (FARC) - Prohibición de conceder la extradición y adoptar medidas de aseguramiento con ese fin (Acto Legislativo 01 de 2017): aplica a integrantes de las FARC que cometieron delitos durante el conflicto armado interno o con ocasión a éste, con anterioridad a la firma del Acuerdo Final para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario

Los hechos materia de la presente extradición no son objeto del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y, en particular, de la Jurisdicción Especial para la Paz, porque no tienen relación ni tuvieron ocurrencia en el marco del conflicto interno armado.

Tampoco opera la prohibición de conceder la extradición como integrante de la desmovilizada guerrilla de las FARC-EP, contenida en el artículo 19 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, pues, dentro del presente trámite se acreditó que el requerido no ostenta tal condición, según 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:

[...]

Además, la Subsala Especial B de Conocimiento y Decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP comunicó a la Corte la Resolución No. 1008 de 2022, proferida al interior del “Número de Expediente SAJ: [...]”, mediante la cual rechazó la solicitud de sometimiento presentada por D.A.U.D., luego de considerar que los exmiembros de las Autodefensas Unidas de Colombia y los miembros de Bandas Criminales -BACRIM- no hacen parte de los destinatarios de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, y el requerido no fue integrante de las FARC-EP sino miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia, quien, luego de su desmovilización, conformó las Autodefensas Gaitanistas de Colombia o “Los Urabeños”, grupo que precisamente luego se denominó “Clan Úsuga” y, finalmente, “Clan del Golfo”; lo anterior, sumado a que tampoco es un tercero civil colaborador o financiador de grupos armados.

Por tanto, se observa que el pedido de extradición no contraviene la limitación constitucional detallada.

EXTRADICIÓN - Persona juzgada en Colombia por los mismos hechos ventilados en la solicitud: demostración / **EXTRADICIÓN** - Principio de cosa juzgada: no se vulnera

Para que opere la extradición de nacionales colombianos es necesario establecer que el poder judicial del Estado patrio no haya ejercido su jurisdicción respecto del mismo hecho que fundamenta el pedido. Esa precisión significa que el principio de la cosa juzgada, como faceta de la garantía constitucional del debido proceso (art. 29 de la Constitución), es causal de improcedencia de la extradición (CSJ CP 165 - 2014 y CSJ CP, 9 mayo 2009, Rad. 30373, entre otros).

Lo anterior significa que la garantía del non bis in ídem se predica, exclusivamente, frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, y no frente a indagaciones, investigaciones y procesos en curso.

Dicho esto, de la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, así como por la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, se advierte que D.A.U.D. tiene cientos de actuaciones judiciales en su contra por diferentes conductas, activas (con y sin sentencia) e inactivas.

[...]

El anterior análisis deja en evidencia que las conductas y los hechos por las que D.A.U.D. ha sido condenado en Colombia, no guardan ninguna relación con las conductas y los hechos por los que ha sido solicitado en extradición, que, se recuerda, se relacionan con tráfico de narcóticos y concierto para delinquir con fines de narcotráfico, por lo que contrario a lo referido por el abogado, de ningún modo se lesiona la garantía constitucional del non bis in idem de que es titular el requerido.

En resumen, se observa que el pedido de extradición no contraviene las limitaciones constitucionales señaladas. Por ese motivo, la Sala procederá a evaluar el cumplimiento de los demás requisitos.

EXTRADICIÓN - Estados Unidos: equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, Indictment

En atención a lo establecido en el artículo 493-2 de la Ley 906 de 2004, la decisión contentiva de los cargos elevados contra la persona reclamada en extradición debe asemejarse formal y sustancialmente con la acusación. La pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala ha aclarado que el indictment no es idéntico a la acusación nacional, pero guarda similitudes que lo tornan equivalente (CP121-2021, CP101-2021, CP087-2021, entre otros).

En el presente evento, las acusaciones contra el requerido, tantas veces mencionadas, son para que comparezca a juicio por las presuntas conductas punibles de tráfico de narcóticos y concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

Así, se evidencia que esos documentos registran las siguientes similitudes con la acusación prevista en nuestro ordenamiento procesal penal: a) se trata de pliegos concretos de cargos contra el acusado, para que se defiendan de ellos en el juicio; b) una vez formulados, se inician los juzgamientos que finaliza con los respectivos fallos de mérito; y c) en ellos se señalan de forma sucinta los hechos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la calificación jurídica de las conductas, con indicación de las disposiciones sustanciales aplicables.

En ese orden de ideas, el argumento del abogado del requerido resulta abiertamente improcedente y contrario a los precedentes de la Sala, por cuanto que, de ninguna manera, resulta viable exigir una identidad absoluta entre los indictments y la acusación patria, debido a que

ello implicaría someter a los demás Estados a que diseñen sus procedimientos penales en forma idéntica a la legislación colombiana, para poder llevar a buen término el pedido de extradición, en pleno desconocimiento de la autonomía, percepciones e ideologías de cada país sobre la forma en que ejercen su derecho punitivo, lo cual es inadmisibles desde cualquier arista.

De ahí que la nulidad invocada por el abogado del solicitado, en cuanto a este tópico, merece ser rechazada de plano.

Ahora bien, si el apoderado del requerido estima que la providencia extranjera tiene «defectos graves», nada obsta para que, en el evento que se emita concepto favorable de extradición y el Gobierno Nacional decida entregar al implicado, la defensa de D.A.U.D. postule esas presuntas irregularidades ante las autoridades extranjeras.

Por lo anterior, este presupuesto se cumple a cabalidad.

EXTRADICIÓN - Estados Unidos: principio de doble incriminación, el hecho que motiva la extradición debe tener pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a 4 años / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, concierto para delinquir agravado / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 493-1 de la Ley 906 de 2004, para conceder la extradición es indispensable que el hecho que la motiva esté previsto en Colombia como delito y que el mismo se encuentre reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años.

La Corte ha reiterado que para establecer si la conducta que se le imputa al requerido en el país solicitante es considerada como delito en Colombia, debe hacerse una comparación entre las normas que allí sustentan la sindicación, con las de orden interno para establecer si éstas también recogen los comportamientos contenidos en cada uno de los cargos.

Tal confrontación se hace con la normatividad que está en vigor al momento de darse inicio al trámite de extradición, a instancias del país requirente, puesto que es un mecanismo de cooperación internacional. Lo que a este propósito determina el concepto es que, sin importar la denominación jurídica, el acto desarrollado por el ciudadano, cuya extradición se demanda, sea igualmente considerado como delictuoso en el territorio patrio.

[..]

En esa medida, queda demostrado que las conductas establecidas (i) en la Acusación Sustitutiva en el Caso No. 15-CR-20403-DIMITROULEAS(s) (también referido como Caso 1:15-cr-20403-WPD), dictada el 2 de noviembre de 2021, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida; (ii) en la cuarta Acusación de Reemplazo en el Caso No. 14-cr-00625(DLI)(VMS) (también referido como Cr. Núm. 14-625 (S-4) (DLI), Núm. de Caso 14-CR-625 (S-4) (DLI), y Caso 1:14-cr-00625-DLI), dictada el 4 de noviembre de 2021, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York; y (iii) en la Acusación de Reemplazo en el Caso No. 1:04-cr-00962-LAP (también conocido como Causa número S3 04 Cr. 962 (LAP)), dictada el 16 de junio de 2009, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, contra D.A.U.D., cumplen el requisito relativo a la doble incriminación, dado que corresponden a tipos penales con pena cuyos mínimos superan los 4 años de prisión.

ACUERDO DE PAZ (FARC) - Extradición por delitos no relacionados con el conflicto interno: entrega diferida por seis meses por colaboración con el SIVJRNR / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: entrega diferida, improcedencia / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no genera impedimento en caso de que el requerido desee declarar en el marco del SIJVRNR, ante tal situación pueden valerse uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: caso en que la corte considera la actitud renuente que en el pasado ha asumido el requerido frente a las víctimas y el sistema de justicia nacional / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no implica la renuncia al procesamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio Nacional. **EXTRADICIÓN** - Concepto mixto

[...] se debe señalar que, en efecto, la Sala en la decisión CSJ CP184-2021, Rad. 53719 emitió concepto favorable de extradición, pero difirió la entrega del requerido 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: (i) que el requerido 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 «dentro del cual está actualmente ofreciendo verdad y reparación a las

víctimas a raíz de su sometimiento al SIVJRNR», para lo cual se concedió un término máximo de seis (6) meses; o (ii) que la precitada Sala informe al Gobierno Nacional que el solicitado dejó de cumplir los compromisos adquiridos a partir de su sometimiento al SIVJRNR.

[...]

Sin embargo, el caso que ahora concita la atención de la Sala no se adecúa a los presupuestos fácticos arriba expuestos, pues, en primer lugar, se probó que el requerido D.A.U.D. no es sujeto de esa jurisdicción, a tal punto que la Subsala Especial B de Conocimiento y Decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP mediante resolución N° 1008 del 25 de marzo de 2022 resolvió rechazar la solicitud de sometimiento por él presentada, de modo que no está vinculado ni constitucional ni legalmente con el cumplimiento de los compromisos que se derivan del componente judicial.

Ahora bien, es cierto que facultativamente el requerido D.A.U.D. puede concurrir a suministrar verdad a los componentes no judiciales -Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición -CEV- y la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas -UBPD-, mediante el aporte de su testimonio, sin embargo, nada obsta para que ello se pueda llevar a cabo en el intervalo entre la emisión de éste concepto y la decisión del Gobierno Nacional de conceder o no la extradición, o entre éste último acto y la entrega formal del requerido, o incluso, desde los Estados Unidos de América, a través de los medios virtuales.

Así, el requerido puede ser visto y escuchado las veces que sean indispensables, para la complacencia de los derechos de las víctimas, en el marco del SIJVRNR de la JEP, en virtud del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

La Sala no desconoce el derecho que tienen las víctimas de los múltiples delitos cometidos por D.A.U.D. en el territorio nacional a conocer la verdad, a que se haga justicia y a ser reparados de manera efectiva; sin embargo, la Corte no puede dejar de considerar la actitud renuente, contumaz y de desprecio absoluto que, en el pasado, ha asumido el requerido frente a las víctimas y el sistema de justicia nacional, en su componente ordinario, e incluso, en el transicional de Justicia y Paz.

[...]

Por último, la Corte no desconoce las cargas inherentes a la investigación y juzgamiento de

conductas atentatorias contra bienes jurídicos protegidos por el DIH, frente a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, sin embargo, se insiste, el concepto favorable a la extradición no implica de ningún modo la renuncia al procesamiento y enjuiciamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio Nacional.

EXTRADICIÓN - Estados Unidos: condicionamientos

Si el Gobierno Nacional concede la extradición, ha de garantizar al reclamado su permanencia en la nación requirente y el retorno a Colombia en condiciones de dignidad y respeto de ser sobreseído, absuelto, declarado no culpable o eventos similares; incluso, después de su liberación por haber cumplido la pena que le fuere impuesta.

También se impone condicionar la concesión del pedido de extradición a que, una vez se cumpla alguno de los anteriores supuestos, el gobierno de los Estados Unidos de América deporte al mencionado a Colombia, con la finalidad de que asuma la responsabilidad por los delitos acá cometidos, sin necesidad de una solicitud de extradición elevada por el gobierno colombiano para tal fin.

Se advierte imprescindible que el Gobierno Nacional, en el evento que decida entregar al requerido, exija al Gobierno de los Estados

Unidos de América que facilite a las autoridades colombianas, cada vez que sea necesario, tener contacto con D.A.U.D., a fin de garantizar a las víctimas sus derechos, a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

[...]

Conforme a la información allegada por la Policía Nacional - Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL - DIJIN y la Fiscalía General de la Nación, D.A.U.D. registra múltiples actuaciones jurídico penales activas e inactivas por los delitos de homicidio agravado, homicidio en persona protegida, desaparición forzada, secuestro simple, secuestro agravado, terrorismo, concierto para delinquir, reclutamiento ilícito, tortura agravada, hurto calificado agravado, uso de menores en la comisión de delitos, tráfico de estupefaciente, acceso carnal violento en persona protegida y constreñimiento para delinquir. Entre ellos, está incluida la condena por la masacre de Mapiripán.

Ante esa situación, se advierte al Gobierno Nacional que también cuenta con la posibilidad de diferir su entrega, de llegar a concederla, de acuerdo con la facultad discrecional prevista en el artículo 504 de la Ley 906 de 2004. De acceder a la entrega, deberá comunicar la decisión a los funcionarios que conocen de esos asuntos, para los fines a que haya lugar.

Inicio

- 12. FEMINICIDIO** - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprima por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género / **FEMINICIDIO** - Diferente al homicidio simple causado a una mujer / **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 / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases / **DETERMINADOR** - Configuración: no es necesario que se compruebe el pago por el encargo criminal lo esencial es hacer nacer la idea criminal en el autor material

Decidió la Corte el recurso de impugnación especial interpuesto por el defensor de F.A.G.C. contra la sentencia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante la cual revocó la

providencia absolutoria emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Duitama, y en su lugar condenó al procesado, por primera vez, como determinador del delito de feminicidio agravado en la modalidad de tentativa.

En esta ocasión, la Sala, con enfoque de género, estudió la estructura típica del delito de feminicidio y la determinación como forma de participación punible; para luego examinar el caso concreto desde el punto de vista de: la materialidad de la conducta de feminicidio agravado en grado de tentativa, y la responsabilidad del procesado a título de determinador, análisis que le llevó a confirmar la sentencia impugnada.

SP1167-2022(57957) de 06/04/2022

Magistrado Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. F.A.G.C. y Y.P.S.R. sostuvieron una relación de pareja durante 6 años, fruto de la cual tienen hoy una hija menor de edad. La relación entre ambos transcurrió de manera pacífica, hasta que Y.P.S.R. decidió terminarla e inició un noviazgo con L.A.D.F., en el año 2017. Dicha situación encolerizó a F.A.G.C., quien empezó a acosarla, amenazarla y además agredió físicamente a su nueva pareja.

2. Aproximadamente a las 2:00 de la mañana del día 9 de julio de 2017, mientras Y.P.S.R., se desempeñaba como vigilante, fue atacada por L.A.R.A., quien le causó graves heridas con arma blanca. El agresor fue posteriormente capturado y la víctima se salvó de morir gracias a la oportuna atención médica.

3. L.A.R.A. fue condenado por estos hechos, tras la suscripción de un preacuerdo con la Fiscalía, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, señaló que F.A.G.C. le ofreció una suma de dinero a cambio de que atentara contra la vida de su excompañera sentimental Y.P.S.R.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / FEMINICIDIO - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprime por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género / **FEMINICIDIO** - Diferente al homicidio simple causado a una mujer / **FEMINICIDIO** - Bien jurídico tutelado / **FEMINICIDIO** - Elementos: ingrediente subjetivo, no se agota en las circunstancias expresadas en los literales del artículo 104A de la ley 906 de 2004

«[...]

En primer lugar, el delito de feminicidio consiste en causar la muerte por la condición de ser mujer. Esta expresión introduce un elemento subjetivo del tipo, el cual se fundamenta en la motivación que debe llevar al sujeto activo a privar de la vida a una mujer.

Este elemento le otorga autonomía normativa al tipo de feminicidio y permite diferenciarlo particularmente del homicidio simple causado a una mujer. Así, el homicidio simple de una mujer no requiere motivación, mientras que el feminicidio sanciona la circunstancia de haber acabado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer.

En el feminicidio, este móvil que lleva al agente a terminar con la vida de la mujer comporta no sólo

una vulneración al bien jurídico de la vida, sino también la lesión a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Con este delito el legislador reprime y pretende desestimular la muerte de las mujeres con carácter discriminatorio, entendido como un acto de sujeción y dominación.

Ahora bien, este elemento subjetivo del tipo, no debe entenderse de forma restringida, simplemente como un asesinato motivado por la misoginia, esto es, por el desprecio y odio hacia todas las mujeres. Pues, matar a una mujer por aversión hacia las mujeres, es el evento más obvio de un “homicidio de una mujer por razones de género”, dado que también se comete la conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra en un contexto de dominación y su causa está asociada a su instrumentalización y discriminación.

En segundo lugar, el tipo penal de feminicidio contiene un elemento alternativo consistente en “o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias”, las cuales corresponden a seis escenarios descritos en los literales a) al f) del artículo 104A que acompañan la comisión de esta conducta punible.

Frente a estos escenarios, la Corte Constitucional ha señalado que son elementos contextuales que contribuyen a revelar o mostrar el elemento subjetivo del tipo penal; sin embargo, aseguró que no lo pueden reemplazar ni llevan a prescindir de su existencia. Además, el elemento subjetivo no se agota en las circunstancias expresadas en ellos, puesto que éste puede ser inferido de una gran cantidad de contextos que no corresponden con los enunciados en los literales del artículo 104A. En consecuencia, el delito de feminicidio se comete cuando se causa la muerte de una mujer en razón a su condición dentro de esas u otras circunstancias, de las cuales el elemento subjetivo del tipo también pueda ser inferido».

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 / **FEMINICIDIO** - Violencia contra la mujer: es producto de prejuicios y estereotipos de género / **FEMINICIDIO** - Violencia contra la mujer: está dirigida a perpetuar el estado de dominación que se ejerce sobre la mujer y mantener las circunstancias de discriminación a las que está sometida

«[...] frente a la violencia contra la mujer enunciada en el literal a) del artículo 104A del Código Penal por el cual fue condenado el procesado, la Corte Constitucional ha establecido que esta violencia es un problema estructural producto de prejuicios y estereotipos de género, asociados al lugar que la mujer ha cumplido en la sociedad a través del tiempo. Así, la mujer era identificada por su supuesta debilidad y dependencia y por el desempeño del rol de madre, cuidadora y ama de casa.

La discriminación de la que son víctimas las mujeres como consecuencia de los estereotipos de género, también conduce a presunciones sobre ella “como que es propiedad del hombre, lo que, a su vez, puede desencadenar prohibiciones de conducta y violencia física y psicológica”.

Cuando la mujer desconoce estos estereotipos que históricamente le han sido forzosamente asignados o asume comportamientos incompatibles con los esperados dentro de su estado de dominación, puede desatar en su contra rechazo y violencia. Esta violencia cumple entonces una doble función: de un lado, constituye acciones discriminatorias, y, por el otro, es una práctica instrumental dirigida a perpetuar el estado de dominación que se ejerce sobre la mujer y mantener las circunstancias de discriminación a las que ella está sometida».

DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer: clases / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, física / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, sexual / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, psicológica / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, económica

«La violencia contra la mujer puede ser de tipo físico, sexual, psicológico y económico. La violencia física corresponde a todos aquellos casos en que intencionalmente se provoca, o se realizan actos con la capacidad para provocar la muerte, daños o lesiones físicas.

La violencia sexual implica obligar a la mujer a mantener prácticas o contacto sexualizado físico o verbal, a través del uso de la fuerza, la intimidación, la coerción, el chantaje, el soborno, la manipulación, la amenaza o en general cualquier mecanismo que anule o limite la voluntad de la víctima.

Por su parte, la violencia psicológica se realiza cuando se desvaloriza a la mujer y se afecta su autoestima. Estas agresiones se ejecutan a través de “manipulación, burlas, ridiculización, amenazas, chantaje, acoso, humillación,

menosprecio, control, celos o insultos, reprimendas o expresiones de enfado”.

FEMINICIDIO - Configuración

«[...] frente a la violencia ejercida sobre la mujer seguida de su muerte en el marco de una relación sentimental, particularmente de parejas heterosexuales que conviven o se encuentran separadas, esta Sala ha señalado que:

“el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “pertenerle” y la muerte que al final le causa “para que no sea de nadie más”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “por razones de género”».

DETERMINADOR - Concepto / **DETERMINADOR** - Elementos / **DETERMINADOR** - Dolo: de instigación y de ejecución

«[...]»

A partir del texto legal, esta Sala ha establecido que el determinador “es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente”.

Además, ha señalado que los elementos de esta forma de participación criminal son: i) que el determinador genere o refuerce en el determinado la definitiva resolución de cometer el delito; ii) el determinado debe cometer una conducta típica consumada o en grado de tentativa; iii) la existencia de un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho por parte del determinador; y v) el dolo del determinador.

«[...]».

FEMINICIDIO - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprime por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género / **FEMINICIDIO** - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprime por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género, demostración / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: demostración / **FEMINICIDIO** - Circunstancias: literal A

«[...]»

Todo lo anterior, comprueba la violencia basada en género a la cual estuvo sometida YPSR por parte de FAGC días antes del ataque en la casa Santillana, toda vez que el procesado consideraba que su ex pareja sentimental aún “le pertenecía” y por tal razón la ofendía, acosaba y amenazaba con hacerle daño a LADF (como finalmente ocurrió), pues no aceptaba que hubiesen terminado su relación y que SR tuviera una nueva pareja.

DETERMINADOR - Demostración
/ **DETERMINADOR** - Se configura
/ **FEMINICIDIO** - Se configura: tentativa
/ **DETERMINADOR** - Configuración: no es necesario que se compruebe el pago por el encargo criminal lo esencial es hacer nacer la idea criminal en el autor material

«[...]

El señalamiento de LARA en contra de FAGC también coincide con las circunstancias en que ocurrieron los hechos. En efecto, es claro que FAGC y YPSR fueron pareja durante varios años. Ante la negativa de ella de continuar con esta relación y tras el inicio de un noviazgo con LADF, GC motivado por los celos empezó un ciclo de agresiones en contra de la víctima y su nueva pareja, el cual terminó finalmente con la promesa remuneratoria que el procesado le hizo a alias [...] y el subsecuente ataque contra la mujer.

Así, FAGC en su afán de evitar que YPSR dejara de “pertenecerle” y consecuente con su amenaza consistente en que no la “dejaría tranquila” y “que no iba a permitir que ella estuviera con L”, le prometió a LARA que le pagaría dos millones de pesos a cambio de que atentara contra la vida de su ex pareja.

De lo expuesto se deduce que en el actuar de FAGC concurren todos los elementos para declararlo determinador de la conducta punible de feminicidio agravado, los cuales fueron reseñados en el numeral 6.4 de esta decisión.

Así pues, i) FAGC hizo nacer la idea criminal en LARA, consistente en atacar contra la vida de YPSR, a cambio de la suma de dos millones de pesos; ii) el determinado cometió la conducta típica en grado de tentativa; iii) es claro el vínculo entre el ataque de alias [...] contra la víctima y la inducción realizada por el procesado, consistente en una promesa económica, toda vez que el autor material no tenía motivo alguno de atacar contra la vida de SR; iv) el acusado carecía del dominio del hecho, toda vez que RA fue quien eligió el momento, el lugar y la forma en la cual cometería el delito; y finalmente v) el procesado actuó con doble dolo, de un lado, para instigar e influir en la mente del autor material y hacer nacer la idea

criminal en él y de otro lado, en que se lograra la ejecución de la conducta punible que incluía el elemento subjetivo del tipo y la consecución del resultado típico.

De otro lado, al igual que lo hizo el ad quem, se encuentra demostrada la agravación punitiva del literal c del artículo 104B del Código Penal, por cuanto la comisión de la conducta punible se cometió con el concurso de FAGC y LARA.

[...]

Por otro lado, la defensa técnica del condenado considera que el ad quem contravino las reglas de la experiencia cuando tuvo como probado que GC incidió en una persona con antecedentes penales, con quien además no tenía amistad ni acuerdo alguno y que además no recibió dinero de parte del procesado.

Esta censura tampoco tiene asidero, por cuanto, tal como fue expuesto durante el proceso, precisamente por sus antecedentes penales RA era buscado para cometer delitos. Alias [...] sí conocía a GC y a pesar de que no hubo testigos de un acuerdo entre ambos o del pago por la comisión de la conducta punible, para declarar la existencia de la determinación no es necesario que se compruebe el pago por el encargo criminal, toda vez que lo sustancial es hacer nacer la idea criminal en el autor material, lo cual puede ocurrir a través de una promesa remuneratoria, sin que sea necesario acreditar el pago efectivo, como efectivamente ocurrió en este caso.

En segundo lugar, el impugnante afirma que del testimonio de LARA se deduce que él actuó autónomamente en estado de ebriedad y bajo los efectos de la cocaína. No obstante, es evidente que el ejecutor no hubiese tomado esta decisión si no hubiese mediado la influencia del sentenciado, toda vez que no existía relación entre la víctima y RA, quien además no tenía motivos propios para atacar contra ella.

Finalmente, el profesional del derecho considera que no se demostró la existencia de un acuerdo de pago entre su defendido y el autor material. Sin embargo, tal como se expuso a lo largo de la parte considerativa de esta providencia, está demostrado con las pruebas practicadas en juicio y las circunstancias que rodearon el hecho, que GC le prometió a RA el pago de dinero a cambio de que atentara contra la vida de YPSR.

En conclusión, en el presente asunto está demostrado más allá de toda duda razonable que FAGC es penalmente responsable a título de determinador de la conducta punible de feminicidio agravado en la modalidad de tentativa, y en consecuencia se confirmará la

sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo».

Es claro que el maltrato que FAGC ejerció sobre YPSR constituía una forma de mantenerla bajo su control, por esto la acosó e intimidó y el asedio y la violencia aumentó a medida que ella se aproximaba a dejar de “pertenerle”, pues ella había consolidado su relación con LADF, quien

además 9 días antes del ataque le propuso matrimonio.

Esto permite desvirtuar además el reproche realizado por el abogado de la defensa en la impugnación, consistente en que entre GC y la víctima se presentaron simples discrepancias de conocimiento público, puesto que lo que en realidad ocurrió fue que el acusado era autor de agresiones físicas y psicológicas en contra de SR y su nueva pareja».

Inicio

13. FRAUDE PROCESAL - Momento consumativo / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente: prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: Se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto / **FRAUDE PROCESAL** - Prescripción: no depende de si se afecta la función administrativa o la función judicial

La Corte no casó la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la dictada por el Juzgado quince Penal del Circuito de Cali, que condenó a C.A.Z.H., como autor del delito de fraude procesal, al considerar que, no se configuró la prescripción de la acción penal.

Al respecto, recordó que, el fraude procesal es un delito de mera conducta y de conducta permanente; además, a la luz de la actual interpretación jurisprudencial, persiste mientras subsista el error al que es inducido el funcionario administrativo o judicial.

SP1346-2022(57140) de 27/04/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

Salvamento de voto:

Diego Eugenio Corredor Beltrán, Myriam Ávila Roldán y Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. M.E.R.C. compró en el año 2000, por \$3'000.000, un lote ubicado en una parcelación en el corregimiento de Bahondo, municipio de Dagua, mediante escritura pública.

2. El 7 de octubre de 2009 se percató que en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos

figuraba como dueño C.Z.H., sin que le hubiera enajenado el predio, pese a que en la escritura pública otorgada en la Notaría Octava de Cali y registrada el 27 de octubre del mismo año en la oficina de Instrumentos Públicos, aparecía vendiendo el inmueble al nuevo titular del derecho de dominio.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - Configuración / **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Derivada de la falta de aplicación

«Cuando la acción penal no puede proseguirse por haber ocurrido una causal de improseguibilidad del trámite -como la prescripción—, se debe demandar la ilegalidad como un problema de debido proceso. Solo que, para su demostración, como ocurre en este caso, se debe recurrir a la técnica de la causal primera, pues la irregularidad del trámite surgiría como consecuencia de la indebida aplicación de normas de derecho sustancial.

En cuanto a este último punto, no es que el artículo 86 del Código Penal haya sido indebidamente aplicado, sino que si acaso se habría dejado de aplicar como consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 83, 84 y 453 del Código Penal que definen el tiempo y cuándo se comienza a contabilizar el término de prescripción de la acción penal en relación con delitos de ejecución instantánea y de conducta permanente, y describen el injusto de fraude procesal que, siguiendo la línea jurisprudencial, se considera de mera conducta y de conducta permanente.

En síntesis, dichas normas conforman la proposición jurídica completa que habría llevado a la falta de aplicación del artículo 86 del Código Penal, por la interpretación errónea del conjunto de disposiciones jurídicas que gobiernan la materia demandada».

FRAUDE PROCESAL - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo / **FRAUDE PROCESAL** - Prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente: prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: lo relevante es la consumación, no el agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Evolución jurisprudencial / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: Se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto / **FRAUDE PROCESAL** - Prescripción: no depende de si se afecta la función administrativa o la función judicial

«En los términos del artículo 453 de la Ley 599 de 2000, incurre en el delito de fraude procesal quien utiliza un medio fraudulento para inducir en error a un servidor público con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Eso en este caso no está en discusión. Lo que se alega es cuándo se consuma el delito y se comienza a contabilizar el término de prescripción de la acción penal.

La Sala ha señalado que el fraude procesal es un delito que se consuma con la inducción en error, como injusto de mera conducta que es -no con el resultado—, y que es un delito de conducta permanente, pues la agresión al bien jurídico subsiste mientras el funcionario persista en el error. Esta solución ha llevado a algún sector a sostener que esa conclusión es discutible, puesto que se debe diferenciar los efectos de la conducta de la inducción en error, para evitar que se pueda propiciar una especie de imprescriptibilidad de la acción penal.

La Corte en una línea jurisprudencial constante ha señalado que la inducción en error se mantiene mientras el funcionario persista en el error y se afecta el bien jurídico. Por lo tanto, es al cesar los efectos antijurídicos que se empieza a contabilizar el término de prescripción de la acción penal. Esta lectura es la que el casacionista considera equivocada y que habría originado la inaplicación del artículo 86 del Código Penal.

Tercero. En la SP del 29 de agosto de 2018, radicado 53066, que citó el recurrente, la Sala hizo un amplio recuento jurisprudencial sobre la materia. En síntesis, reiteró que el delito de fraude procesal es de mera conducta y de conducta permanente; que se consuma con la inducción en error y no con la obtención del resultado, y que la conducta persiste mientras el error subsista [...]

Para lo que aquí interesa, en la citada SP del 29 de agosto de 2018, radicado 53066, se trajo a

colación la SP del 17 de agosto de 1995, radicado 8968, en la cual se sostuvo que en actuaciones judiciales la inducción en error se mantiene mientras persista el error. Con la precisión de que, “debe haber un límite a ese error y este límite no puede ser otro que la misma ejecutoria de la resolución o acto administrativo contrario a la ley,” e incluso tiempo después cuando se requieren gestiones adicionales para su cumplimiento.

Igualmente, en la SP del 30 de octubre de 1996, radicado 9134, se reafirmó la tesis en relación con el delito permanente, en el sentido de que “la vulneración al interés jurídico protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial”.

De allí que, siguiendo la línea expuesta, en la providencia que se viene de citar se concluyó:

“De ahí que para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error; o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia.”

Respecto del delito de fraude procesal en actuaciones administrativas, en la SP del 29 de agosto de 2018, radicado 53066, que el demandante mencionó y que se ha indicado, se ilustró un caso en que se obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión y de mesadas sucesivas, que “el término de prescripción se contabiliza a partir del último acto orientado a hacer incurrir en error al servidor público competente para tomar la respectiva decisión.”

Luego, en la misma decisión se citó la SP del 18 de marzo de 2009, radicado 27710, para ilustrar situaciones relacionadas con actuaciones que se podrían llamar mixtas -cuando se induce en error a un funcionario administrativo y dicho acto se lo hace valer en un proceso judicial—, frente a las cuales se decidió que el delito se consuma no al concluir el trámite administrativo, sino cuando cesa la consecuencia de la decisión contraria a la ley que se hace valer en el proceso judicial.

Se mencionó igualmente el AP del 8 de julio de 2015, radicado 46204, en el que se trató el caso de un registro de una escritura pública falsa. En este evento, similar al que ahora ocupa la atención de la Corte, la Sala expresó lo siguiente:

“... no es en el instante en que se registraron las escrituras espurias en la correspondiente oficina, que deben entenderse materializados los dos

punible atribuidos a ambos acusados, sino cuando estas conductas dejaron de producir efectos.” [...]

Según lo anterior, los efectos del acto cesaron el 19 de diciembre de 2016, cuando la fiscalía al resolver la situación jurídica ordenó, con base en el artículo 21 de la Ley 600 de 2000:

“Inscribir, medida de embargo especial, conforme lo dispone el artículo 66 de la Ley 600 de 2000, a efectos de garantizar el derecho de propiedad de la denunciante MERC. Oficiar a la Oficina de instrumentos públicos para que así proceda sobre el inmueble que se describe en la matrícula inmobiliaria 370- 0264244.”

Cuarto. De la exposición anterior podría pensarse que existen diferencias en relación con el término de prescripción del delito de fraude procesal, dependiendo de si se afecta la función administrativa o la función judicial. Sin embargo, como lo plantea el Señor Procurador, esa conclusión no es aceptable.

La diferencia entre el delito de fraude procesal desde esa perspectiva es artificiosa. Quienes la sostienen, lo hacen sin reparar que el término de prescripción de la acción penal no puede depender de quién es el funcionario engañado y de la función que ejerce. Esa interpretación no corresponde a la dogmática del tipo penal, ni a los desvalores de acción y de resultado que conforman el injusto. Por lo mismo, no puede existir una teoría para cuando el inducido en error es un funcionario administrativo y otra para cuando se trata de un funcionario judicial, dependiendo de quién es el engañado y no de la acción.

Lo esencial es considerar que el fraude procesal es un delito de mera conducta y de conducta permanente y que, en cualquier caso, tal como lo sostiene la actual interpretación jurisprudencial, el error al que es inducido el funcionario

administrativo o judicial persista. Por eso, pensar que en las actuaciones administrativas la consumación de la conducta y el término de prescripción de la acción penal es diferente al de actuaciones judiciales es una apreciación incorrecta, pues la jurisprudencia sintetiza las dos posibilidades bajo la idea de que el delito permanece mientras subsista el error en los dos casos.

En ese orden, la acción penal se adelantó válidamente tanto en la fase de instrucción como en el juicio y la sentencia es legítima.

En efecto, la anotación fraudulenta y por tanto la inducción en error persistió hasta el 19 de diciembre de 2016, fecha en que la fiscalía ordenó medidas tendientes a dejar sin efecto la anotación ilegal en el registro. Por lo tanto, es a partir de esta fecha que se debe contabilizar el término de prescripción de la acción penal. De manera que tomando en gracia de discusión como referente la pena de 8 años de prisión -no la de normas posteriores que serían aplicables por la permanencia de la conducta— con que se sancionaba el delito para cuando se inició la acción, esta prescribía el 19 de diciembre de 2024.

Como la calificación quedó en firme el 19 de septiembre de 2018, ese término no se cumplió en la fase de instrucción penal.

De otra parte, tomando esa fecha como referente para establecer la prescripción en la etapa del juicio, ese término se reduce a la mitad, sin que pueda ser inferior a 5 años. Por lo mismo, en los términos del artículo 86 del Código Penal, como la calificación quedó en firme el 19 de septiembre de 2018, la acción penal prescribiría el 19 de septiembre de 2023, lo cual no ha ocurrido.

Por esas razones, la Corte no casará la sentencia».

- 14. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Elementos / **PRETERINTENCION** - Estructura y requisitos / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Remite a la normativa del homicidio simple y agravado / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Le son aplicables los agravantes del homicidio simple / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, prohibición de elevar juicios de responsabilidad o sobre elementos del tipo / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria: corresponde al juez / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Putativa o subjetiva: no se configura

La Corte profirió fallo de casación al haberse admitido la demanda promovida por la defensa de A.F.M.C., contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que revocó la absolutoria que emitiera el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad.

En esta oportunidad, la Sala no casó y confirmó la sentencia del ad quem que condenó, por primera vez, a A.F.M.C., como autor del delito de homicidio preterintencional agravado, para lo cual analizó los elementos, características y estructura de dicho punible, para concluir que las circunstancias agravantes del tipo doloso, son aplicables al tipo preterintencional; así mismo, aclaró los límites de la prueba pericial, su apreciación probatoria y la figura de la legítima defensa putativa o subjetiva.

SP899-2022(52000) de 16/03/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 31 de enero de 2015 a las 4:30 horas, en la carrera 70 con circular 5B, barrio Laureles de la ciudad de Medellín, se encontraba en un puesto de comidas rápidas A.F.M.C. en compañía de varias personas. Al sitio llegó el señor J.W.A.R., habitante de calle, a solicitar comida y dinero. El citado le expresó groseramente que se fuera del lugar y ante la negativa de J.W.A.R., le propinó un puño en la cara que lo hizo caer al suelo ocasionándole la muerte como consecuencia de una hipertensión endocraneana por hemorragia subaracnoidea a causa de traumatismo craneoencefálico.

SENTENCIA - Defectos en la motivación: Modalidades / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Elementos / **PRETERINTENCION** - Estructura y requisitos / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Remite a la normativa del homicidio simple y agravado / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Le son aplicables los agravantes del homicidio simple

La falta de motivación de la sentencia como lo ha reiterado la Sala se presenta:

“a. Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión.

b. Cuando la motivación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación.

c. Cuando la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido y,

d. Cuando la motivación es aparente y sofisticada, de modo que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo...”

El demandante no precisó en cuál de estos vicios incurrió el Tribunal, ya que el yerro de motivación lo enmarca en una discusión sobre la interpretación del delito preterintencional en relación con las circunstancias de agravación del tipo culposo y doloso.

[...]

Ningún error de motivación advierte la Corte. La defensa conoció los argumentos del sentenciador para agravar el homicidio y tuvo la oportunidad de controvertirlos desde el momento en el que fueron imputados fáctica y jurídicamente por la Fiscalía.

Ahora, para que no quede duda de que en el subexamine se configuraron las circunstancias específicas de agravación imputadas, la Corte establece que la Futilidad emerge diáfana de lo insignificante del móvil al segar la vida de una persona en evidente situación de pobreza absoluta que se acerca a solicitar comida o dinero a otra. Y la indefensión, se justifica en razón a que el Tribunal, después de analizar las particularidades de los hechos y cruzarlos con algunos rasgos de la personalidad del acusado (establecidos testimonialmente como más adelante se determinará), concluyó que la motivación de la agresión no fue la intolerancia por discriminación sino el carácter agresivo de MC.

[...]

Con el fin de garantizar la doble conformidad, la Corte también verifica que las circunstancias de agravación por las cuales se imputó, acusó y condenó están soportadas probatoriamente con los testimonios que en la oportunidad procesal adecuada rindieron GABA y DAM, derrumbando así la tesis de la defensa en el sentido de que no se configuraron las mismas. [...]

La Corte no advierte que se hubieran presentado errores de derecho por parte del Tribunal pues acertó en la consolidación de las agravantes debido a que el tipo de homicidio preterintencional para efectos de la punibilidad, remite a las normas que consagran el delito doloso en sus modalidades simple y agravada.

En contravía de la norma y de la interpretación que de la misma hizo el fallador, el censor considera que como el delito preterintencional tiene un contenido culposo, los agravantes no pueden ser las del tipo doloso.

Al respecto precisa la Sala que en el tipo preterintencional el sujeto activo dirige su voluntad hacia la obtención de un resultado querido, pero se produce uno más grave que se reprocha a título de culpa porque tenía la capacidad de preverlo. Es una mixtura entre el dolo y la culpa y así lo establece el artículo 24 del Código Penal al indicar que “La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

Como se observa, el delito en cuestión también es de naturaleza intencional, de allí que los elementos que lo integran son los mismos del tipo base doloso, tales como acción, nexo de causalidad, bien jurídico, dolo inicial y elementos subjetivos. Estos se conjugan con los del delito imprudente pero después de desarrollada la acción intencional, es decir, sólo en el resultado final, se advierte la violación al deber objetivo de cuidado, su relación con el resultado excedido y la del agente de representárselo.

[...]

Lo anterior, permite concluir que las circunstancias agravantes del tipo doloso, son aplicables al tipo preterintencional, pues aquellas comportan elementos del primer tipo que el agente realiza con conocimiento y voluntad para la obtención de un resultado querido.

En el presente asunto, emerge claro el acierto del Tribunal al imponer al acusado circunstancias agravantes del homicidio doloso, ya que, aunque la conducta no fue cometida con la intención de acabar con la vida de la víctima, sí se ejecutó con la finalidad de agravar su integridad personal,

momento para el cual, concurrían las particularidades intensificadoras de la pena, plenamente conocidas por el procesado.

Establecido que el delito preterintencional implica que el agente realiza una acción de carácter doloso y que el resultado excede lo previsto, se descarta vulneración alguna a las normas alegadas por el defensor, por cuanto las causales de agravación contenidas en el artículo 104 del Código Penal aplican jurídicamente al homicidio preterintencional.

Por lo demás, le asiste razón al Fiscal Delegado ante esta Corporación, quien señaló que la propia referencia normativa remite a los artículos que regulan el homicidio simple y el agravado.

Una estricta interpretación gramatical de la norma, advierte que el artículo 105 del Código Penal, establece:

[...] Lo que obligatoriamente remite a los artículos 103 y 104 del estatuto sustantivo (antes de las adiciones del 104.A.B). Adviértase, además, que las causales de agravación del homicidio culposo se ubican en el artículo 110, siendo posteriores. Concluyendo que el legislador no dejó margen de duda al respecto y partió de suponer que en el homicidio preterintencional el agente inicia su recorrido criminal con una acción de carácter doloso, es decir, con conocimiento y voluntad, y es precisamente esa la razón para que en el homicidio preterintencional concurren circunstancias de agravación.

PRUEBA PERICIAL - Dictamen: perito, prohibición de elevar juicios de responsabilidad o sobre elementos del tipo / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria: corresponde al juez / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: necropsia, apreciación probatoria

Con base en la conclusión de la prueba pericial, el Tribunal a su turno dedujo que el trauma craneoencefálico fue producto del golpe que el acusado le propinó a JWA.

Ningún error en la anterior conclusión demuestra el demandante. Más allá de indicar que el peritaje es confuso, el recurrente no precisa porqué el experto se equivocó al atribuir el deceso a un trauma craneal, como tampoco el motivo por el que el Tribunal erró al atribuir esa lesión física a la conducta del procesado.

Se intenta fallidamente restar mérito a la prueba científica bajo el argumento de que no proporcionó información sobre las circunstancias en las que “se presentaron los hechos y como se causaron los golpes”.

En este punto, olvidó el recurrente que el perito no es testigo de los hechos, sino un experto en una materia específica que analiza evidencias y con base en sus conocimientos especiales, responde los interrogantes que se le formulen sobre determinado suceso.

La prueba pericial se practicó con la finalidad de que el médico forense estableciera la causa de la muerte y su mecanismo, no con el objeto de reconstruir el hecho o soportar una hipótesis de legítima defensa, mucho menos para determinar si el resultado le era o no imputable a MC, pues este es un juicio jurídico que le corresponde exclusivamente al juez.

En ese orden, son desatinados los argumentos del recurrente cuando descalifica la prueba pericial, sobre todo al exhibir una serie de eventualidades basadas en la especulación con la finalidad de que la causa de muerte se atribuya a otro tipo de posibilidades derivadas de un probable padecimiento cerebral preexistente en la víctima del que solo da cuenta la defensa a partir de su propia opinión.

Como se observa, no se trata de demostrar un error del Tribunal en la apreciación de la prueba pericial, sino en generar un debate sobre el poder demostrativo de la misma, fundado en una simple crítica.

En audiencia de juicio oral del 30 de junio de 2016, declaró el Dr. AJAC, médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal que para la fecha de la declaración laboraba como “perito forense de la unidad clínica” (reg. 13:02 CD.2 grabación 9). Expuso que realizó la necropsia de un cuerpo cuyo nombre correspondía a “JWAR”, a quien le encontró en examen exterior una escoriación frontal de aproximadamente cero punto cinco (0.5) centímetros. El examen interno arrojó como hallazgos, entre otras: (i) un hematoma subgaleal de predominio occipital (colección de sangre entre el cuero cabelludo y la tabla ósea del cráneo), una hemorragia subaracnoidea (debajo de la aracnoides -capas de revestimiento del cerebro-) extensa en los lóbulos parietales frontales, (iii) una hemorragia cerebelosa.

Continuó informando que encontró un “edema cerebral” (acumulación de líquido en el espacio intercelular del cerebro), que puede ser producido por un “trauma contundente”. Expuso que examinado el cerebro no le encontró patologías diferentes a las “hemorrágicas traumáticas”, lo que significaba que había “macroscópicamente presanidad en el cerebro”. No encontró ningún tipo de lesiones antiguas a las traumáticas.

Frente a la causa de la muerte expuso: “traumatismo craneoencefálico” como consecuencia de una “hipertensión endocraneana” producida por “una hemorragia subaracnoidea extensa”, manera de muerte “violenta” (reg. 58:45 CD.2 grabación 9).

El dictamen ofrecido por la Fiscalía es claro y según el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, ese traumatismo en el cráneo obedeció al golpe que le propinara MÁC a la víctima. Conclusión que resulta respaldada con las declaraciones ya vistas de los testigos GABA y DAM, y además, con la propia versión del procesado, quien reconoce que le causó el golpe para defenderse (como más adelante se advertirá).

LEGÍTIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: no se configura / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: contradicciones / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: evento en que hay ánimo protector con el procesado

El último reparo se postula como un falso juicio de existencia. El presunto yerro recae sobre la falta de apreciación en una circunstancia de los hechos referente a que la víctima llevaba consigo un costal, y para la defensa, ese hecho reforzaría la exculpación del acusado acerca de que el golpe que MC le propinó a JWA fue para evitar una posible agresión de su parte cuando hizo el ademán de sacar un objeto del costal para atacarlo.

Sin embargo, el vicio de estimación probatoria debió hacerse recaer sobre los testimonios que daban cuenta de la particularidad relacionada con el costal, porque contrario a lo sostenido por el defensor, el Tribunal sí estudió esa circunstancia y valoró los testimonios que soportaron la legítima defensa putativa, pero les restó mérito demostrativo al no ser corroborados con los demás medios de convicción y por hallar importantes contradicciones entre ambas versiones, incurriendo el censor en una vulneración al principio de corrección material, propio de todo recurso, y que lo obliga a ajustar sus proposiciones a la estricta verdad frente a la decisión que pretende atacar.

Obsérvese que las personas que dieron cuenta de la supuesta e inminente agresión de la víctima, fueron el propio procesado y su amigo de toda la vida JEMP. En contraposición con su narración, ninguno de los testigos directos del hecho narró esa particularidad (GABA y DAM), pues fueron coincidentes en que la acción violenta provino de MC por la simple solicitud que le hiciera el habitante de calle, a lo que éste reaccionó violentamente diciéndole que se largara para

luego propinarle un fuerte golpe en la cara, que lo tumbó inmediatamente.

[...]

Como se observa el fallador de segundo grado sí apreció la prueba que informaba sobre el costal y su relación con el hecho, por manera que no se configura el falso juicio de existencia (por omisión) demandado en casación.

Se advierte que la defensa se muestra inconforme con que se hubieran demeritado estos dos testimonios, ya que éstos fueron el sustento probatorio de la exculpante de la legítima defensa putativa reconocida en primera instancia. Sin embargo, más allá de su punto de vista, el recurrente no acredita algún error de hecho en su valoración, ni tampoco logra derruir el mérito asignado a los testimonios que descartan las circunstancias narradas por el procesado y su amigo.

Empero, como se indicó al inicio, para garantizar el derecho de doble conformidad del recurrente, se profundizará en las declaraciones del procesado AFMC y de su amigo JEMP, para resolver las inquietudes del censor respecto de la valoración probatoria que impidió reconocer la exculpante demandada.

Renunciando a su derecho de guardar silencio consagrado en los artículos 33 de la Constitución Política, y 8.a.b. de la Ley 906 de 2004, AFMC declaró en sesión de juicio oral del día 22 de febrero de 2017 [...]

Del extenso relato ofrecido por el procesado se extraen varias situaciones importantes para valorar su dicho y el de su amigo JEMP, con base en las previsiones del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, especialmente lo referente a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibieron, el comportamiento del testigo en interrogatorio y contrainterrogatorio, la forma de su respuesta y su personalidad.

El procesado habló de un habitante de calle que supuestamente llegó donde estaba comiendo y que "...estaba acompañado al mismo tiempo de dos habitantes de calle que estaban reciclando a esas horas por el sector...", y que esos dos habitantes de calle, después de que se causó el golpe al primer habitante de calle "...uno despicó una botella de vidrio y otro nos ofrecía macheta, que mirá, que hijueputas como le dieron al parcero, que malparidos me decían a mi y a mi amigo J porque él estaba a las espadas mías a todo momento, nosotros somos los que mandamos por la 70, que nosotros te vamos a enseñar a respetar mirá como le diste al parcero te vamos a dar duro hijueputa te vamos a linchar...".

El testimonio del procesado discrepa de los relatos que dentro del proceso expusieron los testigos GABA y DAM en relación con la violencia desplegada por la víctima. Estos manifestaron que no fue así, y frente al número de habitantes de calle en la escena de los acontecimientos, tanto ellos, como la señora MEMC (a quien la defensa solicita otorgarle credibilidad), refieren que el habitante de calle estaba sólo. También refirieron que el agresor nunca trató de ayudar al habitante de calle.

Debe destacar la Sala que, siguiendo las reglas de la experiencia, tampoco se avizora creíble la versión del procesado cuanto se calificó de temeroso, agredido y "atracado", por un habitante de calle que en su dicho "...suelta la botella de Coca Cola de vidrio en el piso...", para reaccionar pegándole un puño cuando teme por su vida y, no obstante, después de esa situación, los otros dos habitantes de calle se le acercan con un pico de botella y un machete (del cual quiso manifestar posteriormente que no le sacaron machete sino que decían que le iban a dar machete), y en un acto de humildad, sensatez y sumisión "...me agaché, me quedé a toda hora al lado del habitante de calle, alcancé a revisarle los signos vitales y a moverlo suavemente, el pulso en el cuello, la respiración por sus vías aéreas nasales, vi que tenía respiración que tenía pulso".

Ese episodio analizado bajo las reglas de la sana crítica, restan total credibilidad a la versión del procesado, dado que no es acorde con las máximas de la experiencia. Si tenía tanto miedo por su vida con un habitante de calle que sólo trató de sacar algo de su costal, y reaccionó pegándole un puño, ¿cómo no reaccionar de la misma manera o aún más sigiloso frente a dos atacantes compañeros del occiso?

Tampoco para la Corte es verosímil el testimonio rendido por el señor JEMP, quien en el mismo juicio verificó que una fue la versión rendida ante los investigadores y una distinta en juicio oral del día 24 de noviembre de 2016, donde manifestó que estaba con su amigo AFMC en el parque Lleras en un sitio conocido como la [...], salieron tipo cuatro de la mañana a buscar comida, llegamos a "la 70" y (reg. 08:00) "...mientras estábamos organizando lo de la comida, se acerca un habitante a pedirle a A monedas [...] A en 3 ocasiones le dijo que no que en otra oportunidad, a la tercera ocasión el indigente se regó, empezó a insultarlo, que estos ricos hijueputas que los iba a enseñar a respetar y tenía un costal encima el cual descargó como buscando sacar algo de ahí, ahí fue cuando A lo golpeó, le pegó un puño y ahí cayó el indigente [...] cuando el indigente cayó nos quedamos esperando ahí, Andrés miró,

el indigente vomitó, Andrés se acercó y lo tocó por la parte de atrás y me dijo está bien, está vivo. De un momento a otro empezó a llegar gente, en esas llegó otro habitante de calle, despicó una botella que sacó del mismo costal de ese indigente y en esas ya estaba la Policía ahí [...] En esas llegó un señor que venía del estadio camino hacia la UPB, de camisa roja insultando a A que era un aprovechado [...] el indigente le dijo a A antes de soltar el costal que lo iba a picar que lo iba a enseñar a respetar que era un rico hijueputa y descargó el costal, en el momento que descargó el costal como para sacar algo, A se acercó y le metió un puño”.

Hasta este punto la historia concuerda con la del procesado. Sin embargo, obsérvese como al minuto 26:00 de la grabación el defensor pregunta si aparte de esa historia ha contado alguna versión en algún otro lado, respondiendo el testigo que “si [...] a me citaron en el búnker de la fiscalía, al mes me citaron y estuve allá en el bunker dije lo que estoy diciendo hoy, igual”.

En el contrainterrogatorio dirigido por el fiscal delegado, el testigo manifestó que fue el otro habitante de calle, no la víctima, quien sacó el pico de botella e impugnó la credibilidad con la entrevista rendida el día 17 de marzo de 2015, y al leer el documento mencionó que “...el habitante de calle insistía en pedir una moneda como en 3 oportunidades, A le decía caballero en otra oportunidad te colaboro [...] el habitante empezó a decir un montón de cosas, que lo iba a picar, estos ricos miserables, entonces [...] él le dijo eso, A le dijo “abréte gonorrea” [...] el habitante de calle se le abalanzó con una botella despificada, entonces A le pegó un puño en el cachete derecho, es decir, en la cara y el señor cayó al piso inmediatamente” (rec. 01:17:53).

Se advierte que en principio del proceso la estrategia defensiva estuvo encaminada a demostrar una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa, no otra idea puede darse a la manifestación del amigo de AFMC cuando refiere que el habitante de calle se abalanzó con una botella despificada sobre su

agresor, para tiempo después, una vez practicados los testimonios de la fiscalía y percatarse de que ninguno de los testigos manifestara que la víctima exhibió algún artefacto cortante, cambiar la versión y tratar de demostrar una legítima defensa putativa (también eximente de responsabilidad pero bajo el error de prohibición).

Ese ánimo de querer favorecer al procesado permite restarle credibilidad a la declaración de JEMP, haciendo mucho más verosímiles las narraciones que frente a las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la muerte relataron los señores GABA y DAM. Lo anterior, por cuanto los últimos narraron que el habitante de calle arribó al sitio de los hechos con un costal, razón por la cual esa circunstancia no fue desconocida probatoriamente, y en lo que difieren, la supuesta agresión de la víctima, no resultan sospechosos.

En tal medida, ninguna incorrección advierte la Corte con la decisión de revocar el fallo absolutorio, toda vez que el sustento fáctico del supuesto error de prohibición fue totalmente desvirtuado, ya que el susodicho ataque por parte de la víctima no se presentó. Esta fue una hipótesis a la que acudió el procesado para desligarse del compromiso que le asiste por haberse comportado de forma tan reprochable, conducta que le fue acertadamente recriminada como un homicidio preterintencional.

Igual consideración debe hacerse frente al reparo realizado a la falta de valoración del dictamen psicológico de la víctima, el cual tampoco está llamado a prosperar, no solo porque sí fue analizado por el sentenciador, pero con un alcance distinto al pretendido por el demandante, sino porque las conclusiones del psicólogo ninguna incidencia tienen para restar poder demostrativo a aquellos testigos que afirmaron que la víctima nunca fue violenta, ni asumió una actitud provocadora cuando solicitó caridad a MC.

Inicio

15. IMPUTACIÓN OBJETIVA - No se configura: cuando el riesgo creado por el autor habría producido un efecto distinto, de no ser porque, un tercero genera otro riesgo o lo incrementa, con la entidad suficiente para desviar el curso causal original o para crear un nexo causal diverso / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos / **POSICIÓN DE GARANTE** - Ejercicio de la profesión médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: caso en que al concurrir la responsabilidad médica por indebido tratamiento de un herido, se varía el delito, de homicidio simple a tentativa de homicidio / **CASACIÓN** - Redosificación punitiva: al pasar del tipo penal consumado al tentado

La Corte, al encontrar probada la concurrencia de riesgos desaprobados, en tanto, el autor quiso matar y el servicio de salud falló al diagnosticar y al tratar, casó la sentencia por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Funza que, condenó a E.A.M.C., por el delito de homicidio simple.

Concluyó la Sala que, deslindados el nexo puramente causal y el de imputación jurídica, al conjugar el estudio normativo del caso con el principio de culpabilidad, no deviene contradictorio que, si el autor intentó matar y la víctima al final murió, aquél sólo sea llamado a responder por tentativa de homicidio.

SP1369-2022(52728) de 27/04/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 7 de mayo de 2004, en horas de la tarde, H.S.H.N., de 16 años, para aquella época, y otros muchachos, agredieron físicamente al joven G.M.A., quien acababa de salir del Colegio.

2. Aproximadamente a las 6:00 p.m. G.M.A. y su tío E.A.M.C., regresaron al lugar donde fue atacado y se encontraron con los agresores. En ese momento, el adulto E.A.M.C. reclamó a H.S.H.N. por lo sucedido con su sobrino; y,

además, esgrimió un arma blanca y le causó una herida en su zona abdominal, para luego emprender la huida.

3. De inmediato, H.S.H.N. fue trasladado al Policlínico Santa Matilde de Funza (Cund.). Sin embargo, tras observar las características de la lesión, de allí fue remitido al Hospital San José de Bogotá, donde ingresó a las 21:55 horas del 7 de mayo de 2004. En esta institución fue valorado por los médicos de urgencias, quienes, mediante un examen "FAST" digital de ecografía abdominal, exploraron la herida, sobre la cual determinaron que no había comprometido órganos internos; la suturaron y el paciente fue dado de alta a las 06:20 del día 8 de mayo de 2004; motivo por el que su progenitora lo llevó a su residencia.

4. Sin embargo, poco después, mientras ya estaba en casa, H.S.H.N. empezó a experimentar un fuerte dolor abdominal, al punto que debió reingresar en horas de la tarde al hospital San José. En esta segunda ocasión, luego de otra serie de exámenes, el equipo médico detectó que tenía herida penetrante al estómago y riñón, con peritonitis asociada, como fue documentado en la historia clínica.

Ante este nuevo hallazgo, se le practicó una cirugía denominada laparoscopia exploratoria, en la cual se estableció que había desarrollado peritonitis, dado que tenía perforaciones en estómago y riñón, heridas que no se detectaron en la primera ocasión. Después de ser tratado frente a estos hallazgos, fue dejado en sala de cuidados intensivos. Aun así, el 9 de mayo de 2004, a las 13:00 horas presentó paro cardio-respiratorio y falleció.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - No se configura

«Contrario a lo firmado por el libelista, asiste razón a la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en el sentido que la conducta de EAMC corresponde a un despliegue homicida; en tanto se estableció que, por venganza, ante el acoso al que era sometido su sobrino GMA, por HSHN (hoy occiso), se dirigió a buscarlo para hacerle el reclamo; y no satisfecho con ello, adicionalmente, lo hirió con arma cortopunzante, al punto que afectó gravemente el estómago y el riñón izquierdo, lesión que finalmente produjo su deceso.

[...].»

CONDUCTA PUNIBLE - La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del

resultado / **CONDUCTA PUNIBLE** - Elementos / **CONDUCTA PUNIBLE** - Imputación jurídica

«Como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, en virtud de lo previsto en el artículo 9º mencionado, “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. En ese contexto, para que una conducta sea punible no es suficiente establecer que determinada acción u omisión (dolosa o culposa) generó un resultado lesivo; pues, la determinación de la responsabilidad penal descansa no sólo sobre supuestos fácticos o naturales, sino también sobre presupuestos valorativos de contenido jurídico-penal y en el principio de culpabilidad.

En consecuencia, aparte de la causalidad, es necesario acudir a criterios adicionales para imputar al autor el tipo objetivo, como aquellos con aptitud para demostrar que la consecuencia lesiva es “obra suya”, o sea, “que depende de su comportamiento como ser humano”».

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Juicio de valor: se concreta en la imputación del comportamiento y del resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Nexo causal entre la conducta del autor y el resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - No se configura: cuando el riesgo creado por el autor habría producido un efecto distinto, de no ser porque, un tercero genera otro riesgo o lo incrementa, con la entidad suficiente para desviar el curso causal original o para crear un nexo causal diverso / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos

[...]

De manera que, no procede la imputación si, aunque el sujeto haya originado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado no se produce como concreción de ese mismo riesgo jurídicamente desaprobado, sino sólo en conexión de causa natural con el mismo.

43. Es así que, la imputación al tipo objetivo por un resultado final, podría excluirse para el autor original, cuando el riesgo creado por éste habría producido un efecto distinto, de no ser por la intervención de otro sujeto; quien, a su vez, genera otro riesgo que concurre con el anterior o lo incrementa, con entidad suficiente para desviar significativamente el curso causal original o para crear otro nexo causal diverso.

En esta última alternativa, podría abrirse la posibilidad de efectuar otra imputación distinta para el segundo sujeto, debido, precisamente, a la presencia de aquella circunstancia extraordinaria propiciada por él.

Un evento de concurrencia de riesgos, como el antes descrito, puede ocurrir, por ejemplo, cuando el autor inicial, con la intención de matar a una persona, le causa graves heridas que ponen en serio peligro su existencia; y, no obstante, la víctima fallece más adelante, adicionalmente por: i) fallas relevantes del personal médico en el diagnóstico o tratamiento; o ii) comportamiento contraindicado del mismo paciente frente a su proceso de curación».

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar, no aplicable en Colombia / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar, aplicable en Colombia

«Un complejo de teorías, desde diversos énfasis, se han esbozado con la pretensión de solucionar razonablemente las constelaciones de casos que podrían suceder en la vida real, aplicando los criterios de la imputación objetiva; dado que son varias las posibilidades de convergencia de cursos causales que ponen en riesgo el mismo bien jurídico; y, de igual manera, plurales las alternativas jurídicas para su definición.

[...]

Un grupo de teóricos sostienen que, si el autor inicial hirió con la intención de matar y, finalmente, el deceso acaeció, así fuese por defectuosa gestión médica, entonces, ese autor responderá por homicidio doloso.

Desde esta arista, con independencia de que los médicos pudiesen haber incurrido en homicidio culposo, el autor inicial debería responder por esa muerte a título de homicidio doloso, puesto que su acción intencional tenía un punto de no retorno, pues encaminó las cosas indefectiblemente hacia producir la muerte de la víctima.

En la sistemática colombiana, una solución radical de ese talante no puede acogerse, cual si se tratara de una fórmula preconcebida; dado que, como en seguida se verá, también se concede relevancia a la posición de garante que asumen los profesionales de la salud, a partir del

momento en que el paciente es admitido al servicio y hasta el momento en que es dado de alta; lo cual impone analizar detalladamente cada situación particular. Precisamente, en el sentido que, con independencia del plan del autor, los médicos que asumen el tratamiento de la persona herida, en algunos casos, podrían evitar la concreción del resultado fatal, siempre que dirijan su desempeño con apego a su *lex artis* y a los reglamentos vinculantes.

Para otros estudiosos del asunto en cuestión, sería necesario demostrar la gravedad de las lesiones infligidas por el perpetrador, para determinar si, de todas maneras, el resultado fatal se hubiera producido, aún cuando haya mediado la mejor atención médica; caso en el cual, el autor original debería responder por homicidio doloso. Igual solución tendría el evento en que, en las mismas características de gravedad, el paciente hubiere sido atendido con deficiencias en las prestaciones asistenciales, con independencia de que el proceder del personal de la salud pudiese auscultarse en los campos disciplinar y penal.

[...]

Se ha sugerido, también, como tercera vía, la necesidad de establecer la relevancia del error de los profesionales de la salud, para definir si, en realidad, ellos crearon un riesgo desaprobado concurrente o desviaron esencialmente el curso causal desatado por el autor de las heridas a la víctima, hasta generar ellos que las cosas empeoren y sobrevenga la muerte por razón de la injerencia indebida en tratamiento del paciente.

En la doctrina de JAKOBS, se ha analizado la posibilidad de separar los parámetros de imputación para el perpetrador y para el los médicos por los daños consecuenciales, bajo el entendido que se diferencien estas situaciones: i) se imputará al autor el resultado por el riesgo concurrente, cuando el profesional de la salud no podía prescindir de actuar como lo hizo (Ej. en un sector rural no se dispone de recursos técnicos para efectuar un mejor diagnóstico ni una óptima intervención quirúrgica de emergencia); ii) errores médicos meramente incidentales no necesariamente generan imputación objetiva para el médico; y, por ende, el autor inicial no se exonera del resultado final (Ej. suministrar vitaminas por equivocación, en lugar de un analgésico); y iii) si el médico se aparta en modo grave de su rol y actúa por fuera de lo razonable, será imputado por las consecuencias de ese grado de distanciamiento de la *lex artis*; y, a su vez, el autor inicial responderá por lo que hizo.

[...]».

TENTATIVA - Dispositivo amplificador del tipo / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el agente inicie la ejecución de una conducta punible, no incluye la ideación de un ilícito ni los actos preparativos / **TENTATIVA** - Diferencia entre actos de preparación y actos de ejecución: criterio mixto, ponderación del plan el autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, idoneidad de los actos, demostración, desde una óptica intersubjetiva y atendiendo las máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia relevantes / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure por circunstancias ajenas a su voluntad / **TENTATIVA** - No se configura: si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma

«[...]

55. Entonces, como viene de verse, la realidad del acontecer social enseña que pueden suceder situaciones complejas, en las cuales la intención homicida del autor, que revista las características descritas, avance sólo hasta el grado de tentativa: i) precisamente, por haber mediado, como causa ajena a su voluntad, una adecuada atención médica para la víctima; o, ii) porque en algunas eventualidades extremas, la falla en la prestación del servicio de salud genera otro riesgo para la víctima que desvía ostensiblemente el curso causal primigenio».

POSICIÓN DE GARANTE - Ejercicio de la profesión médica / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias constitutivas de posiciones de garantía / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Deber objetivo de cuidado / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Posición de garante / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - No se configura: cuando el paciente genera un riesgo posterior al tratamiento / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Cuando la responsabilidad no es individual sino de la entidad prestadora de salud (responsabilidad de la persona jurídica)

«[...]

58. Ciertamente, cuando el profesional de la medicina asume voluntariamente “la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio” (artículo 25, numeral 1°, del C. Penal), se activa para él la posición de garante respecto del paciente y de la

fuente de riesgo (por ejemplo, medicamentos e instrumentos quirúrgicos). Si, además, en ese ejercicio inobserva los deberes de cuidado que le impone su rol funcional (lex artis); y, a consecuencia de ello, se produce un daño antijurídico, podría verse inmenso en el ámbito de la imputación al tipo objetivo de las conductas punibles que resultaren adecuadas.

[...]

En ese orden, no basta la constatación de la infracción al deber objetivo de cuidado, para atribuir el comportamiento culposo; tampoco el incremento o creación del riesgo no permitido. (Nullum crimen sine injuria).

En lugar de ello, se insiste, la conducta negligente del facultativo debe tener repercusión directa en el desvalor de resultado, pues si la lesión o la muerte de la persona sobreviene de situaciones al margen de la práctica médica o por alguna táctica distractora del tratamiento asumida por parte del paciente (autopuesta en peligro o acción a propio riesgo), no habría lugar a imputar al galeno, pues sería a aquél y no a éste, entonces, a quien se debería atribuir la contribución al desenlace transgresor del interés jurídico tutelado.

Desde luego, existen circunstancias en las cuales el defecto es corporativo, predicable prevalentemente de la institución o entidad (pública, privada o mixta) encargada de administrar la prestación de los servicios de salud. En esta diferente constelación de hipótesis, la prueba enseñará si, más allá de la responsabilidad civil, la imputación objetiva en materia penal eventualmente pudiere extenderse a los representantes legales u otras personas, empleadas o funcionarios».

LESIONES PERSONALES - No se configura

«[...]

Ciertamente, para atribuir el resultado a la acción de riesgo emprendida dolosamente por el acusado, se debe verificar que el peligro por él originado fue el mismo que se concretó en el resultado finalmente acaecido (muerte), para lo cual no basta establecer la sola relación de causalidad ontológica, sino que se requiere determinar, valorativamente, la relevancia para el tipo penal del nexo entre la acción y el deceso de la víctima.

[...]

73. Ciertamente, el análisis integral del conjunto probatorio, en especial del contexto entre los testimonios, la historia clínica y el protocolo de necropsia, permite arribar a estas conclusiones:

i) EAMC indudablemente intentó matar a la joven víctima, en un acto doloso, de venganza; ii) el defecto en la atención médica definitivamente sí existió; ii) a raíz de ello, se generó un nuevo riesgo desaprobado para HSHN (víctima), que se sumó al riesgo que ya había creado el perpetrador; iii) este nuevo riesgo desató otro curso causal, que contribuyó al desarrollo de la peritonitis, que en horas de evolución provocó la infección generalizada (sepsis) y la falla multisistémica, luego de la cual devino la muerte del paciente».

RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Versari in re illicita / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto / **HOMICIDIO** - Dolo / **INVESTIGACIÓN INTEGRAL** - Concepto / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: se configura / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando se generan lesiones con el ánimo de matar a una persona y esta es tratada por el servicio médico, teorías para establecer que conducta y a quien se le debe de imputar, aplicable en Colombia / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: solo se puede imputar aquella conducta generada por el riesgo sobre la que se cumplen los requisitos para emitir sentencia condenatoria / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando hay dudas sobre que una conducta sea consecuencia del riesgo creado se debe absolver por esa conducta / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: la existencia de un riesgo creado por un tercero no elimina la responsabilidad del autor del riesgo inicial sino que será responsable de lo ocurrido hasta antes de que se generara el nuevo riesgo / **TENTATIVA** - No se configura: si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma / **POSICIÓN DE GARANTE** - Ejercicio de la profesión médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: caso en que al concurrir la responsabilidad médica por indebido tratamiento de un herido, se varía el delito, de homicidio simple a tentativa de homicidio

«[...]

El derecho penal de los estados constitucionales contemporáneos superó la denominada versari in re illicita, figura del Derecho Canónico, a través de la cual se endilgaban al autor todos los resultados que se produjeran (inclusive sin culpabilidad) a partir de su conducta, con independencia de su propósito o intención. En un ejemplo actualizado, sería tanto, como si A lesiona a B, quien es conducido en ambulancia hacia un hospital, pero en el trayecto el vehículo

se accidenta y B muere; entonces, A debería asumir la responsabilidad por el deceso de B, sencillamente porque A, con su conducta, fue quien desató los cursos causales que, finalmente, se concretaron en ese desenlace.

En muchas ocasiones se llegaba así a una forma injusta de responsabilidad objetiva, por el sólo hecho de la causalidad natural o la equivalencia de las condiciones. Por ello, con el fin de racionalizar la cuestión paulatinamente se fueron planteando restricciones, como la causalidad adecuada, la causalidad relevante y las teorías de la imputación objetiva.

En estas últimas, se trata de eliminar inclinaciones subjetivas para decidir si un resultado se asigna o no a la conducta del autor; lo cual intenta lograrse examinando el nexo causal con base en criterios estrictamente normativos, objetivos y sobre roles comportamentales esperados, bien definidos y vinculantes. De manera que, todo aquel que se aparte de su rol funcional o lo cumpla defectuosamente, podría responder de las consecuencias de su actuar, si con ello genera un riesgo desaprobado y ese mismo riesgo tiene la potencialidad de concretarse en el daño que la ley penal quiere evitar.

Cobra plenitud el principio de culpabilidad (artículo 12, Código Penal, Ley 599 de 2000), en cuya virtud el perpetrador, causante de las lesiones a la víctima, sólo debe responder por lo que generó su comportamiento, con análisis pasado por el tamiz de la imputación objetiva.

Y, sucedáneamente, se abre la posibilidad de imputar objetivamente y responsabilizar, si a ello hubiere lugar, a todo aquel que haya actuado con su propia culpabilidad, particularmente a quienes, en cumplimiento de su rol funcional, hayan asumido una posición de garante, encaminada a aminorar las consecuencias de la conducta del implicado.

[...]

En el asunto que se examina, se puede afirmar con certeza que MC incurrió en tentativa de homicidio (27 y 103 artículos 103, Ley 599 de 2000), cuando asestó la puñalada a HSHN; herida penetrante, con profundidad de 7.5 centímetros, que lesionó estómago y riñón; y que tenía potencialidad para que la víctima perdiera la vida; salvo que, circunstancias ajenas a su voluntad lo hubieren evitado.

Sin embargo, no es factible avanzar hacia la conclusión de que fue exclusivamente la acción (conducta dolosa) de MC la que desató todos los sucesos relevantes que desembocaron en la muerte de HS; porque, como se vio, hubo una

intensificación en esos cursos causales, a través de otro curso causal surgido en la deficiente, equivocada o insuficiente gestión de los profesionales de la salud que atendieron al herido la primera vez en el Hospital [...]; conjunto de acciones y omisiones que también incidieron en el desenlace fatal, sólo que se ignora cuál intensidad tuvo o alcanzó dicha interferencia.

En otras palabras, el tratamiento inicial de HS obedeció a un diagnóstico inadecuado o incompleto, pues quedó limitado a la exploración digital de su herida, a la sutura de la misma y al suministro de analgésicos.

De igual manera, si el paciente se hubiere remitido a interconsulta, con especialistas en el área de cirugía, entonces, quizá, un mejor diagnóstico habría detectado que la lesión era profunda, con perforación de estómago y riñón, con segregación de líquidos de potencialidad infecciosa; y, entonces, el tratamiento específico, apropiado para la magnitud de esta herida, habría contribuido a evitar la propagación de la sepsis que, finalmente, llevó a la muerte al adolescente afectado.

De ahí que, en aplicación estricta del principio de culpabilidad, EAMC sólo puede ser condenado por tentativa de homicidio, toda vez que hasta ahí llega la certeza del conocimiento acerca de lo ocurrido. En adelante, hacia el campo del homicidio consumado surgen dudas, precisamente, porque se puede especular acerca de cuál sería la suerte de la víctima, si hubiese recibido una atención en salud integral y óptima desde la primera vez que ingresó al servicio de urgencias del Hospital [...]

Se insiste, no es factible afirmar, con convicción de certeza, que la acción del acusado fue la que dio lugar a la peritonitis que, finalmente, produjo la sepsis que llevó a la muerte a HS; en tanto, han quedado al descubierto una serie de interferencias en las relaciones causales, que pudieron desplazar la dirección de las mismas, hacia una distinta, atribuibles, por imputación objetiva, al personal de la salud y, en concreto, a los médicos que asumieron el rol de garantes, la primera vez que atendieron al paciente en el Hospital San José.

[...]

Para recapitular, por la exigencia de certeza para condenar, la conducta de MC, sólo puede ser adecuada a tentativa de homicidio, porque en el espectro probatorio surgieron una serie de dudas relacionadas con la desviación del curso causal original, debido a lo que aconteció en el servicio médico; al punto de permitir pensar que, de haber mediado el tratamiento indicado por las

ciencias médicas, probablemente HSHN hubiera podido sobrevivir.

Y, por mandato del artículo 7° de la Ley 600 de 2000, “en las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado”.

Consecuente con lo expuesto, prospera el cargo de violación indirecta por falso juicio de identidad, razón por la cual la Corte casará la sentencia y condenará a EAMC por el delito de homicidio simple, en el grado de tentativa».

CASACIÓN - Redosificación punitiva: al pasar del tipo penal consumado al tentado / **HOMICIDIO** - Tentado: dosificación punitiva

«Corolario de lo anterior, la Sala redosificará las sanciones imponibles, de acuerdo a las previsiones de los artículos 27 (tentativa) y 103 (homicidio), 60 (parámetros aplicables) y 61 (fundamentos para la individualización de la pena) del Código Penal (Ley 599 de 2000); con acatamiento de las proporciones empleadas en la sentencia apelada, las cuales no pueden desconocerse, para no incurrir en una forma de reforma peyorativa.

[...]».

COMPULSACIÓN DE COPIAS - Fiscalía: para que investigue por presuntas conductas punibles cometidas, no se ordena dado que el hecho ya prescribió / **PRESCRIPCIÓN** - Homicidio culposo / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura

«[...] la Fiscalía General de la Nación no investigó la actividad médica; no obstante, la Sala no compulsará copias, debido a que por el paso del tiempo ya sería inocuo, al haber fenecido, por prescripción, el término disponible para que el Estado pueda ejercer la acción penal, toda vez que se trataría de una intervención culposa (impericia, imprudencia, negligencia, violación de reglamentos o desconocimiento de la lex artis).

[...]».

CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación punitiva / **DOBLE CONFORMIDAD** - Redosificación punitiva / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Dosificación punitiva

«[...] en vista de que el Tribunal fijó la pena en el guarismo mínimo, por estimar que las circunstancias de agravación referidas al parentesco y a la indefensión de la víctima definían la gravedad de la conducta, la Sala lo comparte y dispondrá de la misma manera, fijando la rebaja que dispone el homicidio preterintencional, de una tercera parte a la mitad, acorde con el numeral 5° del artículo 60 del Código Penal, esto es, “si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica”.

[...]».

Inicio

16. INASISTENCIA ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Obligaciones: diligencia de compromiso y otorgamiento de la caución prendaria

Al resolver el recurso de casación promovido por el defensor de D.J.O. contra la sentencia dictada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo (Valle) y condenó al acusado por el delito de inasistencia

alimentaria, la Sala recordó que, la indemnización de perjuicios no es uno de los requisitos previstos en el artículo 63 del Código Penal para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, razón por la que, casó parcialmente el fallo impugnado, a fin de conceder el mecanismo sustitutivo.

De igual manera, casó oficiosamente la decisión en el sentido de redosificar, por el sistema de cuartos, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, ya que, el a quo la impuso por un tiempo igual al señalado para la pena aflictiva de la libertad.

SP908-2022(53084) de 23/03/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 31 de octubre de 2014 N.A.Z.V. denunció a **D.J.O.** porque, sin justificación alguna, no ha cumplido con su obligación de brindar alimentos a su menor hija G.S.O.Z.¹, pese a que, en virtud de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014, por el Juzgado Segundo de Familia de Cartago, se ordenó inscribir a la niña como hija de aquél.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Indemnización integral: evolución jurisprudencial / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (art. 193-6 Ley 1098), no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Extinción de la acción penal por indemnización integral: evolución jurisprudencial

[...]

4. Ahora bien, cuando el sujeto pasivo de la conducta punible es un menor de edad, el Código de la Infancia y la Adolescencia estableció algunas restricciones y condicionamientos, entre otros, en lo que atañe con el aludido subrogado, que están orientados a reprobar con mayor severidad las acciones delictivas cometidas.

Así, en el numeral 6 del artículo 193, incorporó la prohibición de otorgarlo, a menos que aparezca demostrado que el menor víctima fue indemnizado y en el numeral 4 del precepto 199 determinó que no procede cuando se esté ante conductas punibles «de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro».

5. Aunque una mirada rápida al primero de los aludidos cánones -el 193-, permitiría afirmar la total inviabilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la pena si no se verifica la segura indemnización, lo cierto es que, una lectura más sosegada de la norma, de cara a los propósitos del legislador, llevó a la jurisprudencia a arribar a una conclusión diversa.

En efecto, en un principio, la Corte expresó que la indemnización a la víctima constituía un requisito adicional para acceder a la suspensión

condicional de la ejecución de la pena. Así lo indicó en CSJ AP4387-2015, rad. 46332:

[...]

Sin embargo, en la sentencia CSJ SP18927-2017, rad. 49712, al resolver una demanda en la que se acusó al fallador por yerros en la interpretación y aplicación del numeral 6 del canon 193, concluyó de manera diversa y determinó, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los menores de edad y lograr la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados, que, tratándose de delitos de inasistencia alimentaria, la no suspensión de la ejecución de la pena imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria. [...]

La disposición que antecede contiene un mandato que le impide al juzgador aplicar el principio de oportunidad y el subrogado de la condena de ejecución condicional cuando el beneficiario de esos institutos no haya indemnizado los perjuicios ocasionados a los menores que sean víctimas del delito por el que se procede.

Pese al carácter general e imperativo de la norma en cuestión, cabe acotar que en la exposición de motivos de la actual Ley 1098 de 2006 solamente se hizo referencia, en el acápite correspondiente a “Los niños y las niñas víctimas de delitos”, a la deuda que el país tenía con los niños y las niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces (...)” como razón de ser de la implementación de medidas como la examinada (Gaceta del Congreso N. 551 del 23 de agosto de 2005, página 31). E ineludiblemente, dentro de la categoría aludida no se inscribe el delito de inasistencia alimentaria.

[...]

Más recientemente, en CSJ SP, 3 jun. 2020, rad. 52492, puntualizó:

Entiéndase, entonces, que, con independencia de que se acredite el pago de la carga alimentaria, la regla en punto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando el delito afecte menores de edad y no se trate de conductas de extrema gravedad, consiste en que el subrogado no depende del pago de los perjuicios, de manera que su concesión viene dada porque concurren las exigencias previstas en el precepto 63 del Código Penal.

[...]

Agréguese que no se vulneran los derechos de la víctima del delito de acceder a la reparación efectiva del daño, toda vez que la suspensión de

¹ Nació el 13 de junio de 2013.

la pena de prisión no riñe con la obligación del penalmente responsable de reparar el agravio; por el contrario, comporta una medida eficaz para dicho propósito, ya que la libertad de locomoción del penado queda condicionada al pago efectivo de los perjuicios.

En similar sentido, se pronunció en CSJ SP54124-2020, rad. 54124:

En cuanto a la interpretación de ese canon, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria, pues solo se predica de «delitos de extrema gravedad» o «delitos atroces» cometidos contra menores de edad. De manera que el pago de los perjuicios no configura un requisito adicional a las exigencias propias para la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena previstas en el artículo 63 del Código Penal.

Sin que con tal entendimiento se vulnere el derecho de la víctima de acceder a la reparación efectiva del daño, en razón a que el disfrute del beneficio durante el período de prueba queda condicionado al cumplimiento, entre otras, de esa obligación (art. 65-3 ídem), so pena de ser revocado (art. 475 Ley 904 de 2004).

[...]

De allí que la prohibición de suspender la ejecución de la pena prevista en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 solo se predica para delitos atroces e inhumanos, terreno al que no pertenece el punible de inasistencia alimentaria y, por ende, la indemnización de perjuicios no es un requerimiento adicional a los previstos en el precepto 63 de la Ley 599 de 2000.

Ese entendimiento, contrario al pensar de la Delegada de la Procuraduría, no violenta los derechos del menor víctima ni le reprime acceder a la reparación efectiva del daño, en razón a que -se insiste- el disfrute del beneficio durante el período de prueba queda condicionado al cumplimiento, entre otras, de esa obligación, so pena de ser revocado, según las previsiones del artículo 475 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, cuando se ha procedido por el delito de inasistencia alimentaria, el juzgador habrá de examinar la concesión de la ejecución de la pena solo a la luz de los requisitos previstos en el artículo 63 del Código Penal, norma en la que no se hace mención a la indemnización de perjuicios.

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE**

LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Obligaciones: diligencia de compromiso y otorgamiento de la caución prendaria / **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Se configura

El Juez de conocimiento negó a DJO el subrogado en comento porque no hay «prueba que demuestre el pago de los alimentos adeudados».

El fallador de segunda instancia, por su parte, al resolver la apelación propuesta por la defensa, orientada a su concesión, fue contundente en sostener que no había lugar a ello por expresa prohibición del numeral 6 del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que no aparece que el implicado hubiese indemnizado a la menor. Destacó que, si bien aquel, al momento del anuncio de sentido de fallo, ofreció una suma de dinero (\$1.000.000), ello, según lo puso de presente la representante de la víctima, no cubre la totalidad de los perjuicios causados.

Pues bien, de cara a la jurisprudencia transcrita, ya vigente para la fecha en que se profirieron las sentencias de instancia, es evidente que la judicatura recayó en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del numeral 6 del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que, dada la naturaleza del punible por el cual se declaró penalmente responsable al enjuiciado, la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena debe verificarse atendiendo los presupuestos del canon 63 del Código Penal, conforme a la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, disposición que claramente se inobservó en el sub examine.

[...]

Atendiendo la normativa transcrita, plenamente aplicable al caso, se tiene que en esta ocasión se cumplen los requisitos para conceder el subrogado penal.

En efecto, a DJO se le impuso una pena de 32 meses de prisión, esto es, inferior a cuatro años; no se acreditó que tuviera antecedentes penales y el delito de inasistencia alimentaria no está enlistado en el precepto 68A del Código Penal.

Por consiguiente, el cargo prospera y, como consecuencia, la Corte casará parcialmente el fallo impugnado, a fin de conceder el mecanismo sustitutivo de suspensión de la ejecución de la pena.

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad de la pena / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD** - Aplica el sistema de cuartos / **INHABILITACIÓN PARA**

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD - Dosificación

La Corte, en ejercicio de su facultad oficiosa, advierte que el juez singular -proceder avalado por el Tribunal- lesionó el debido proceso en su componente de legalidad de la pena al momento de imponer la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Lo anterior, porque, al tenor del artículo 51 del Código Penal, esa sanción tiene una duración de 6 meses a 15 años, por lo que su dosificación está regida por el sistema de cuartos (CSJ SP713-2020, rad. 54324).

Pese a ello, el a quo impuso esa inhabilitación por un tiempo igual al señalado para la pena aflictiva de la libertad, esto es, 32 meses.

En ese orden, la Sala debe restablecer las garantías del procesado y, para corregir el yerro, reajustará la sanción aludida acorde con los parámetros legales expuestos.

Para tal efecto, seguirá los derroteros del juez de conocimiento al momento de determinar la pena de prisión, autoridad que se ubicó en el primer cuarto de movilidad e impuso el extremo inferior. Por ende, esta Corporación dejará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en seis (6) meses.

Inicio

17. INDÍGENA - Pena: preferencia a sanciones diferentes al encarcelamiento, no procede cuando la prisión es la única sanción establecida en la ley / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, lugares de reclusión, no necesariamente deben ser los provistos por la comunidad a la que pertenece el procesado / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; o en el resguardo / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, en centro de reclusión del resguardo por sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria, no depende de la naturaleza ni de la gravedad del delito

La Corte decidió el recurso de casación presentado en nombre de L.E.G.M. (miembro del resguardo indígena Huellas del Departamento de Cauca), contra la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Popayán confirmó la proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, que lo condenó como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En esta oportunidad, la Sala casó parcialmente la sentencia de segunda instancia y, en su defecto, determinó que, el descuento de la pena impuesta al recurrente sí era procedente en el resguardo indígena al que pertenece.

Lo anterior, dado que, contrario a lo afirmado por el ad quem, no existen elementos de juicio, de los cuales sea dable inferir que el procesado carece de conciencia o identidad étnica que haga innecesaria su reclusión en el centro de armonización para preservar sus costumbres, que el resguardo no ofrece mecanismos efectivos para tal fin o que, su traslado implicaría una

afectación de las tradiciones de su comunidad; razón por la que, se abordó el asunto con enfoque diferencial para proteger la idiosincrasia de las culturas minoritarias.

SP1370-2022(53444) de 27/04/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

Salvamento de voto:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Hacia las 10:30 de la noche del 19 de julio de 2016, en el punto de control de la Policía Nacional ubicado a la altura del kilómetro 121 de la vía Mojarras que conduce a Popayán, miembros de esa institución realizaron diligencia de registro a la camioneta en la que se movilizaban L.E.G.M., J.M.R.R. y L.A.L.O., y hallaron 39 paquetes contentivos de 19.500 gramos de marihuana, razón por la que éstos fueron capturados.

2. El 5 de septiembre de 2016, se presentó el acta del preacuerdo en virtud del cual L.E.G.M. admitió su responsabilidad en el ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En compensación, por el sometimiento a la justicia, la Fiscalía delegada degradó la participación de autor a cómplice; motivo por el que se dispuso la ruptura de la unidad procesal para que la actuación contra los otros dos procesados siguiera el curso ordinario.

3. El trámite contra L.E.G.M. correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Popayán, despacho que aprobó el preacuerdo. En desarrollo de la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el defensor, tras argumentar la calidad de indígena del implicado, solicitó que la sanción fuera ejecutada en el Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO, petición avalada por el Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo de Huellas del Departamento de Cauca, quien asistió a la diligencia.

4. Mediante sentencia de 24 de octubre de 2017, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Popayán, condenó a L.E.G.M., bajo los términos del preacuerdo, a sesenta y cuatro (64) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al pago de una multa por el equivalente a 667 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. La Juez de conocimiento negó la pretensión de que la ejecución de la sanción aflictiva de la libertad fuera en un lugar especial; revocó la detención domiciliaria y dispuso el traslado del implicado al Complejo Penitenciario y Carcelario San Isidro de Popayán.

5. El defensor interpuso el recurso de apelación contra el anterior fallo, en el cual insistió en que el sitio de reclusión fuera el Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO.

6. Al resolver la alzada, mediante sentencia de 18 de mayo de 2018, el Tribunal Superior de Popayán no accedió a tal pretensión.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISDICCIÓN INDÍGENA - Elementos / **INDÍGENA** - Pena: preferencia a sanciones diferentes al encarcelamiento, procedencia / **INDÍGENA** - Pena: preferencia a sanciones diferentes al encarcelamiento, no procede cuando la prisión es la única sanción establecida en la ley / **INDÍGENA** - Pena: Ejecución, conforme a parámetros que respetan la diversidad cultural / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, lugares de reclusión, no necesariamente deben ser los provistos por la comunidad a la que pertenece el procesado

«La Sala advierte que el censor se equivocó al fundamentar su reproche en la indebida interpretación del artículo 246 de la Carta Política, que trata de la jurisdicción indígena.

En el caso concreto, no se presentó ningún reparo o conflicto respecto de la competencia de la justicia ordinaria encargada de juzgar a GM, cuyo defensor acreditó su condición de miembro de una comunidad indígena con posterioridad a la aprobación del preacuerdo celebrado con el ente instructor, acorde con el cual aceptó su participación en la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. Entonces, no se trata del desconocimiento o desplazamiento de los componentes personal, territorial, orgánico y objetivo que informan la jurisdicción indígena (C-463 de 2014 de la Corte Constitucional), evento que de haber ocurrido sí generaría un vicio de estructura y de garantías motivador de la nulidad de la actuación.

3. Lo relevante aquí, es que el delito que se atribuye al implicado fue investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria, es decir, que lo falló el juez natural, se atendió el debido proceso y se aplicaron las consecuencias jurídicas legalmente procedentes.

4. De igual manera, resulta improcedente el argumento del defensor, relacionado con la vulneración de una norma del bloque de constitucionalidad llamada a regular el caso, como es el Convenio 169 de la OIT, cuyos artículos 8°, 9° y 10° establecen derechos a favor de las comunidades indígenas, concernientes a que se respeten sus métodos tradicionales de represión de delitos, se acaten sus costumbres y, si se han de imponer sanciones penales, se tengan en cuenta sus características sociales, económicas y culturales, y se prefieran las que sean diferentes al encarcelamiento.

Lo anterior, como quiera que la Corte tiene decantado que, tratándose de sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas, la preferencia por penas diversas alternativas al encarcelamiento, alude a la posibilidad de elegir una entre varias legalmente viables, por lo que en el supuesto de que la prisión sea la única sanción establecida en la ley, como ocurre en este caso, no puede existir opción diversa a su cumplimiento.

5. En este orden, el entendimiento que le otorga el demandante a dichas disposiciones es equivocado, pues no se trata simplemente de que el juzgador pueda decidir libremente y con total independencia del principio de legalidad cuál habrá de ser la pena a imponer y el lugar de su ejecución, sino que, entre dos o más opciones

aplicables, habrá de seleccionar la que no conlleve el encerramiento.

Además, conforme lo tiene discernido la Corte Constitucional, la condición formal de pertenencia a una comunidad indígena no implica que las medidas de aseguramiento o penas privativas de la libertad impuestas por la justicia ordinaria deban cumplirse necesariamente en centros de reclusión provistos por aquella, “sino que los establecimientos penitenciarios, con la permanente colaboración de las autoridades tradicionales, deben hacer efectivo el principio superior de respeto por la diversidad étnica y cultural consagrado en la Constitución»

6. En consecuencia, claro deviene que el recurrente confundió el contenido de las normas cuya interpretación correcta exige; razón por la que el primer cargo no prospera».

RECURSO DE APELACIÓN - Sustentación: es el marco del pronunciamiento de la segunda instancia, principio de limitación / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de limitación, jurisprudencia constitucional / **RECURSO DE APELACIÓN** - Competencia limitada del superior: asuntos inescindiblemente vinculados / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de limitación: no se vulnera

«Según el demandante, el Tribunal se pronunció sobre aspectos que no fueron objeto de controversia en la primera instancia. Este argumento, llevaría a considerar que el juez plural habría desbordado su competencia funcional, en el entendido de que la sustentación del recurso de apelación fija el marco del examen y la decisión del juez de segundo grado, que no puede pronunciarse sobre asuntos no propuestos, excepto la nulidad (dada su naturaleza oficiosa).

[...] el debate suscitado en sede del recurso de apelación se redujo a establecer si estaban dados o no los presupuestos para que LEGM purgara la sanción de prisión en el Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO.

Con el propósito de resolver ese problema jurídico, el Tribunal analizó los requisitos que jurisprudencialmente se han establecido para que ciudadanos indígenas, que han sido juzgados por la jurisdicción ordinaria, sean reclusos en los establecimientos propios de sus resguardos.

[...]

Ciertamente, la juez de primer grado no analizó si la conducta punible por la que condenó al procesado permitía concluir que su traslado al resguardo indígena ponía en peligro a esa

comunidad. Sin embargo, ello obedeció a que restó credibilidad a los informes aportados para acreditar que el Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO contaba con las instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad del implicado se cumpliera en condiciones dignas y, por tanto, se abstuvo de seguir con el estudio de la pretensión defensiva.

Entonces, cuando el Tribunal tuvo por superadas las inconsistencias de esos documentos y analizó los demás requisitos que jurisprudencialmente se han establecido para la selección del lugar de reclusión de miembros de comunidades indígenas juzgados por la justicia ordinaria, sujetó su estudio a esos parámetros inescindiblemente relacionados con el objeto de la impugnación.

18. En tal contexto, la Corte no puede avalar la postura del demandante, según la cual, amparándose en el principio de limitación, procedía el traslado del sentenciado, una vez verificado por el Tribunal, que el Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO contaba con instalaciones idóneas para garantizar su privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad; pues con ello se desconocerían los presupuestos fijados para ello.

19. En consecuencia, tampoco tiene vocación de prosperidad el reproche subsidiario planteado en la demanda».

CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Estado social y democrático de derecho: diversidad cultural, protección de las comunidades indígenas, derechos y garantías / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, conforme a parámetros que respetan la diversidad cultural / **JURISDICCIÓN INDÍGENA** - Sujeción: factores personal, territorial, objetivo e institucional u orgánico / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, lugares de reclusión, normatividad / **INDÍGENA** - Pena: el funcionario judicial debe evaluar las repercusiones negativas que la misma y su ejecución pueden tener sobre la diversidad cultural y la autonomía indígena / **INDÍGENA** - Pena: el sistema de justicia de la comunidad indígena debe hacer efectivas las funciones de la pena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas / **FUERO INDÍGENA** - Elementos: Elemento personal / **FUERO INDÍGENA** - Elementos: Elemento institucional / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; o en el resguardo

«[...] es necesario reiterar el reconocimiento que se efectúa del derecho fundamental a la identidad cultural y la diversidad étnica de los indígenas privados de la libertad en centros carcelarios y penitenciarios ordinarios; independientemente de que su juzgamiento haya correspondido a la jurisdicción ordinaria o indígena.

[...]

25. Bajo este entendido, dicho examen ponderado y razonable deberá atender, según las circunstancias propias de cada caso, el elemento personal como componente del fuero indígena, puesto que es el que permite establecer: “(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción”.

De esta forma, se determinará la conveniencia de que un indígena sea recluido en un centro penitenciario ordinario o en su resguardo, para preservar su cultura, previo, ello sí, del cumplimiento de los presupuestos fijados para uno u otro evento; pues como lo refirió la Corte Constitucional en la sentencia T-921 de 2013, es necesario que:

“en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”.

26. De igual modo, es dable acudir al elemento institucional u orgánico que “indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social”.

Lo anterior, ya que a través de este criterio se puede concretar si el sistema de justicia de la comunidad indígena ofrece mecanismos no solo para la conservación de las costumbres, sino que haga efectivas las funciones de la pena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas de modo que no se genere impunidad. De lo contrario, deberá purgar la sanción en el centro de reclusión ordinario que corresponda, respetándose sus condiciones especiales, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las

autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario, tal como lo exigió la Corte Constitucional en la sentencia T-1026 de 2008.

[...]

No obstante, como en la actualidad no se ha proferido la ley de coordinación de esta jurisdicción especial indígena con el sistema ordinario judicial; ha sido la jurisprudencia la encargada de concretar, caso a caso, un conjunto de lineamientos y subreglas aplicables al momento de definir dicha relación entre el sistema mayoritario y el derecho propio de los pueblos indígenas.

En este sentido, en el ámbito del cumplimiento de la pena, se han establecido dos alternativas: (i) el derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; o (ii) permitir a los indígenas condenados por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena en el resguardo, o viceversa».

INDÍGENA - Pena: ejecución, lugares de reclusión, no necesariamente deben ser los provistos por la comunidad a la que pertenece el procesado / **INDÍGENA** - Pena: preferencia a sanciones diferentes al encarcelamiento, procedencia / **INDÍGENA** - Pena: ejecución en centro de reclusión del resguardo por sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria, presupuestos

«Un indígena puede ser recluido en un establecimiento penitenciario corriente cuando (i) ha sido juzgado y condenado por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia para el efecto, o (ii) cuando, en virtud del diálogo intercultural entre las jurisdicciones especial y ordinaria, la autoridad indígena que impone la pena privativa de la libertad así lo determina.

29. En el primer evento, se deben cumplir las siguientes reglas, con el objeto de evitar que se desconozca el derecho a la identidad de los indígenas al ser privados de su libertad en centros de reclusión ordinarios:

“(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000)

deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio.

En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.”

31. En relación al segundo supuesto, esto es, cuando las autoridades tradiciones indígenas imponen una pena que consiste en la privación de la libertad y debe ser cumplida por fuera de su territorio, específicamente en un establecimiento del INPEC; la Corte Constitucional, en la sentencia T-208 de 2015, determinó las circunstancias en las que ello es procedente [...]

Se ha avalado la posibilidad de que un miembro de una comunidad indígena purgue una sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria en un centro de reclusión de su propio resguardo, pero, bajo el cumplimiento de estos presupuestos fijados por la Corte Constitucional (T-685 de 2015):

“(i) consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio; (ii) verificación

de si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, a falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993; (iii) el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad, en caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio; y (iv) el juez deberá analizar si la conducta delictiva por la cual lo acusan o por la que fue condenado, permite concluir que el traslado del indígena al resguardo pueden poner en peligro a esa comunidad”.

FALSO RACIOCINIO - Se configura: evento en que se incurrió en fallas en la construcción de la prueba indiciaria / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: por vulneración de la sana crítica / **FUERO INDÍGENA** - Elementos: elemento personal, factor subjetivo, demostración, principio de libertad probatoria, conforme a la autonomía de los pueblos indígenas / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, en centro de reclusión del resguardo por sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria, no depende de la naturaleza ni de la gravedad del delito / **INDÍGENA** - Aplicación del principio de enfoque diferencial / **INDÍGENA** - Pena: ejecución, coordinación entre el Juez de Ejecución de Penas y la autoridad indígena

«La Sala, una vez revisados los fundamentos de la sentencia de segundo grado, encuentra que efectivamente el Tribunal en la construcción de las tesis fácticas en las que basó la negativa de trasladar al procesado al Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO incurrió en varios yerros por falso raciocinio, como se expondrá a continuación.

[...]

No alcanza a descubrir la Sala, cuál fue la lógica empleada en la sentencia de segunda instancia al suponer que transportar 19.5 kilogramos de marihuana implica la asociación con grupos delincuenciales, pues esa conclusión no se deduce ineludiblemente del hecho demostrado y su relación es muy débil (indicio contingente); amén de que en los hechos jurídicamente relevantes no se incluyó ningún vínculo del implicado con alguna organización delictual.

36. En estas condiciones, como no se encuentra acreditado uno de los supuestos a partir del cual el Tribunal infirió que el implicado, de acceder a su traslado al Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO, pondría

el peligro a los comuneros del Cabildo Indígena del Resguardo de Huellas del Departamento de Cauca, el razonamiento del juez plural estructura un raciocinio equivocado, debido a que partió de proposiciones indemostradas en las que sustentó su conclusión.

[...] la Sala advierte que el hecho del cual partieron los falladores, referido a la cantidad de marihuana incautada a LEGM, no sostiene su relación, primero, con las subculturas del crimen organizado y, segundo, con actos delictivos desde tiempo atrás.

Lo considerado por el Tribunal se queda en una personal apreciación de las circunstancias que rodearon el transporte del estupefaciente y de las actividades a las que se dedicaba GM antes de su captura, pues, sobre esos dos supuestos (conexión con organizaciones al margen de la ley y con graves conductas punibles) no existe ninguna prueba y tampoco en el fallo recurrido se indicó la regla de la experiencia o de la lógica que permitió arribar a esa conclusión.

38. Adicionalmente, el juez de segunda instancia desconoció la sana crítica cuando aseveró que el procesado tiene su concepción nativa ya menguada, lo que torna improcedente su traslado a su comunidad indígena.

Lo anterior, no solo porque el hecho relacionado con la pérdida de la identidad cultural de GM no fue demostrado, pues se trató de una conjetura del Tribunal que derivó de la conducta punible por la que fue condenado, pero sin fundamentar la misma; sino que, además, esta circunstancia aunada a la cosmovisión del Cabildo Indígena del Resguardo de Huellas del Departamento de Cauca, no sostienen de ninguna manera la suposición del riesgo que su traslado representa para esa comunidad.

En el fallo recurrido no se esbozó argumento alguno del cual se pueda colegir ello, lo que sin lugar a dudas configura un falso raciocinio, al no satisfacer los estándares de las inferencias lógicas.

39. Así mismo, en la sentencia recurrida se indicó que “Asumir una posición bonachona en este caso, sería sentar un mal precedente, porque entonces, los narcotraficantes y sus colaboradores, van a utilizar a los indígenas, dado que después la respuesta del Estado no sería severa para el control del tráfico de estupefacientes”.

Para la Sala, no son procedentes este tipo de argumentos basados en que el sistema sancionatorio de los indígenas comporta un tratamiento menos riguroso que el de la justicia ordinaria, pues un razonamiento de tal

naturaleza implica una comparación conmutativa, paritaria, desprovista de enfoque diferencial, entre las cárceles ordinarias y los establecimientos destinados por sus pueblos para los indígenas; lo cual conlleva el desconocimiento de la autonomía de los pueblos ancestrales y la imposición del sistema penal de la sociedad dominante que de entrada y en forma genérica perfila a la jurisdicción indígena como incapaz de aplicar justicia a los infractores que ejecutan delitos de cierta gravedad, dejando en el ámbito de tal jurisdicción delitos menores o conductas que no le interesan al Estado.

40. Igual ocurre cuando el juez plural señaló que “El procesado no puede utilizar su condición de nativo para hacerse acreedor de un sitio de detención más laxo, cuando a todas luces es evidente que ya desde la comisión del delito no estaba dentro de los usos y costumbres de su comunidad”. Resulta inapropiado aducir que el sistema sancionatorio de los indígenas comporta un tratamiento débil y permisivo, porque tal calificación, además de peyorativa, desdeña la autonomía de los pueblos indígenas.

41. Por último, el Tribunal aseguró que “(...) aunque el resguardo en cuestión tiene unas instalaciones más o menos apropiadas, estas no son suficientes para recluir a una persona que está vinculada por el ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la cantidad- nada desestimable- neta de 19.5 kilogramos de marihuana”.

Para la Corte, el hecho relacionado con la cantidad de estupefaciente incautado no se sigue que el Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO no pueda recluir a GM.

En efecto, al proceso se aportó el informe 207 /EPMSC SDQ - ATTO-102 de 24 de agosto de 2017, en virtud del cual la entonces directora del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Santander de Quilichao dio cuenta de las instalaciones del Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO y de su capacidad para garantizar la privación de la libertad del procesado en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

Por tanto, una vez determinado que el centro de armonización puede garantizar la ejecución de la sanción en condiciones dignas y con vigilancia de la seguridad del sentenciado, es inadecuado acudir a la gravedad de la conducta punible para cuestionar dicha capacidad. De ahí, lo errado de lo argumentado en el fallo, máxime que no se expuso por qué la privación de la libertad de GM exige de una infraestructura especial de la que carece ese resguardo indígena, como lo serían

medidas de alta seguridad, y la Corte tampoco encuentra motivo alguno del cual se pueda inferir ello.

42. Estos yerros del juzgador de segundo grado se reportan determinantes de cara a la determinación de no acceder a la petición de la defensa, por cuanto se valió de conjeturas para descartar la viabilidad de que el implicado cumpliera la sanción impuesta en el Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO, amparado en la convicción subjetiva de que su reclusión pone en peligro a los demás comuneros del Cabildo Indígena del Resguardo de Huellas del Departamento de Cauca al que pertenece.

43. Los falladores, en su proceso de análisis del caso en concreto no se soportaron en axiomas lógicos, de tal forma que, el examen deductivo realizado, se obtuvo a través de raciocinios falsos.

44. Adicionalmente, la Corte arriba a esta conclusión, en atención a que si bien, no se desconoce la gravedad de los hechos por los que GM fue condenado; la sola naturaleza del delito endilgado no tiene la entidad suficiente para soportar la improcedencia del traslado del procesado al resguardo que lo reclama.

La Corte Constitucional ha limitado el alcance de la jurisdicción indígena para conocer de algunas conductas punibles que exceden el ámbito cultural de la comunidad étnica, “como es el caso del terrorismo, el delito de rebelión, el narcotráfico, el contrabando, el lavado de activos,

el porte ilegal de armas, la corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad”. [...]

Sin embargo, se reitera, en este caso no se trata de una controversia en torno a la facultad de la jurisdicción especial indígena para juzgar al procesado, sino de la ejecución de la pena impuesta por la justicia ordinaria.

45. Por ello, ante la inexistencia de elementos de juicio, de los cuales sea dable inferir que el procesado carece de toda conciencia o identidad étnica y que, por ende, su reclusión en el centro de armonización no es necesaria para preservar sus costumbres, o que el resguardo no ofrece mecanismos efectivos para tal fin; resulta infundado alegar que su traslado implicaría una afectación, precisamente, de las tradiciones de su comunidad.

[...]

50. Por consiguiente, la Corte casará parcialmente la sentencia de segunda instancia y, en su defecto, determinará que el descuento de la pena impuesta al implicado sí procedía en el resguardo indígena al que pertenece.

Sin embargo, según se indicó anteriormente, como LEGM se encuentra en libertad condicional provisional, se dispondrá que todo aspecto que pueda surgir atinente al cumplimiento de la pena deberá ser asumido por los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y el INPEC, en coordinación con las autoridades indígenas».

Inicio

18. INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Elementos / INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Protege por igual los titulares de los derechos de propiedad y de posesión / PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE -

Verbo rector: alcance / **ENFOQUE DE**

GÉNERO - Violencia contra la mujer:

evolución normativa / **ENFOQUE DE**

GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** -

Derechos de la mujer: se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de genero para adoptar la decisión judicial

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de F.A.V.C., contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que revocó el fallo absolutorio del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sabanalarga, y lo condenó por el delito de invasión de tierras o edificaciones., la

Corte analizó el asunto con perspectiva de género, dando aplicación a los mandatos contenidos en la Convención de Belém do Pará, en especial, sus artículos quinto, que garantiza a toda mujer el libre y pleno ejercicio de derechos, civiles, políticos y económicos, y séptimo, que impone como obligación del Estado, entre otras, adoptar las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer, de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

Por tanto, la Sala determinó que, la conducta punible de la que se responsabiliza al acusado emerge como una específica forma de violencia de género que afecta claramente los derechos económicos y patrimoniales de la víctima, su dignidad humana y el derecho fundamental a la igualdad. Para el efecto, explicó los delitos de invasión de terrenos o edificaciones y de perturbación de la posesión sobre inmueble;

explicó sus diferencias y concluyó que, el primero de ellos protege por igual a los titulares de los derechos de propiedad y de posesión, razón por la cual no casó la sentencia de segunda instancia.

SP849-2022(51402) de 16/03/2022

Magistrada Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Los señores F.A.V.C. y M.M.L., conformaron una unión de hecho, en la cual adquirieron un lote por la suma de \$4'500.000, ubicado en el corregimiento La Peña, municipio de Sabanalarga.

2. Posteriormente, dieron por terminada la relación sentimental, debido a que el procesado V.C., se radicó en el país de Venezuela, quedando la denunciante en posesión del inmueble. Luego en el mes de enero del año 2009, el indagado cedió en venta el 50% del inmueble, a la señora M.L., por la suma de \$2'250.000 y en el año 2010 ésta última declaró su posesión regular ante un notario e inscribió ese acto ante la Oficina de Instrumentos Públicos, en el certificado de tradición del inmueble.

3. En el mes de enero de 2011, el acusado regresó del vecino país, irrumpiendo de manera forzosa el inmueble de su excompañera, impidiendo la entrada de los inquilinos, que por esa época tenía la denunciante.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: documento anónimo como medio probatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Evidencia documental: Presunción de autenticidad / **POSESIÓN** - Pruebas para corroborarla / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Se configura / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - Verbo rector: alcance / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - No se configura

«[...]

Por este aspecto debe declararse la improperidad del cargo, ya que los documentos cuestionados por el actor, presumiéndose auténticos, estaban en condición de ser valorados por el sentenciador siguiendo los criterios establecidos en el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, satisfechos,

dicho sea de paso, tal como precisaron los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público, pues no se advierte que hubieren sido alterados en su forma ni en su contenido, transmiten un conocimiento claro y preciso del hecho que acreditan (posesión), y revelan acontecimientos de ocurrencia común por cuanto exponen la celebración de un específico negocio jurídico, es decir, un acto de disposición de intereses particulares alusivo a la cesión de los derechos que el acusado tenía en el inmueble individualizado en la escritura 371, derechos que compartía con la querellante por haberlos adquirido durante la vigencia de su relación como compañeros permanentes.

[...]».

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria: principio de trascendencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Violación indirecta de la Ley sustancial: errores en la producción y en la apreciación probatoria

«[...]

La producción de ese resultado depende de la capacidad que el medio de convicción afectado tenga para incidir el sentido de la decisión, en cuanto establezca una acreditación fáctica diferente e imponga una respuesta jurídica sustancialmente contraria a la opugnada, potencialidad de la que carecen los elementos de convicción enunciados por el demandante, pues, por su contenido, resultan insuficientes para desvirtuar la facticidad establecida por el juzgador de segundo grado, como con acierto lo devela el Fiscal Delegado ante la Corte. Ciertamente, las declaraciones de los testigos PA y PR, no anuncian ni acreditan hechos distintos a los establecidos por otros medios en el juicio, esto es que el acusado compró el inmueble varias veces indicado, adquisición que hizo en la época de convivencia marital con la querellante MML, sin que las declaraciones de los testigos logren desvirtuar que el acusado ocupó indebidamente el bien sobre el cual ejercía posesión la víctima, dato relevante en la configuración de la conducta punible por la cual lo condenó el sentenciador de segundo grado».

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Se configura / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - Verbo rector: alcance / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - No se configura

«Carece igualmente de sustento la afirmación del actor, según la cual, el acusado no ejecutó el delito de invasión de tierras o edificaciones, sino

del punible de perturbación de la posesión sobre inmueble, previsto en el artículo 264 del Código Penal, hipótesis que no desarrolló, pues omitió acreditar que con las pruebas practicadas en juicio se estructura el componente fáctico de esa preceptiva, de manera concreta, que el acusado pretendía afectar la posesión de la señora ML y que el acto perturbador lo ejecutó ejerciendo violencia sobre las personas o las cosas existentes en el sitio, modo comportamental que determina la tipicidad de la conducta en ese otro atentado a la propiedad o los derechos sobre los bienes raíces.

Al contrario, lo que se acreditó en juicio es que el acusado penetró en el inmueble sin ejercer ningún tipo de violencia o fuerza. Incluso, no se mencionó, siquiera, que en ejercicio de la acción haya tenido al menos contacto con algún morador o visitante en el lugar y que hubiere procedido contra ellos de modo violento. Tampoco se insinuó que hubiere violentado la entrada o alguna de dependencia del inmueble. De hecho, lo que se sabe es que el acusado aprovechó la facilidad que representaba ingresar de modo abusivo al inmueble, conforme lo relata la afectada MML, quien declaró que el acusado “se metió porque la casa estaba abierta... la casa estaba abierta por eso se metió él ahí...”; dato suficiente para descartar la conducta violenta que actualiza la perturbación de la posesión sobre inmuebles.

[...].

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Configuración / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Tipicidad objetiva / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Tipicidad subjetiva: ingrediente subjetivo, propósito de obtener un provecho ilícito / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Elementos / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Evolución Legislativa / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Jurisprudencia constitucional / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda

«[...]

El artículo 263 el Código Penal establece que incurre en el delito de invasión de tierras o edificaciones quien, con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificación ajenos.

[...]

Se acredita de esa manera que el acusado penetró en forma clandestina, sin derecho

alguno, un inmueble ajeno. Ingresó aprovechando que la puerta estaba abierta, se asentó en el lugar, se proclamó propietario y desalojó a quienes allí moraban retirándoles sus pertenencias. De ese modo, afectó tanto los derechos de la querellante, poseedora regular del fundo, como los del inquilino que ella por voluntad y poder había establecido allí.

En esas condiciones acertó el Tribunal en cuanto halló satisfecho el estándar de conocimiento para condenar en este caso, pues se demuestra con el testimonio de la ofendida que en el inmueble en cuestión se encontraba viviendo un vecino a quien ella de manera solidaria le facilitó refugio en su casa, dado que en el sector se inundaban las viviendas

[...]

De igual modo, al concluir que la conducta además de típica “es antijurídica porque causó un daño al patrimonio económico de la denunciante y es culpable porque tuvo conciencia de la ilicitud de su conducta y aun así escogió el camino de la ilegalidad.”

[...].

ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer: concepto / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: aplicación de la Convención de Belem Do Pará / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: evolución normativa / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Vulneración: cuando no se aplica y el juez incurre en dinámicas machistas contra la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Derechos de la mujer: se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de género para adoptar la decisión judicial / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Protege por igual los titulares de los derechos de propiedad y de posesión

«[...]

Desde esa perspectiva, la conducta punible de la que se responsabiliza al acusado, emerge como una específica forma de violencia de género que afecta claramente los derechos económicos y patrimoniales de la víctima, su dignidad humana y el derecho fundamental a la igualdad, el cual, de conformidad con los artículos 13 y 47 Superiores, determina que mujeres y hombres tienen iguales derechos y oportunidades, y repudia todo acto de discriminación emprendido contra la mujer.

Las conductas contrarias a los derechos y garantías de la mujer, que acarrearán violencia de género, son un atavismo con el que pugnan las

sociedades modernas, especialmente en países de aletargada evolución económica, política y social, en los cuales las relaciones de poder, estructuralmente patriarcales, machistas, normalizan la desigualdad entre hombres y mujeres y tiende a minimizar y ocultar la violencia que las afecta. Sobre el punto la jurisprudencia constitucional enfatiza que las mujeres son sujetos de especial protección constitucional debido a que presentan una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familiar, a la educación y al trabajo, e ilustra cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha indicado que en los casos de violencia contra la mujer, las obligaciones específicas derivadas de la Convención de Belém do Pará, refuerzan y complementan las obligaciones generales contenidas en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas (...), una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”.

[...]

La sentencia recurrida respeta estas reglas y corrige el desacierto del juez de primera instancia, que consideró atípico el

comportamiento del acusado, porque el inmueble que invadió no era de propiedad de la víctima y se trataba de una simple poseedora, con lo cual desconoció que el tipo penal de la invasión de terrenos o edificaciones, protege por igual a los titulares de ambos derechos, y contravino por esa vía el mandato contenido en el artículo 5° de la Convención de Belém do Pará, que garantiza a toda mujer el libre y pleno ejercicio de derechos, civiles, políticos y económicos.

[...]

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único: no se puede hacer más gravosa su situación / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único: legalidad de la pena

«Es cierto como lo advierte el Fiscal Delegado ante la Corte que el sentenciador de segundo grado fijó la pena por fuera del marco legal establecido al momento de los hechos, por cuanto consideró la sanción para el delito de invasión de tierras prevista en el texto original del artículo 263 de la Ley 599 de 2000, esto es, sin atender el incremento correspondiente al artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Sin embargo, la condición del sentenciado como recurrente único impide corregir el error y ajustar a la legalidad la pena que le correspondía al acusado».

Inicio

- 19. POSICIÓN DE GARANTE** - La que surge de la competencia institucional / **HOMICIDIO CULPOSO** - Demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias en que se puede constituir / **HOMICIDIO CULPOSO** - Deber objetivo de cuidado / **POSICIÓN DE GARANTE** - Deber de minimizar los riesgos en que se pueda incurrir

La Corte resolvió el recurso de casación presentado por la defensora de la procesada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 5° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa capital, a través de la cual fue condenada como autora del delito de homicidio culposo en concurso homogéneo.

La Sala no casó el Fallo, al concluir que la acusada, se encontraba en posición de garantía frente a 19 menores de edad que asistieron a un paseo organizado por ella como directora de un

plantel educativo, en el que, como resultado de la desatención a los deberes que le eran exigibles, fallecieron dos de éstos.

Para el efecto, analizó ampliamente los elementos y características de la figura de la posición de garante, así como las características del delito de homicidio culposo.

SP801-2022(54940) de 16/03/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 18 de noviembre de 2006, directivas y personal docente del Instituto [...] de Floridablanca (Santander), incluida su propietaria A.L.Q., se dirigieron a un balneario, como parte de las actividades lúdicas de culminación del año escolar, en compañía de 19 menores de edad, entre los que se encontraban 15 estudiantes de 4° y 5° grado de primaria y 4

hijos de sus empleadas. La única atracción del mencionado centro recreacional era un lago de 4.8 metros de profundidad.

2. Alrededor de las 10:30 de la mañana, 12 de los alumnos asistentes abordaron dos balsas con el propósito de navegar, sin la compañía de algún adulto ni elementos de seguridad. Una embarcación fue ocupada por las niñas y otra por los varones.

3. Cerca de finalizar el recorrido, el menor A.F.S.M. de 11 años se lanzó al agua para remolcar aquella en la que se desplazaban sus compañeras. Sin embargo, desfalleció en su intento y, debido a la profundidad del lago y su incapacidad de flotar, se hundió. Al percatarse de la situación, el menor Y.A.C.P. de 10 años acudió en su rescate, pero no sabía nadar y falleció también.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

POSICIÓN DE GARANTE - Concepto / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias en que se puede constituir / **POSICIÓN DE GARANTE** - Competencia derivada: de organización, de institución o injerencia / **POSICIÓN DE GARANTE** - Límites / **POSICIÓN DE GARANTE** - Competencia derivada: de organización, de institución o injerencia, debe admitir la modalidad culposa / **DELITO IMPRUDENTE** - Se configura: cuando el comportamiento supera el riesgo jurídicamente permitido con infracción del deber objetivo de cuidado

La Sala tiene establecido que ostenta posición de garante quien, por competencia organizacional, institucional o de injerencia, tiene el deber de cuidado respecto de un bien jurídico protegido (CSJ SP1291-2018). En el ordenamiento jurídico nacional la referida figura se encuentra contemplada en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, cuyo tenor literal dispone que la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión por parte de:

[...]

La atribución de responsabilidad por vía de la citada disposición normativa demanda que en el trámite se pruebe i) la posición de garantía del acusado derivada de un mandato legal o constitucional o su competencia por organización o injerencia; ii) la lesión de un bien jurídico tutelado que se encuentre a su cargo; iii) la capacidad de tomar las medidas requeridas para impedir su afectación; iv) la inexecución de dichas medidas, y v) la conciencia, por parte del agente, de los ingredientes normativos de la infracción,

su condición de garante y su capacidad de acción (CSJ SP5333-2018).

Complementario a lo anterior, en los eventos en que la responsabilidad provenga de la competencia por organización o injerencia, la conducta punible debe admitir, por mandato del legislador, la modalidad culposa.

Debe recordarse, además, que la dimensión de la obligación de actuar derivada de la calidad de garante no es irrestricta, por cuanto persiste hasta el límite de la probabilidad de conjurar el resultado lesivo, es decir, hasta donde el obligado esté en posibilidad física y real de evitarlo, como establece el artículo 2347 del Código Civil:

[...]

En síntesis, el delito imprudente sanciona la conducta que cause un resultado lesivo, para lo cual debe ser producida por la infracción al deber objetivo de cuidado. Recuérdese que el reproche recae sobre la forma en que se ejecuta la acción, no sobre la acción en sí misma, esto es “infringiendo las reglas de cuidado propias de la actividad realizada, valga decir, los reglamentos de tránsito, las reglas de la experiencia propias de cada profesión u oficio —lex artis— y, si no las hay, las pautas de comportamiento social del hombre promedio. O creando un riesgo jurídicamente desaprobado a partir de la ejecución imprudente de una acción normalmente trivial” (CSJ SP2771-2018).

POSICIÓN DE GARANTE - La que surge de la competencia institucional / **POSICIÓN DE GARANTE** - Demostración / **HOMICIDIO CULPOSO** - Demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias en que se puede constituir / **HOMICIDIO CULPOSO** - Deber objetivo de cuidado / **POSICIÓN DE GARANTE** - Deber de minimizar los riesgos en que se pueda incurrir / **POSICIÓN DE GARANTE** - Director de plantel educativo / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado

[...] la posición de garante en que se halla construido el cargo por homicidio culposo parte de la participación activa de la procesada en la planeación y desarrollo de la excursión escolar de los estudiantes de 4° y 5° de primaria del Instituto [...] el 18 de noviembre de 2006.

No hay duda, entonces, que en el presente asunto no se debate si A.L.Q. ocupaba el cargo de rectora del Instituto [...] para el momento en que fallecieron los menores A.F.S.M. y Y.A.C.P., sino su participación en el evento extracurricular en el que tuvo lugar el deceso. Recuérdese que

dentro del juicio se probó que dicho cargo era desempeñado por F.D.S.

Acreditado lo antedicho, el Tribunal centró la discusión, no en torno a la posición de garante que surge de la competencia institucional de la procesada, sino de las obligaciones que le eran exigibles a partir de las pautas de comportamiento social del hombre promedio.

Fue así que la segunda instancia dio crédito a la teoría del caso sostenida por la Fiscalía General de la Nación, según la cual, la acusada intervino en la organización de la salida de fin de año y asistió al evento, actuaciones con las cuales contrajo la posición de garantía frente a los infantes. Así se extrae de las pruebas testimoniales practicadas durante el juicio oral. [...]

Estos tres testimonios sirvieron al Tribunal para considerar “evidente (...) la intervención de A.L.Q. en la programación, planeación y notificación a los padres de familia acerca de la actividad recreativa que convocaba a los estudiantes de cuarto y quinto grado del Instituto [...]”.

A lo anterior, cabe agregar que lo manifestado por las madres de los alumnos evidencia el grado de confianza que generaba la acusada en la comunidad escolar y la tranquilidad que transmitía su presencia en el paseo, al punto que refieren que fue por este sólo hecho que autorizaron la participación de sus hijos y abandonaron la idea de acudir con ellos al balneario. Incluso, B.M.M., señaló que su hermana dejó al menor A.F.S.M. a cargo de L.Q. con indicaciones precisas de no incluirlo en ninguna actividad acuática.

Por lo demás, de lo declarado se advierte que los 15 escolares y los 4 menores hijos de algunos empleados estuvieron custodiados durante la actividad por 6 adultos, incluida la procesada, proporción que les imponía garantizar un mayor índice de respuesta para evitar o enfrentar cualquier adversidad.

Lo cierto, entonces, es que las revelaciones de los testigos permiten afirmar que A.L.Q. asumió desde esa reunión la posición de garantía que ahora pretende repudiar y, con su asistencia al evento, se ratificó en ésta.

Sumado a lo indicado, lo atestado por los estudiantes que participaron reafirma su responsabilidad y el descuido en que incurrió al deber objetivo de cuidado que ostentaba.

[...]

Entonces, a partir de lo expuesto por los ahora jóvenes C.J.M.P. e I.P.B.H., está dado concluir que, al llegar a [...], los adultos asistentes

conocieron de primera mano que en el lugar la única atracción era un lago artificial sin ningún tipo de cercamiento que mantuviera al margen a los escolares. Además, pudieron percibir que en la orilla había varias balsas ancladas que, de inmediato, captaron la atención de los niños.

Sin embargo, en lugar de incrementar los cuidados, su desempeño fue tan descuidado que favoreció el ingreso de los menores a dos de las embarcaciones, según recordaron los deponentes, sin el acompañamiento de ninguno de los adultos asistentes, desprovistos de chalecos salvavidas y sin que el experto en rescates estuviera presente. Esta desidia y omisión al deber de cuidado asumido implicó un incentivo al uso de dichos elementos por parte de los escolares y acrecentó injustificadamente el riesgo.

Sobre este aspecto se debe insistir en que, tan pronto llegaron al establecimiento turístico, la curiosidad de los menores de 10 y 11 años se vio acaparada por la atracción acuática y la posibilidad de navegar en ésta. Este hecho debió alertar a todos los presentes, incluida a A.L.Q., a fin de que centraran su atención en evitar el acceso de los niños a este lugar.

Es por ello que se torna irrelevante que la casacionista se duela de que el Tribunal no apreció adecuadamente las pruebas que demuestran que L.Q. no autorizó que los niños subieran a las barcas. Pues lo cierto es que tuvo conocimiento de que embarcaron y de la ausencia de un tutor capacitado a bordo de las mismas, pese a lo cual, y a la previsibilidad del fatal desenlace, omitió el deber de cuidado que le era exigible.

Sumado a lo anterior, conforme lo narrado por los asistentes, ni L.Q. ni los otros 5 adultos que acompañaban a los 19 menores de edad notó que dos de éstos se apartaron del grupo hasta la hora del almuerzo. Sólo en este instante repararon en que A.F.S.M. y Y.A.C.P. habían desaparecido. Descuido que, no obstante los enormes esfuerzos de la defensa, es injustificable. Nada explica que los presentes hayan inadvertido la ausencia de dos alumnos que estaban bajo su cuidado y custodia.

Y fue tal la desatención a la que los sometieron que no sabían dónde buscarlos. Sólo tiempo después contemplaron la posibilidad de que hubieran ingresado al lago. Ahora bien, la labor de búsqueda y rescate inició sólo cuando el salvavidas del lugar llegó —pues se encontraba disfrutando su día de descanso—, al parecer, porque ninguno de los presentes tenía las habilidades necesarias e incluso, según se

estableció, A.L.Q. reconoció que no pudo hacer nada porque no sabía nadar.

Ante ese panorama, está acreditado que i) A.L.Q. asumió el deber de cuidado de los infantes, pues los padres de familia, ii) amparados en la trayectoria profesional de la procesada, consintieron que acudieran a la despedida del año escolar sin el acompañamiento de alguno de ellos. Pese a lo anterior, iii) la procesada omitió adoptar medidas eficaces de cuidado y vigilancia de los niños, iv) lo que facilitó que A.F.S.M. y Y.A.C.P. se apartaran del grupo y fallecieran ahogados, v) sin que los adultos presentes notaran su ausencia.

Por otra parte, el testigo M.H.H., quien en el 2006 ejercía funciones de salvavidas los domingos en el balneario [...], pormenorizó el rescate de las víctimas. Expuso que entre las 10:30 y las 11:00 a.m. del 18 de noviembre de 2006 fue requerido en [...] y al llegar le anunciaron que un menor se encontraba desaparecido, motivo por el que se

lanzó al agua y, al no ubicarlo, empezó a buscarlo con una vara hasta que el cuerpo emergió. Sólo entonces, aseguró, le informaron que había otro menor perdido, logrando su ubicación y recuperación en el lago.

Adicionalmente, comentó que no supo qué fue lo que sucedió antes porque no estaba en el lugar de los hechos, pero aseguró que al hallar los cuerpos observó que carecían de chalecos de seguridad, aunque el balneario contaba con esos elementos de protección. Atestiguó que desconoce las circunstancias por las cuales las víctimas se encontraban desprovistas de éstos.

Entonces, es claro, además, que A.L.Q. aumentó el riesgo al acudir al balneario en compañía de 19 menores de edad i) pese a que la única atracción era un lago de 4,8 metros de profundidad, ii) mientras el rescatista contratado por el establecimiento de comercio estaba en su día de descanso y iii) restando importancia a la debida provisión de chalecos salvavidas.

Inicio

20. PRESCRIPCIÓN - Acción penal: finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): traslado de la acusación, para efectos procesales equivale a la formulación de imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): traslado de la acusación, interrumpe el termino de prescripción / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de J.C.R., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual confirmó la del Juzgado Quinto Penal Municipal, que lo condenó como autor del delito de inasistencia alimentaria, la Sala concluyó que, antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, había operado la prescripción de la acción penal, razón por la que anuló la actuación y decretó la preclusión.

Al respecto, la Corte explicó que, en el procedimiento especial abreviado contenido en la Ley 1826 de 2017, con el traslado de la acusación se interrumpe el término de prescripción, ya que, para efectos procesales, equivale a la formulación de imputación.

Aunado a ello, aclaró que, no es de recibo sostener que, el plazo de prescripción en el

proceso abreviado depende del momento incierto en el que el fiscal aclare los cargos en la audiencia concentrada del juicio oral, ya que, no corresponde a las instituciones procesales que desarrollan el precepto constitucional de impartir una respuesta pronta en un plazo razonable.

SP1789-2022(59786) de 25/05/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

11. O.Z.S. y J.C.R. son padres de CCCZ, niño de 2 años. Desde que su relación se truncó y ante la necesidad de solventar las necesidades de su hijo, O.Z.S. solicitó la intervención del Instituto de Bienestar Familiar, entidad ante la cual, el 10 de noviembre de 2015, el padre se comprometió a sostener a su hijo con una cuota alimentaria mensual de \$ 150.000.00, cuatro mudas de ropa al año, cada una por \$ 100.000.00 y el 50% de los gastos de salud y educación. Pero incumplió su compromiso: desde el mes de diciembre de 2015 a febrero de 2017 -salvo en lo de salud— no lo hizo, pese a que trabaja en el Ejército Nacional, devengando un salario mensual que le permite asumir sus obligaciones familiares.

12. J.C.R. fue condenado en ambas instancias por el delito de inasistencia alimentaria.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Acción penal: finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): ámbito de aplicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): traslado de la acusación, para efectos procesales equivale a la formulación de imputación / **PRESCRIPCIÓN** - Interrupción del término: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): traslado de la acusación, interrumpe el término de prescripción / **PRESCRIPCIÓN** - Inasistencia alimentaria

«Primero. El acusado tiene derecho a que se le defina su situación jurídica en un plazo razonable. Así lo establecen los Tratados Internacionales de Derechos humanos (artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana) y la Constitución Política (inciso tercero del artículo 29). Sin embargo, en la audiencia de sustentación, el fiscal delegado expuso una interpretación para aligerar las cargas del Estado y extender el plazo de prescripción, de manera que según esa visión la obligación de resolver en un término razonable la situación jurídica adquiere un margen de maniobra que no se aviene con la noción de debido proceso. En eso no tiene razón por las razones que se indicarán.

Segundo. Con el proceso abreviado que regula la Ley 1826 de 2017 se pretende tramitar con mayor celeridad los F.F. juicios para un grupo especial de delitos (artículo 10 de la Ley indicada). En esa idea, se reduce el número de audiencias, se simplifica el trámite del juicio e introduce la figura del acusador privado. Se trata, pues, de un método procesal que en teoría busca eficiencia y celeridad de la respuesta por parte de la administración de justicia. Desde esa perspectiva, entonces, las cláusulas que regulan la prescripción de la acción penal no se pueden interpretar contrariando su filosofía para buscar maneras de extender su plazo, pues el proceso está concebido precisamente para dispensar una respuesta pronta en un plazo razonable al conflicto que se debe resolver.

Tercero. En el proceso abreviado se suprimió la audiencia de imputación en la cual la fiscalía ante el juez de garantías comunica los cargos al imputado. En su lugar, el artículo 13 de la Ley 1826 de 2017 prevé que la comunicación de cargos se surte con el traslado del escrito de

acusación sin intervención del juez. Desde este punto de vista se debe reafirmar lo siguiente:

En el trámite del proceso penal ordinario la imputación es un acto en el cual la fiscalía, ante un juez de control de garantías, comunica a una persona su calidad de imputado, y a la vez un acto que impone al Estado, desde ese momento, la carga de resolver su situación jurídica en un plazo que no puede exceder la mitad de la pena máxima de la señalada para el delito por el cual se procede, sin que pueda ser inferior a tres años (artículo 292 de la Ley 906 de 2004). En el trámite abreviado, ese momento lo constituye el traslado de la acusación (artículo 13 de la Ley 1826 de 2017).

En ese contexto, afirmar que la acusación es un acto complejo compuesto por varias etapas y que por esa razón la fiscalía puede modificar los cargos sin afectar el núcleo fáctico en la audiencia concentrada (artículo 19 de la Ley 1826 de 2017), para sostener que es este momento el que interrumpe el término de prescripción de la acción penal y no en el del traslado del escrito de acusación, no corresponde a las instituciones procesales que desarrollan el precepto constitucional de impartir una respuesta pronta en un plazo razonable.

Esa lectura que termina incluso por modular el plazo de prescripción en el proceso abreviado en una forma que ni siquiera el proceso ordinario prevé, depende ya no del traslado de la acusación, sino de un momento incierto, en cuanto estaría sujeto a la eventualidad de que el fiscal amplié los términos con la sola aclaración de los cargos en la audiencia concentrada del juicio oral.

Cuarto. Dicho lo anterior, se reafirma que en el proceso abreviado el traslado del escrito de acusación interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal y determina el inicio de un nuevo término que no puede exceder de la mitad de la pena máxima señalada para el delito por el que se procede. En ese margen, se debe tener en cuenta que el traslado del escrito de acusación en este caso se realizó el 27 de noviembre de 2017. Como la pena máxima para el delito de inasistencia alimentaria es de seis años de prisión, después del traslado del escrito de acusación -por la interrupción que se produce con este acto—, el tiempo de prescripción de la acción penal no puede ser mayor a la mitad, es decir a tres años, lo que significa que la sentencia debía dictarse antes del 27 de abril de 2020.

El tribunal resolvió el recurso el 9 de abril de 2021, por fuera de ese término. Lo hizo bajo la consideración de que el traslado del escrito de acusación se realizó el 10 de abril de 2018. Sin

embargo, el 18 de diciembre de 2017 el Juzgado fijo el 30 de enero de 2018 para llevar a cabo la audiencia concentrada, lo que demuestra que el traslado se realizó efectivamente el 21 de noviembre de 2017, antes de la fecha mencionada por el tribunal.

La acción, por lo anotado, prescribió antes de dictar la sentencia de segunda instancia. Por lo tanto, se casará la sentencia, se anulará la actuación y se decretará la preclusión de la actuación penal».

Inicio

- 21. SECUESTRO SIMPLE** - Consumación: es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción / **SECUESTRO SIMPLE** - Elementos: la violencia no hace parte de ellos / **PRESCRIPCIÓN** - De la pena: juez competente, cuando la sentencia no está ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - De la pena: juez competente, cuando la sentencia esta ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - Acción penal: diferente a la prescripción de la pena / **EXTINCIÓN DE LA PENA** - Cumplimiento del periodo de prueba de la suspensión condicional de la pena

La Corte decidió la impugnación especial presentada por el abogado defensor contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a sus prohijados como coautores de los delitos de secuestro simple agravado y extorsión agravada en grado de tentativa, para lo cual estudió las características y elementos de los referidos tipos penales, decidiendo confirmar el Fallo de segunda instancia.

Para ello, analizó las diferencias existentes entre la prescripción de la pena y la prescripción de la acción penal, aclarando que, sobre la primera, ninguna competencia le asiste a la Sala para pronunciarse, en cuanto esa materia es del resorte del juez de primera instancia siempre que la sentencia del Tribunal no se halle ejecutoriada y, en este último caso, al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

SP681-2022(52672) de 09/03/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

13. El 21 de diciembre del año 2011, a las 08.10 de la mañana, aproximadamente, un grupo de personas ingresó con distintivos de la

Policía Nacional y de la DIAN a la bodega de la empresa ACEM, ubicada en esta ciudad.

14. Una vez allí, uno de ellos se quedó en el primer piso, controlando a los empleados y obligándoles a permanecer en un rincón, mientras vigilaba la puerta principal. C.A.M.V., un vecino que llamó a la puerta para solicitar que movieran un vehículo, fue ingresado a la fuerza y obligado a permanecer junto con los demás, pero finalmente pudo salir gracias a las quejas de los empleados.

15. Entretanto, en el segundo piso, las personas con insignias de la DIAN esposaron a D.A.M.G. y le dijeron que iban a revisar los bienes de la bodega porque estaban haciendo un allanamiento; que mejor arreglaran para evitar el decomiso de la mercancía.

16. Posteriormente llegó D.P.G.G., a quien intentaron esposar, pero se abstuvieron de hacerlo gracias a que ella y su hermano N.N., les manifestaron que estaba embarazada.

17. La antes mencionada logró comunicarse con otro de sus hermanos, J.A., propietario de la empresa, quien llegó al establecimiento. Con el pretexto de hablar del arreglo a que llegarían con los supuestos funcionarios de la DIAN, D.P.G.G. y J.A. se encerraron en una oficina en el segundo piso y este último aprovechó para comunicarse directamente con esta entidad, desde donde le informaron que no habían programado ningún operativo de allanamiento, por lo que solicitó ayuda con la policía.

18. Dos de los falsos funcionarios siguieron presionando afuera de la oficina, en el pasillo, simulando llamar refuerzos para apoyar la diligencia y llevarse la mercancía. Posteriormente llegó otro sujeto que presentó un carné de la Fiscalía, quien también contribuyó a presionar para que accedieran al pedido de aquellos.

19. Instantes después arribaron agentes de Policía que capturaron a los implicados, gracias a las voces de auxilio de los empleados.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia jurídica es relativa / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia fáctica y personal es absoluta

Como se puede ver, y así lo tiene decantado la Sala, el principio de congruencia se verifica entre la sentencia y la acusación, entendida como acto complejo, de modo que no se puede condenar por delitos no contenidos en esta última (imputación jurídica), a lo cual se suma que la imputación fáctica es inmutable por lo que no se puede modificar en el decurso procesal. La imputación jurídica goza de cierta flexibilidad porque frente a la acusación el juzgador puede condenar por una modalidad delictiva de menor entidad, siempre y cuando respete la imputación fáctica o hechos jurídicamente relevantes.

Ninguna de las aristas que componen esta garantía fueron lesionadas dentro de esta actuación, pues, en primer lugar, el juzgador de primera instancia condenó por una modalidad menos grave (constreñimiento ilegal) a la atribuida en la acusación (tentativa de extorsión agravada) y por la cual la fiscalía deprecó condena, respetando la imputación fáctica. El tribunal, a su vez, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el ente acusador y el representante de las víctimas, también sujetándose a la imputación fáctica, optó por condenar por el delito atribuido en la acusación.

Tanto menos en relación con la conducta de secuestro simple agravado, también endilgada en la acusación, respecto de la cual el a quo absolvió y el tribunal, simplemente, en virtud del referido recurso vertical, revocó esa determinación para condenarlos por primera vez por ella, ciñéndose, eso sí, a la misma imputación fáctica construida desde la audiencia de formulación de imputación.

No es cierto, por consiguiente, el argumento de los impugnantes, a partir del cual podría evidenciarse que su disenso estaría perfilado hacia el desconocimiento de la imputación fáctica por parte del tribunal, porque los dos delitos por los que condenó, valga decir, tentativa de extorsión agravada y secuestro simple agravado, no fueron tratados por el a quo, cuando lo que a las claras se advierte es que sí los abordó solo que los desestimó. De ese modo, a diferencia de lo que sostienen los impugnantes, no resulta verídico afirmar que el tribunal desconoció el principio de congruencia, en ninguna de sus vertientes.

PRESCRIPCIÓN - De la pena: juez competente, cuando la sentencia no está ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - De la pena: juez competente, cuando la sentencia esta ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - Acción penal: diferente a la prescripción de la pena / **EXTINCIÓN DE LA PENA** - Cumplimiento del periodo de prueba de la suspensión condicional de la pena

El segundo punto que plantean ambos impugnantes se relaciona con que cumplieron la pena de 70 meses de prisión impuesta por el sentenciador de primera instancia, por lo que no quedaba alternativa distinta a la de decretar la prescripción de la acción penal, pero como la actuación prosiguió luego de que se consolidó el fenómeno, añade el sindicato YCP, se quebrantó el debido proceso.

Al respecto, emerge diáfano que los impugnantes confunden varias figuras del ordenamiento penal, como lo son la prescripción de la pena con la de la acción penal. Sobre la primera, por demás, ninguna competencia le asiste a esta Sala para pronunciarse, en cuanto esa materia es del resorte del juez de primera instancia siempre que la sentencia del Tribunal no se halle ejecutoriada y, en este último caso, al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Por otro lado, el cumplimiento de la pena no incide en la prescripción de la acción penal, cuyos factores están determinados en los artículos 83 a 86 del C.P., mientras los de la pena lo están en el artículo 89 y 90 del mismo ordenamiento. De esa forma, el argumento de los impugnantes según el cual por haber cumplido la pena privativa de la libertad impuesta en el fallo de primera instancia se produjo la prescripción de la acción penal, hasta el punto de que cuando se emitió el fallo de segunda instancia ya se había agotado el ius puniendi, resulta totalmente equivocado.

En esas condiciones queda claro, para responder el argumento del procesado YCP, que el hecho de haber proseguido la actuación luego del supuesto cumplimiento de la pena aflictiva de la libertad, no erigió vulneración al debido proceso, pues esa circunstancia no genera la prescripción de la acción penal.

La Sala debe dejar dilucidado, a esta altura, que los recurrentes no solicitan concretamente la extinción y liberación de la pena por pena cumplida conforme a lo previsto en el artículo 67 del C.P., sino que dicha circunstancia -el cumplimiento de la pena— conforme se anotó, incide en la prescripción de la acción penal de las conductas por las que se procede y que por ello se configuró vulneración del debido proceso. [...]

Agréguese a lo anteriormente dicho que en cuanto a la específica petición de libertad por pena cumplida se pronunció respecto de uno de los procesados el juez de conocimiento, mediante providencia de marzo 30 de 2020, en desarrollo de este trámite, esto es, luego de la tantas veces mencionada sentencia de tutela STC15017 de octubre 23 de 2019, emitida por la Sala de Casación Civil de esta Corporación. Así mismo, que una vez ejecutoriada la presente determinación, tal petición será de conocimiento del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad con sujeción a lo normado en el numeral 8 del art. 38 de la Ley 906.

Ahora bien, cosa muy distinta es que el ad quem haya decretado la prescripción de la acción penal respecto del delito de utilización de uniformes e insignias sancionado en el artículo 426 del C.P. contenido en la acusación, aquí sí valiéndose de las reglas que regulan el fenómeno, como se expresó en la sentencia de segunda instancia.

SECUESTRO SIMPLE - Consumación: es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción / **SECUESTRO SIMPLE** - Dolo / **SECUESTRO SIMPLE** - Demostración

En cuanto a la estructuración de este delito frente a la conducta desplegada por los procesados JACF, JDOO, JAGL, YCP y OAP, cuya responsabilidad se determinó en el fallo de segunda instancia a título de coautores, la discusión se ha centrado en los ámbitos de la tipicidad subjetiva y objetiva, pues mientras para el a quo y los aquí impugnantes respecto al primer punto su propósito nunca fue el de atentar contra la libertad individual de las personas que se encontraban en el inmueble donde funcionaba la empresa, sino uno meramente económico, sin que se actualizara alguno de los verbos rectores previstos en el artículo 168 que reprime el ilícito, para el sentenciador de segunda instancia dichas personas fueron retenidas en el lugar para garantizar el cometido trazado, con lo cual se materializó el reato.

[...]

De lo dicho de manera uniforme por la Sala se infiere que es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción de la persona para que se consume el secuestro, sin que sea necesario que la persona obtenga la finalidad propuesta (AP3103, jul. 25 de 2018, rad. 45259. Criterio recientemente reiterado en SP1674, may. 5 de 2021, rad. 55358), lo cual pone de manifiesto el razonamiento equivocado del sentenciador de primera instancia y de los impugnantes al enfatizar que el propósito final de los procesados

no fue el de secuestrar, sino obtener un provecho económico, porque aun persiguiendo ese objetivo no se descarta la concreción del tipo penal contra la libertad individual. Expuesto de otra forma: el propósito último de conseguir un provecho económico ilícito por parte de los procesados no excluyó el de privar de su locomoción y autonomía a los afectados, como equivocadamente lo estiman el a quo y los recurrentes para desvirtuar la estructuración del delito.

Todo lo contrario, acorde con lo demostrado, la retención de las personas que se encontraban en la empresa, así como de las que iban llegando a sus instalaciones, tuvo por objeto asegurar ese objetivo económico trazado. Es decir que el ilícito de secuestro fue concebido por los coautores como un delito medio para lograr la consumación de un delito fin, en este caso la extorsión. La inmovilización de las personas que se hallaban en la bodega garantizaba que no se frustrara la consecución de ese propósito lucrativo, de lo cual tenían pleno conocimiento los coautores, quienes también orientaron su voluntad para realizar esa retención, como quiera que hacía parte de su plan criminal, conducta esta última que, sin temor a equívocos, vulneró el bien jurídico protegido de la libertad individual.

Como bien lo dice el tribunal, en el planteamiento del juez de primera instancia -que ahora reproducen los impugnantes con el fin de desvirtuar la tipicidad subjetiva del delito de secuestro simple— se confunde el diseño del plan criminal trazado por los coautores del delito con la tipicidad subjetiva de cada una de las conductas punibles concurrentes.

La tipicidad subjetiva del delito de secuestro simple está plenamente acreditada a partir del modus operandi empleado en este caso por los asaltantes, tópico que no ha sido objeto de discusión. En efecto, conforme a lo narrado acordemente por los testigos, se tiene que los intrusos al arribar a la bodega, haciéndose pasar por funcionarios de la DIAN y de la Policía Nacional, para lo cual portaban distintivos de esas entidades (con chalecos de la primera y carnés de las dos instituciones), requirieron al personal administrativo que se encontraba en el segundo piso por los documentos que soportaban la legalidad de las mercancías que allí mantenían, pero a todos los trabajadores, independientemente del área donde se encontraban en la bodega, e incluso a dos clientes que la visitaban, y a las personas que iban arribando a sus instalaciones, como sucedió con el vecino CAMV, les impidieron su movilización. Para tal efecto organizaron dos grupos de personas retenidas: unas en el

segundo piso de las instalaciones, básicamente los del área administrativa, y, las demás, en el primero, estando dentro de este último grupo principalmente el personal operativo de la bodega, los dos clientes y las personas que iban llegando durante el tiempo en que duró el falso operativo.

[...]

A partir de lo corroborado sobre la forma como ejecutaron la conducta, se colige que los asaltantes previeron la retención de las personas que se encontraban al interior del inmueble y de las que fueran llegando, al punto que uno de ellos controlaba el acceso a la puerta principal y sometía a requisita a todo el que arribara, tras identificarse con uno de los distintivos falsos que portaba. El plan criminal diseñado concebía una distribución de funciones frente al secuestro, de modo que mientras algunos de ellos vigilaban a las personas que estaban en el segundo piso, otro lo hacía con los del primero, sujeto que también se hacía cargo de la puerta de acceso, la cual, por cierto, mantuvieron cerrada desde el mismo momento en que irrumpieron en las instalaciones de la empresa, controlando el ingreso de personas, una eventual fuga de los retenidos o que dieran alguna alerta hacia el exterior y no solamente la extracción de mercancías, como lo asegura el impugnante YCP.

[...]

Dice también el mismo impugnante que si los falsos funcionarios hubieran tenido la finalidad de secuestrar, tampoco hubieran dejado sus rostros registrados en las grabaciones, ni hubieran dejado que ellas siguieran, “por eso se confiaron en que todo iba a quedar como un engaño y que en la peor situación sería tomado como una pérdida de tiempo para el dueño y los empleados de la bodega, al no obtener provecho alguno ni encontrar la mercancía buscada”. Tal aseveración solo pone de manifiesto, por una parte y como el mismo inconforme lo aduce, la total seguridad de los procesados en que su plan no iba a fallar, lo cual lejos está de desvirtuar que su intención fue la de obtener un provecho ilícito y que, para asegurar ese cometido, también debían retener, mientras que el falso operativo se ejecutaba, a las personas de la bodega, propósito que asumieron voluntariamente y que confirma la tipicidad subjetiva del delito de secuestro simple sancionado en el artículo 168 del C.P.

[...]

De esta manera, para la Sala no surge ninguna duda para concluir que en este caso concurrió la tipicidad subjetiva del ilícito de secuestro, esto es, el propósito de afectar el bien jurídico

protegido de la libertad personal de las personas que se encontraban en la bodega y de las que sucesivamente fueron arribando al lugar mientras se llevó a cabo el falso procedimiento oficial.

SECUESTRO SIMPLE - Fines / **SECUESTRO SIMPLE** - Se configura

En punto de la tipicidad objetiva de la conducta de secuestro simple sancionada en el artículo 168 del C.P., inicialmente se ha de destacar que, como lo señaló el ad quem, se actualiza la modalidad aludida porque el propósito de los sujetos activos (ingrediente subjetivo especial del tipo diferente al tipo subjetivo, analizado previamente) no era el de obtener un provecho o cualquier utilidad o para que se hiciera u omitiera algo o con fines publicitarios o de carácter político, a cambio de la libertad de las víctimas, que caracteriza al secuestro extorsivo, sancionado en el artículo siguiente del estatuto sustantivo penal, sino, como se ha venido señalando, privarlos de su libertad para facilitar la consumación de otro delito. Es decir que la obtención del provecho ilícito no deriva directamente del plagio o privación de la libertad, por virtud de lo cual se encuentra satisfecho el elemento del tipo exigido en el artículo 168 “el que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente” actualice alguno de los verbos rectores a que refiere la norma (cfr. CSJ SP1594, nov. 2 de 2011, rad.46782).

SECUESTRO SIMPLE - Elementos: la violencia no hace parte de ellos / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: principio de corrección material, se vulnera

[...], en relación con el argumento del defensor de OAP según quien no se configura la conducta porque no se usó ninguna forma de violencia en contra de las víctimas, utilizando armas, amenazándolas, utilizando un lenguaje agresivo o soez, drogándolas o atándolas, se ha de precisar, en primer lugar, que tal elemento -la violencia— no hace parte del tipo penal, conforme lo tiene sentado esta Sala.

SECUESTRO SIMPLE - Elementos: verbos rectores, retener

[...], lo verdaderamente esencial para que se actualice cualquiera de los verbos rectores de la conducta lesiva de la libertad individual (para este caso retener) es que el sujeto agente haya impedido la movilización de las víctimas, su libertad de locomoción, esto es, su deseo de permanecer voluntariamente en un lugar (CSJ, SP6354, may. 25 de 2015, rad. 44287), lo cual, como ya se exployó anteriormente, está

plenamente acreditado en este asunto, a través de los medios probatorios referidos.

El verbo rector del artículo 168 del C.P. que se concretó con la conducta de los procesados fue el de retener, a tono con su definición prohijada por la Sala, que lo diferencia de los demás (CSJ SP may. 25 de 2015, rad. 44287):

“[L]os verbos rectores alternativos corresponden a arrebatarse (quitar, apoderarse, desposeer, arrancar), sustraer (raptar, despojar, escamotear, tomar), retener (estancar, inmovilizar, detener, paralizar), u ocultar (esconder, tapar, enmascarar) a una persona”. (subraya fuera de texto).

Ninguna duda surge, en consecuencia, para afirmar la tipicidad subjetiva y objetiva de esta conducta punible.

EXTORSIÓN - Diferente a constreñimiento ilegal / **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL** - Tipo penal subsidiario / **EXTORSIÓN** - Tentativa

La Corte tiene dicho de antaño que el elemento diferenciador del delito de constreñimiento ilegal del punible de la extorsión radica en el elemento subjetivo adicional que este último contiene referido al propósito de obtener provecho ilícito (complementado a partir de la Ley 733 de 2002 con la fórmula “o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero”) que no tiene el primero [...]

Ello no significa, sin embargo, que ese elemento diferenciador de la extorsión, esto es, “con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero” deba presentarse o exteriorizarse de una forma particular, por ejemplo, a través de exigencias específicas de índole económico por parte del sujeto activo, que no fueron incluidas por el legislador en el diseño del tipo penal, como de forma equivocada lo entienden el a quo y los impugnantes. Lo realmente relevante para la estructuración de ese elemento es que aflore ese propósito a partir de la conducta desplegada, conforme se destacó en SP1750, may. 23 de 2018, rad. 49009:

[...]

Descendiendo al caso particular, se tiene que suficientemente apta para acreditar el ingrediente subjetivo del tipo de extorsión lo constituyó esa manifestación de los coautores en el sentido de que les cuadraran o arreglaran de algún modo o si no procedían a llevarse la mercancía. En el lenguaje coloquial indiscutiblemente se entiende esa expresión

como una exigencia económica para evitar un acto a todas luces ilícito, esto último porque los intrusos no eran funcionarios investidos de facultades legales para llevar a cabo ese tipo de procedimientos, ni mucho menos para incautar las mercancías de la empresa importadora.

Ahora, para responder el reparo del representante de OAP, digase que no es necesario, como también se expuso en relación con el delito de secuestro, que ese acto de constreñimiento estuviere acompañado de amenazas de muerte o de atentar contra la integridad de las personas. En este caso se puede decir que el acto de constreñimiento fue complejo, dado que no solo hizo parte del mismo la amenaza de despojo de las mercancías, sino que estuvo precedido de la simulación de un operativo legal para cuya realización los coautores portaban distintivos de la DIAN y de la Policía Nacional a lo que se aunó su forma autoritaria de proceder, lo que permitía racionalmente considerar que ese anuncio no carecía de entidad o idoneidad.

Por otro lado, que los constreñidos DPGG y AJG hubieran realizado una llamada en un momento de descuido o laxitud de quienes los custodiaban para confirmar la veracidad del operativo, no implica que la acción de los procesados no hubiera sido idónea, pues ese es un aspecto que más tiene que ver con la consumación de la conducta, en cuanto esos avisos de la víctimas permitieron la presencia policial que frustró el cometido económico de los asaltantes, de allí que correctamente se atribuyera esta conducta en grado de tentativa.

A esta altura, y por último, bien está reiterar, como igual lo hizo el tribunal, en la evidente contradicción en la que incurrió el juez de conocimiento para descartar la configuración de los delitos analizados, al afirmar, respecto del delito de secuestro, que no se edificaba por cuanto los coautores no tenían intención de secuestrar sino exclusivamente de obtener provecho ilícito, pero luego, y de forma inexplicable, hace lo propio con el tipo penal de extorsión asegurando que no se cumplía ese mismo ingrediente subjetivo, se repite, de la obtención de provecho ilícito, de suerte que debían responder por la tipología degradada de constreñimiento ilegal. Resulta reprochable, al mismo tiempo, que hubiera absuelto por el delito de simulación de cargo o investidura, prevista en el artículo 426 del C.P., que fue retirado de la acusación por el ente persecutor, y que, por tal razón, no fue objeto de debate en juicio.

- 22. SENTENCIA** - Condenatoria: no aplica la teoría de la preponderancia / **DOCUMENTO** - Contenido: determina cómo debe introducirse al juicio oral / **DOCUMENTO** - Contenido: tipos / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público en contra de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que revocó la condena emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, y, en su lugar, absolvió a E.P.G. por el delito de acceso carnal violento agravado.

En esta oportunidad, la Sala casó la providencia, con lo que recobró vigencia la condena emitida por el juzgado de primera instancia, al considerar que, el Tribunal incurrió en errores en el análisis de la prueba de cargo que le llevaron a predicar una duda razonable inexistente; en tanto, la información presentada por la defensa no desvirtuó lo expresado por la víctima sobre la ocurrencia de la violación, ni la intervención del procesado, a quien conocía suficientemente.

Para ello, la Corte analizó los errores de hecho en que incurrió el ad quem, en las modalidades de falso juicio de identidad y falso juicio de existencia, así como la apreciación probatoria de los testimonios y la forma en que deben incluirse al juicio oral los documentos, según su contenido.

SP1774-2022(53025) de 18/05/2022

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El seis de abril de 2013, aproximadamente a las 5:30 de la tarde, E.D.A.M, de 15 años, se preparaba para salir con su novio a pasear, cuando fue sorprendida por tres individuos, entre quienes se encontraba E.P.G.
2. Los agresores ingresaron subrepticamente a su residencia y la amenazaban con un arma de fuego para doblegar su voluntad con el propósito de accederla carnalmente, lo que lograron todos ellos, de forma sucesiva. Además, le causaron varias cortadas en su brazo izquierdo, al tiempo que la golpeaban e insultaban.

3. E.P.G. actuó con el propósito de vengarse de la víctima y de sus familiares, toda vez que días atrás ésta impidió que le disparara a uno de sus hermanos, con quien el procesado tuvo una desavenencia por una bicicleta.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA - Condenatoria: no aplica la teoría de la preponderancia / **SENTENCIA CONDENATORIA** - Requisitos / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia

«Es de precisar, sin embargo, que lo sostenido por la recurrente en el sentido que la condena se impone cuando la hipótesis sostenida por la Fiscalía es la que se presenta más verosímil, sin importar que las hipótesis exculpatorias sean también razonables, resulta inadmisibile.

Esa postura, que se ajusta a la teoría de la preponderancia, daría cuenta que la condena procede cuando a la luz de las pruebas practicadas en el juicio es “más probable que menos probable” que un hecho haya ocurrido de una determinada manera. En cierto sentido, un estándar de esta naturaleza radicaría en la defensa una carga semejante a la del acusador, lo que resulta claramente inadmisibile (ídem).

En suma, el estándar de preponderancia propuesto por la recurrente puede ser aplicable en ámbitos diferentes al penal, o, quizás, podría predicarse de otras fases de la actuación diferentes a la sentencia, pero no para decidir sobre la procedencia de la condena, entre otras cosas porque así lo dispuso expresamente el legislador al precisar que “para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda -razonable-, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado” (Art. 381 de la Ley 906 de 2004)».

TESTIMONIO - Víctima de delitos sexuales: apreciación probatoria, para determinar la verosimilitud del relato / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, amenazado / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - Se vulnera

«El Tribunal acierta al concluir que la versión de la víctima es verosímil en lo que concierne a la ocurrencia de la agresión sexual. Además de la riqueza descriptiva a la que alude el Juzgado, no puede perderse de vista lo siguiente: (i) el relato incriminatorio fue corroborado por la profesional

que practicó el reconocimiento médico, quien hizo alusión a la presencia de heridas en el brazo izquierdo, cuyo proceso de cicatrización coincide con la fecha de ocurrencia de los hechos; (ii) no se avizoran razones para que la ofendida faltara a la verdad en ese momento, máxime si se tiene en cuenta que ello implicaba someterse a exámenes incómodos y, en general, a los rigores de una indagación; (iii) lo expuesto por los expertos sobre la alteración emocional, que también afloró durante el testimonio en juicio, es compatible con la real ocurrencia de los hechos; y (iv) los dos hermanos de la víctima dan cuenta de que los hechos tuvieron ocurrencia, bien porque uno de ellos -el menor- advierte que incluso pudo ver a los autores cuando huían por la terraza, sin perder de vista que ambos dijeron haber hallado a su hermana en una situación que claramente coincide con la agresión sexual.

En torno a este tema, no son aceptables los argumentos expuestos por el delegado de la Fiscalía en la audiencia de sustentación del recurso de casación, orientados a poner en entredicho la existencia de la agresión sexual por el hecho de no haberse presentado la ruptura del himen, no obstante tratarse de una penetración violenta, realizada por tres hombres de manera consecutiva.

Lo anterior porque: (i) no tuvo en cuenta que el acusador hizo comparecer al juicio oral a una experta, que se refirió ampliamente a las características del himen elástico -como el de la víctima-, en especial que, sin romperse, permite el paso del pene erecto; (ii) no se basó en evidencia científica y, mucho menos, en alguna que haya sido incorporada legalmente al proceso; y (iii) sin razón alguna, asoció la violencia ejercida para someter a la víctima, con la violencia de la penetración, en clara contravía de la realidad procesal, pues la víctima nunca se refirió a que el acto sexual haya sido en sí mismo violento, sin que ello desvirtúe los golpes y las amenazas utilizadas para doblegar su voluntad.

De otro lado, es igualmente atinado lo que expresan el Juzgado y el Tribunal sobre la credibilidad que merece lo afirmado por la víctima sobre los motivos de la violación y las razones que tuvo para ocultar la identidad de los agresores en su primera versión.

En efecto, la ofendida y sus parientes relataron detalladamente que el procesado, varios meses atrás, intentó dispararle a uno de los integrantes de la familia y que dicho propósito se truncó gracias a su intervención oportuna.

De ello se desprende lo siguiente: (i) tiene razón la víctima cuando afirma que si el procesado intentó dispararle a quien fue su amigo, por el

problema que tuvieron por una bicicleta, y, luego, realizó en compañía de otros dos sujetos el ataque sexual, era razonable pensar que podría atentar contra su familia si ella lo denunciaba; (ii) la intención de matar a una persona es perfectamente compatible con el ánimo de retaliación o venganza, de tal suerte que ello coincide con el propósito de atentar contra la pariente del “enemigo” -que evitó la primera acción vindicativa-; y (iii) si el ataque sexual existió, no se vislumbran razones para que la ofendida tergiversara la verdad, toda vez que ello implicaría que sus verdaderos agresores no fueran investigados y llamados a responder penalmente.

Además, el Tribunal no se ocupó de explicar por qué la víctima faltó a la verdad cuando señaló que el procesado, a quien conocía bien porque fue una persona allegada a su familia, participó en la agresión sexual objeto de juzgamiento. A pesar de ello, terminó desestimando la prueba de cargo, lo que entraña violación del principio lógico de no contradicción.

Desde luego, no se trata censurar que el Tribunal le haya otorgado credibilidad solo a unos apartes del testimonio, lo que es perfectamente posible. La contradicción recae sobre la parte medular de la declaración, pues, (i) si no se presenta duda sobre la existencia de la violación, (ii) está claro que se trató de un acto vindicativo (siempre asociado al procesado) y (iii) es razonable aceptar que la víctima haya ocultado inicialmente la identidad de sus agresores por temor, no se entiende por qué, a renglón seguido, se afirma que las contradicciones le restan mérito para servir de soporte a la teoría del caso de la Fiscalía».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación: se configura

«También tiene razón la impugnante cuanto afirma que el Tribunal tergiversó el testimonio del hermano menor de la víctima y, además, lo descalificó a partir de un enunciado que, por su vaguedad, impide cualquier contrastación.

[...]

En primer término, es claro que el Tribunal incurre en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, toda vez que tergiversó la declaración del referido testigo, al atribuirle afirmaciones que no hizo y, a partir de esa realidad impostada, sacar conclusiones sobre su falta de credibilidad.

Como bien lo señala la impugnante, resulta razonable que el niño, tras enterarse de que su hermana fue atada y cortada (el Tribunal resalta

que sus versiones fueron posteriores al hecho, lo que, además, constituye una obviedad), haya inferido que el procesado llevaba en su bolso elementos útiles para doblar de esa manera a su víctima, siendo claro que nunca dijo haber observado directamente el contenido y que sus afirmaciones se sustentaban en una suposición, al utilizar la expresiones “de pronto” “pero no sé”.

Por demás, llama la atención que el juzgador de segundo grado se haya referido a la “falta de precisión y fluidez en el relato”, sin dedicar una sola línea a explicar las razones de su conclusión, a menos que se entienda que dicho déficit lo deduce del hecho que el testigo haya afirmado que vio lo que nunca pudo haber visto (los elementos que el procesado llevaba en su bolso), pero esto, como ya se vio, no corresponde a lo afirmado en su testimonio.

Este tipo de conclusiones, carentes de sustento, impiden el ejercicio del contradictorio, máxime cuando las falencias no existen o no tienen la notoriedad que pretende atribuirseles, como ocurre en este caso, pues no se sabe: (i) frente a qué aspectos en particular fue impreciso el relato; (ii) por qué se afirma que su dicho carece de fluidez; y (iii) por qué estas inconsistencias, de haberse realmente presentado, revelan o traducen mendacidad en su exposición, o si corresponden a imprecisiones propias de la edad del testigo, o a su nivel de formación, entre otros factores que pueden incidir en la forma del relato. Nada de esto fue explicado por el Tribunal, lo que impide un análisis más profundo del asunto».

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición: no se configura / **DOCUMENTO** - Contenido: determina cómo debe introducirse al juicio oral / **DOCUMENTO** - Contenido: tipos / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por distorsión: se configura / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por cercenamiento: se configura

«El Tribunal, con razón, se refirió a la poca credibilidad que ofrecían los dos compañeros de formación policial del procesado, amigos suyos, que comparecieron al juicio oral, con el propósito de demostrar que éste se encontraba en las instalaciones policiales el 6 de abril de 2013, a las 5:30 de la tarde, es decir, a la hora de la violación.

Esta conclusión, se aviene al amplio análisis que realizó el Juzgado, orientado a destacar los distintos factores que minaban la credibilidad de estos relatos, entre ellos: (i) que era poco probable que pudieran recordar con tanta exactitud lo ocurrido varios años atrás, en una fecha en particular y a una hora determinada, máxime si

se considera que no ocurrió algo fuera de lo común, que pudiera causar impacto en la recordación; (ii) en contraste con ello, los testigos fueron contradictorios en aspectos relevantes, como la duración de la instrucción, el tipo de enfermedad que dio lugar a una larga incapacidad del procesado, el lugar donde fue hospitalizado, etcétera; (iii) también fue notoria la intención de referirse a un horario mucho más intenso, pues mientras los policiales - instructores- hicieron alusión a una jornada comprendida entre las siete de la mañana y las siete de la noche, los primeros testigos señalaron que se extendía hasta las nueve de la noche; y (iv) uno de los instructores señaló que los bachilleres podían ir a comer a sus casas, mientras que los amigos del procesado se refieren a un internamiento de todo el día, con escasas o nulas posibilidades de tener contacto con el exterior.

Sin embargo, el Tribunal, para revocar la condena proferida en primera instancia, se sustentó en los testimonios de los instructores de la escuela de formación que declararon a instancias de la defensa, los cuales, en su criterio, otorgaban suficiente respaldo al hecho de que el procesado no pudo haber participado de la violación porque, ese día, a esa misma hora, estaba en una dependencia policial.

[...]

Sin embargo, frente a ese componente probatorio, el Tribunal incurrió en los yerros que se relacionan a continuación:

Fue poco o nada lo que se estableció acerca de la naturaleza de los documentos que supuestamente consultaron los policiales instructores antes de comparecer al juicio oral, pues no se precisó: (i) quién o quiénes los elaboraron, (ii) qué datos se consignaban en los mismos, (iii) las medidas tomadas para garantizar su precisión y completitud; etcétera.

De hecho, ni siquiera se sabe si los testigos sacaron sus conclusiones a partir de información consagrada en esos registros, o si las mismas se basan en la ausencia de anotaciones sobre permisos otorgados al procesado para que se ausentara aquel 6 de abril. Este aspecto será abordado más profundamente en los siguientes apartados.

Ante esa realidad, no existen fundamentos para establecer si: (i) el contenido de dichos documentos es esencialmente declarativo, lo que obligaba a la Fiscalía a presentar en juicio oral las personas que conocieron “directa y personalmente” los hechos relatados -art. 402-, o a solicitar la incorporación de esas declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, según

las reglas del debido proceso; (ii) se trata de escritos de pasada memoria, en los términos del inciso final del artículo 438, esto es, de información que estuvo en la mente del testigo cuando la vertió en el escrito pero, por sus características, el paso del tiempo, etcétera, no lo está al momento de la declaración, por lo que el declarante solo puede dar cuenta de la confiabilidad del documento que la contiene; o (iii) se trata de una prueba documental, en sentido estricto, lo que abriría la discusión acerca de si el contenido del documento podía ser demostrado con algo diferente al documento mismo, según las reglas de mejor evidencia.

[...]

En el fallo absolutorio, simplemente se dijo que los policiales instructores, basados en los registros, aseguraron que el 6 de abril de 2013 el procesado estuvo en las instalaciones policiales entre las siete de la mañana y las siete de la noche. Para esos efectos, el Tribunal omitió múltiples apartes de las declaraciones, que dan cuenta de la poca fiabilidad de esa afirmación. Ello, encaja en un error de hecho, por falso juicio de identidad, en la modalidad de distorsión por cercenamiento de la prueba.

[...]

En síntesis: (i) ninguno de estos testigos tenía conocimiento directo y personal -art. 402- acerca de que el procesado estuvo en las instalaciones policiales para el momento en que se perpetró la violación; (ii) lo que expresaron en sus testimonios se basa en los datos consignados en los libros relacionados con las actividades de los bachilleres que recibían instrucción; (iii) la defensa, en lugar de aportar los libros en mención, con apego al debido proceso, se limitó a preguntarle a los policiales sobre lo que concluyeron a partir de la información plasmada en ellos; (iv) no se estableció qué tipo de información contenían esos libros, ni se identificó a los autores de esas presuntas anotaciones; (v) además de lo expresado frente al testigo DV, se advierte que el policial NB dijo que los libros en mención dan cuenta que el procesado estaba en instrucción para cuando ocurrieron los hechos, pero no aclara si ello lo deduce de los datos allí consignados sobre las actividades del aprendiz o de la ausencia de anotaciones sobre permisos o evasiones; y (vi) de esta forma, el defensor pretendió que la Judicatura tomara por ciertas las conclusiones de los declarantes, sin someter a escrutinio la verdadera fuente de información - los libros-, sin que pueda perderse de vista el notorio interés de los testigos en descartar alguna falla que hubiera permitido que el procesado

cometiera un delito durante el tiempo de servicio».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: trascendencia / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por distorsión: trascendencia / **IN DUBIO PRO REO** - No se configura / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala casa la absolutoria del Tribunal, para restablecer la condenatoria de primera instancia

«Los errores cometidos en el análisis de la prueba de cargo llevaron al Tribunal a predicar una duda razonable inexistente, bien porque las conclusiones sobre la inverosimilitud del testimonio de la víctima resultan infundadas, o porque se le restó credibilidad al testimonio de su hermano menor, a partir de la tergiversación de su contenido. Ello, sin perjuicio del respaldo que las otras pruebas le brindan a la principal testigo de cargo, como se explicó en los apartados anteriores.

De no haber incurrido el ad quem en la referida tergiversación del testimonio del hermano menor de la víctima, ni en la trasgresión del principio lógico de no contradicción en el estudio de la credibilidad de las afirmaciones realizadas por la agredida, necesariamente hubiera concluido que la hipótesis de la acusación tenía respaldo suficiente, a la luz de lo establecido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, el error más trascendente del Tribunal radicó en darle a la hipótesis factual propuesta por la defensa el carácter de plausible, a partir de un análisis fragmentario de los testimonios de los policiales instructores, de quienes se dijo tenían la virtualidad de poner en entredicho la presencia del procesado en el lugar de la agresión, a los que acudió ante la manifiesta inverosimilitud de las versiones de los compañeros de formación del procesado, traídos a juicio con el mismo propósito.

De haber valorado en su integridad los testimonios de descargo, se hubiera percatado que los instructores no tenían base suficiente (según su conocimiento “personal y directo”) para afirmar que el procesado estaba en las instalaciones policiales para cuando se cometió la violación.

También hubiera advertido que la defensa, en lugar de someter a escrutinio la fuente de información (los libros), optó por preguntarle a los policiales instructores por sus conclusiones sobre lo que presumiblemente leyeron, sin establecer el contenido real de esos documentos, ni la identidad de las personas que los habrían diligenciado. Esto, sin perjuicio del claro interés de los testigos en demostrar que no fue una falla

suya, o de la institución para la que trabajaban, lo que dio lugar a que uno de los bachilleres a su cargo se viera involucrado en un grave delito dentro del horario asignado para la instrucción.

En suma, una correcta valoración de las pruebas lleva a concluir que la información presentada por la defensa no tiene la entidad requerida para desvirtuar lo expresado por la víctima sobre la ocurrencia de la violación, ni la intervención del procesado, a quien conocía suficientemente. En

otras palabras, la defensa no logró demostrar la plausibilidad de la hipótesis factual que propuso a lo largo del juicio oral.

Por tanto, con fundamento en las razones expuestas en la demanda y las aclaraciones y precisiones referidas a lo largo de este proveído, se casará el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia la condena emitida por el juzgado de primera instancia».

Inicio

23. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Es compatible con el Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017) para conductas de menor lesividad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, control por el juez, protección de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, no se limita a verificar que la manifestación sea libre, consciente y voluntaria, sino que la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado se encuentran acreditados / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Aceptación o allanamiento a cargos: en la verificación de validez, es imprescindible la presencia e interrogatorio al menor

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador 7 Judicial II Familia de Bogotá D.C., contra la sentencia de segunda instancia, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de la capital de la República, con fundamento en el allanamiento a cargos del menor HMCF, en actuación procesal regida por el procedimiento especial abreviado consagrado por la Ley 1826 de 2017.

En esta oportunidad, la Sala casó la providencia y anuló lo actuado desde el momento de la audiencia de imposición de sanción, al considerar que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del adolescente, porque se dictó sentencia sin su presencia al momento de la verificación del allanamiento a cargos.

SP767-2022(60633) de 16/03/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 22 de enero de 2020, aproximadamente a las 21:40 horas en Bogotá, H.M.C.F., en compañía de otro sujeto, que logró huir del lugar de los hechos, mediante la intimidación con un arma cortopunzante, despojaron al ciudadano J.A.Q. de su bicicleta con características manubrio rojo, color negro y plateado, avaluada en \$350.000, la cual pudo ser recuperada por la Policía Nacional.
2. El 23 de enero de 2020, el Juzgado Noveno Penal para Adolescentes con función de control de garantías de la ciudad declaró legal el procedimiento de captura de HMCF. Contra esta decisión no se interpusieron recursos.
3. Acto seguido, la titular del juzgado interrogó a la Fiscal 308 Seccional URI sobre el traslado del escrito de acusación. La delegada del organismo de persecución penal comunicó que el mismo se había surtido y que el adolescente aceptó el cargo de coautor de hurto calificado, agravado y atenuado. Cuestionadas la defensora de familia y la defensora pública sobre si tenían observaciones al respecto, respondieron que no.
4. A continuación, la jueza dio apertura a la audiencia para la solicitud de medida de

internamiento preventivo y concedió el uso de la palabra a la defensora de familia, a fin de que presentara el informe psicosocial del adolescente. Escuchado el resultado de dicho estudio, la Fiscal retiró la petición de imposición de medida y el juzgado dispuso la libertad del procesado.

5. La actuación correspondió por reparto el Juzgado Primero Penal del Circuito de Adolescentes con función de conocimiento de Bogotá, despacho que citó en repetidas oportunidades para la celebración de la audiencia de imposición de sanción. Esto, de manera infructuosa, ya que el adolescente no asistió.

6. Finalmente, dicho acto se llevó a cabo el 15 de febrero de 2021. En esta ocasión el adolescente tampoco concurrió, pero la juzgadora, consideró que la diligencia podía llevarse a cabo válidamente sin la presencia del procesado, ya que, en su criterio, el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, no era aplicable, pues, se prefería, por especialidad, lo normado por el artículo 539 del Código de Procedimiento Penal, que corresponde al artículo 16 de la Ley 1826 de 2017.

7. De esa manera, por estimar que no se habían vulnerado los derechos del adolescente en el acto de aceptación de los cargos, aprobó dicho allanamiento. La Fiscal 135 Seccional y la defensora pública se mostraron conformes con lo resuelto, no así la defensora de familia, quien expuso que el adolescente debía estar presente para la verificación de sus derechos.

8. La actuación siguió su curso y culminó con la expedición de la sentencia por medio de la cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Bogotá declaró penalmente responsable a HMCF, como coautor de hurto calificado, agravado y atenuado, le impuso 12 meses de privación de la libertad en centro de atención especializado y le sustituyó dicha sanción por libertad asistida, por igual término, decisión que fue impugnada por el Procurador 7 Judicial II Familia.

9. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, confirmó la sentencia de primera instancia.

10. Oportunamente, el Procurador 7 Judicial II Familia interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó el libelo correspondiente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público: intervención, facultades y límites /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público: legitimidad e interés, para interponer el recurso de apelación respecto de la sentencia condenatoria o absolutoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Ministerio Público: principio de unidad de gestión y jerarquía, alcance / **CASACIÓN** - Interés para recurrir: identidad temática con la apelación, Ministerio Público

Como lo tiene definido la Sala “(...) el Ministerio Público puede impugnar las sentencias, no importa si estas son de naturaleza condenatoria o absolutoria, siempre y cuando ello derive de su función constitucional básica de procurar por la garantías y derechos fundamentales, de ahí que resulta inapropiado impedir que cumpla su gestión cuando ésta se dirige a la interposición de los recursos que la ley habilita para disentir de las decisiones que, en su criterio, transgreden el orden jurídico (...)”. (CSJ SP2379-2020, 15 jul., rad. 52046). Con mayor razón cuando, como en el presente caso, está alegando la existencia de un vicio sustancial que comporta la nulidad de la actuación procesal.

Por otra parte, se cumple la exigencia de identidad temática entre la demanda de casación y la sustentación de la apelación. Así mismo, el principio de unidad de gestión (CSJ AP5339-2021, 10 nov., rad. 58260), ya que el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal expresamente apoyó la pretensión dirigida a la Corte por el Procurador 7 Judicial II Familia

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: implica renuncia a ciertas facultades y derechos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): no se está ante un tratamiento jurídico distinto, sino ante una remisión normativa / **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA** - Finalidades / **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA** - Derechos de protección / **PRINCIPIO PRO INFANS** - Genera exigencias reforzadas de diligencia en el proceso penal, cuando la víctima es menor de edad / **DERECHOS DE LOS NIÑOS** - Prevalecen sobre los derechos de los demás: normatividad nacional e internacional, bloque de constitucionalidad

El derecho a un juicio es renunciable, pero no de cualquier manera. El artículo 8-1 de la Ley 906 de 2004 condiciona dicha renuncia a que “(...) se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada (...)”.

[...]

Al respecto, la Corte ya tiene clarificado que, si el allanamiento a cargos se produce ante el juez de control de garantías, es a éste a quien compete llevar a cabo la verificación, mientras que ello será del resorte del juez de conocimiento cuando el procesado acepte cargos en alguna de las audiencias que corresponden a su función (v. gr., preparatoria o juicio oral).

Lo cierto es que, sea cual sea la diligencia concreta en la que se produzca el allanamiento, el mandato es categórico: en todo caso el juez correspondiente deberá verificar que la aceptación de los cargos se haya exteriorizado sin vicios que afecten el consentimiento, y para ello es indispensable que personalmente interroge al procesado.

La anterior garantía, dispuesta en favor del procesado, es de obligatoria observancia en todo tipo de procedimiento penal. También, por tanto, en el que se adelanta en el Sistema Penal para Adolescentes, porque éste, conforme lo estatuye la Ley 1098 de 2006, no sólo se rige por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (artículo 144 del Código de la Infancia y la Adolescencia), sino que responde a la finalidad de brindar protección integral al menor infractor, privilegiando su interés superior y garantizándole sus derechos y libertades (artículos 2 y 140).

Por disposición constitucional (artículo 44) los niños gozan de todos los derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y sus derechos prevalecen sobre los de los demás. Por eso, en materia de debido proceso, el artículo 151 de la Ley 1098 de 2006 dispone que: “En todos los casos los derechos de los que goza bajo el presente sistema un adolescente autor o partícipe de una conducta punible son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004” [...]

Entonces, si esto es así, con mayor razón en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes debe cumplirse la previsión del artículo 131 de la Ley 906 de 2004, ya que los menores gozan de una protección constitucional reforzada.

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Es compatible con el Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017) para conductas de menor lesividad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): traslado de la acusación, para efectos procesales equivale a la formulación de imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos,

control por el juez, protección de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, trámite / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: cuando la irregularidad es anterior a la sentencia, debe declararse la nulidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, no se limita a verificar que la manifestación sea libre, consciente y voluntaria, sino que la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado se encuentran acreditados / **DEBIDO PROCESO** - Se vulnera / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Aceptación o allanamiento a cargos: en la verificación de validez, es imprescindible la presencia e interrogatorio al menor

[...] debe precisarse, en primer término, que el procedimiento especial abreviado es aplicable en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, pero con una restricción, que consiste en que en esos casos el Fiscal no puede autorizar la conversión de la acción penal de pública en privada (artículo 32-i de la Ley 1826 de 2017, que corresponde al artículo 554 del Código de Procedimiento Penal).

En el procedimiento especial abreviado la vinculación del procesado como parte se cumple con el traslado del escrito de acusación (artículo 13 de la Ley 1826 de 2017, que corresponde al artículo 536 del C. de P. P.). Esta es una de las oportunidades en que el inculpado puede aceptar los cargos. De acuerdo con el parágrafo 4° de ese precepto, para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivale a la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004.

Son dos las formas en que se puede surtir el traslado del escrito de acusación: (i) si la Fiscalía no va a solicitar la imposición de medida de aseguramiento, cita a su despacho al indiciado, a su defensa técnica y a la víctima, les hace entrega del pliego de cargos y realiza el descubrimiento probatorio, dejando constancia de ello en un acta, suscrita por los intervinientes en la actuación (artículo 13 de la Ley 1826 de 2017); y, (ii) si es procedente la imposición de una medida de aseguramiento, “(...) el Fiscal dará traslado del escrito de acusación al inicio de la audiencia (...)” (artículo 14 ibidem).

Ahora bien, sobre el procedimiento a seguir una vez producida la aceptación de cargos por parte del procesado, el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 (art. 539 del C. de P.P.) indica lo siguiente:

[...]

El análisis de la disposición transcrita permite concluir que no es acertada la consideración del tribunal atinente a que el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 regula íntegramente la aceptación de cargos en el procedimiento especial abreviado, porque lo que claramente se constata a partir de su lectura es que solamente regula esa situación en dos hipótesis: (i) cuando el indiciado acepta los cargos al momento de surtirse el traslado del escrito de acusación en el despacho del Fiscal, en los casos en los que no se contempla la posibilidad de solicitar la imposición de medida de aseguramiento; y, (ii) cuando después de trasladado el escrito de acusación, actuación cumplida bien sea en el despacho del Fiscal o en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, el procesado voluntariamente decide contactar al Fiscal en cualquier momento previo a la audiencia concentrada con el fin de aceptar los cargos.

El artículo en comento no regula lo que ocurre cuando la aceptación de cargos se produce: (i) en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento; (ii) en la audiencia concentrada; y, (iii) en la audiencia de juicio oral. Tan cierto es ello, que de las dos últimas eventualidades se ocupan los artículos 19 y 21 de la Ley 1826 de 2017 (artículos 542 y 544 del C. de P.P.).

El primero de tales cánones establece que una vez instalada la audiencia concentrada el juez procederá a: “1. Interrogar al indiciado sobre su voluntad de aceptar los cargos formulados y verificará que su contestación sea libre, voluntaria e informada (...)”. El segundo, remite a la regulación de la Ley 906 de 2004: “El trámite del juicio oral, seguirá las reglas establecidas en el Título IV del Libro III de este Código (...)”, lo cual implica reenviar a lo normado por el artículo 368 del C. de P.P.: “De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. (...)”.

Tampoco es acertado el planteamiento que sirve de base a la tesis expuesta por la juez de conocimiento, esto es, que existe un conflicto entre las reglas de los artículos 131 de la Ley 906 de 2004 y 16 de la Ley 1826 de 2017, y que el mismo debe solucionarse en favor del segundo, por virtud del criterio de especialidad.

Lo anterior, debido a que para que exista una antinomia es necesario que dos disposiciones que tienen un mismo ámbito de aplicación sean incompatibles, por proporcionar soluciones contrarias o contradictorias, de manera tal que al

acatarse una necesariamente se debe desobedecer la otra.

Las reglas que se examinan en este caso no se repelen mutuamente, porque su sentido es en parte coincidente y en parte diferente, pero sin que exista incompatibilidad. En efecto, mientras el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 le dicta al juez qué hacer en caso de allanamiento a los cargos, esto es, “(...) que verifique la validez de la aceptación (...)”, lo mismo que dictan los artículos 19-1 ibidem (“... verificará que su contestación sea libre, voluntaria e informada ...”), y 368 del C. de P. P., por remisión del artículo 21 de la Ley 1826 de 2017 (“... el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor ...”), el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, además de ratificarle que debe “(...) verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa (...)”, le indica cómo hacerlo: “(...) para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”.

Como se aprecia, las reglas citadas en realidad resultan ser complementarias, lo cual no es de extrañar, pues, hacen parte de un mismo estatuto (el Código de Procedimiento Penal) y de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1826 de 2017: “En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por el procedimiento descrito en este Título, se aplicará lo dispuesto por este Código y el Código Penal”.

Es más, en sentido opuesto a la tesis de la jueza de conocimiento, en este concreto caso el precepto que debió tener aplicación, por parte de la juez de garantías, si la actuación se hubiera cumplido de acuerdo con lo previsto en la ley, era, precisamente el del artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 14 de la Ley 1826 de 2017 (537 del C. de P. P.) es claro en indicar que: “En los eventos en los que resulte procedente la imposición de una medida de aseguramiento, el Fiscal dará traslado del escrito de acusación al inicio de la audiencia, acto seguido se procederá de conformidad con lo previsto en los artículos 306 y siguientes de este Código” (se subraya). Así se indicó desde la propia exposición de motivos del proyecto de ley: “(...) si se trata de una audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, deberá citarse al investigado y en la misma audiencia se le comunicarán previamente los hechos y los cargos por los cuales está siendo investigado”. (Gaceta del Congreso N°591 del 12 de agosto de 2015, página 18. Se subraya).

En este proceso, por el contrario, como quedó anotado en la reseña de la actuación procesal relevante, el traslado del escrito de acusación no se produjo dentro de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, sino fuera de ella. El acta correspondiente no da cuenta del lugar, de la fecha ni de la hora. La juez de garantías, luego de declarar legal el procedimiento de aprehensión del menor, le pidió a la Fiscal que le informara lo ocurrido con el traslado del escrito de acusación y luego de ello dio apertura a la audiencia para la petición de medida de internamiento preventivo.

Claramente, el sentido del artículo 14 de la Ley 1826 de 2017, es que, cuando la Fiscalía tenga presupuestado solicitar la imposición de medida de aseguramiento, el traslado del escrito de acusación se surta dentro de dicha audiencia, en presencia del juez de garantías, para que éste le dé cumplimiento al mandato del artículo 131 de la Ley 906 de 2004. Es evidente que, como la Ley 1826 de 2017 no regula la actuación a cumplir por el juez cuando el traslado del escrito de acusación se hace al inicio de la audiencia de petición de medida de aseguramiento, la norma que colma ese vacío no es otra que la del artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

No obstante, esa irregular actuación podía ser subsanada con la verificación que adelantara la jueza de conocimiento, pero como ella se rehusó a aplicar el artículo 131 mencionado, que tiene como destinatarios tanto al juez de garantías como al de conocimiento, es indudable que existe un vicio sustancial en la actuación procesal, tanto de estructura, porque se dictó sentencia sin que se hubiera realizado el acto procesal que le daba fundamento a esta sin la previa celebración

de un juicio, esto es, la verificación del allanamiento a cargos, como de garantía, porque esa vigilancia del respeto de los derechos del procesado no se llevó a cabo.

Otro argumento del tribunal que no es de recibo, es el que señala a la Fiscal, a la defensora del procesado y a la defensora de familia, como avalistas de los derechos y garantías del adolescente, porque ya se ha visto cómo el único garante de estos es el juez, bien sea de garantías o de conocimiento. Además, a las audiencias de imputación, en el procedimiento de la Ley 906 de 2004 y de la Ley 1098 de 2006, también concurren esa parte e intervinientes, incluido el agente del Ministerio Público, y ello no está previsto como motivo para excusar la aplicación del artículo 131 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, el adolescente debía estar presente en la audiencia de verificación del allanamiento, por ser el principal interesado, ya que con ese instituto se le posibilita su participación en la resolución de su caso y, además, se le otorgan beneficios.

Se configura, por tanto, una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa del adolescente HMCF, que da lugar a que se case la sentencia impugnada y se declare la nulidad de lo actuado a partir del momento de la audiencia de imposición de sanción del 15 de febrero de 2021 en el que la jueza de conocimiento declaró que ésta se podía llevar a cabo sin la presencia del adolescente, para que rehaga la actuación con la presencia del procesado.

Inicio

24. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Estipulaciones probatorias: características
/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Estipulaciones probatorias: implican la renuncia a presentar pruebas frente a uno o varios aspectos fácticos en particular
/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Estipulaciones probatorias: control por parte del juez, implica el ejercicio de labores de dirección necesarias para aclarar su sentido y alcance **/ SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, no puede comprender la responsabilidad penal

Al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de M.E.G.P. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de la misma ciudad, que declaró al acusado penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado y de fabricación, tráfico, porte y tenencia de arma de fuego agravado, en calidad de coautor, la Corte casó la sentencia impugnada, y declaró la nulidad de lo actuado a partir de la presentación de las estipulaciones probatorias de las partes.

Lo anterior por cuanto, la aprobación de las estipulaciones probatorias acordadas afectó los derechos al debido proceso y de defensa, en tanto estuvieron orientadas a asegurar el sentido

absolutorio del fallo y a prescindir de la fase probatoria del juicio, con abierto desconocimiento de su estructura, fines y objeto.

Para el efecto, la Sala explicó el concepto, las características, el alcance y los límites de las estipulaciones probatorias, al igual que las facultades de control que el Juez tiene sobre el acuerdo al que las partes lleguen respecto de estas.

SP1960-2022(49981) de 01/06/2022

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En horas de la mañana del 12 de agosto de 2015, cuando dos técnicos del Consorcio C & C instalaban el servicio de gas domiciliario en la residencia de los compañeros permanentes D.A.A.C. y M.E.G.P., se presentó una discusión entre estos y la moradora de la casa contigua, pues ésta increpó a los obreros por los golpes que generaba la instalación del servicio de gas.

2. Aproximadamente, dos horas después de las mutuas agresiones verbales, J.F.E.R., se ubicó al frente de su casa y desde allí le reclamó a M.E.G.P. por la injuria a su madre. Este salió de su domicilio para responder la provocación de su vecino. Fue entonces cuando pasaron de la agresión verbal a la física y terminaron dándose golpes en un taller de motos ubicado en el primer piso de la casa de J.F.E.R.

3. Cuando los vecinos estaban agrediendo mutuamente, D.A.A.C., la compañera de M.E.G.P., llamó a 'C', su sobrino, para que le ayudara en la defensa de su pareja.

4. C.H.R.A., nombre de pila de 'C', efectivamente se presentó a la escena, pero inmediatamente se devolvió para su casa ubicada a unos 15 metros de allí y regresó con un arma de fuego. En el lugar increpó a J.F.E.R., rememorando la discusión que tuvieron semanas antes por el asunto del parqueo de un carro en la vía pública cerca de su casa.

5. Minutos después de la pelea en el taller, cuando J.F.E.R., optó por dirigirse a la casa de un amigo, para lo cual debía cruzar la calle y subir unas escalas, recibió un impacto de bala del arma que tenía 'C' en su poder, por ello, y tratando de salvaguardar su vida, se lanzó por un barranco adyacente a las escalas y terminó en la vía pública donde vecinos y conocidos lo llevaron

al centro asistencial del barrio donde llegó sin signos vitales.

6. Por estos hechos fueron capturados ese mismo día C.H.R.A. y M.E.G.P.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: características / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, uno o varios hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, uno o varios hechos indicadores / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, uno o varios aspectos de la autenticación de una evidencia física o un documento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: implican la renuncia a presentar pruebas frente a uno o varios aspectos fácticos en particular / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: deben expresarse con total claridad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: acto de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: control por parte del juez, implica el ejercicio de labores de dirección necesarias para aclarar su sentido y alcance / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: ilegales, el juez debe analizar su trascendencia para decidir si es necesaria la anulación del proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: ilegales, vicios que pueden presentarse, falta de claridad o ambigüedad

«Por definición legal, las estipulaciones probatorias son “los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”, (parágrafo del artículo 356 del C.P.P.). Sobre su naturaleza, objeto, contenidos, implicaciones y control judicial, la Sala ha hechos las siguientes precisiones:

(i) Son actos procesales bilaterales de las partes que deben versar sobre los supuestos fácticos de la acusación y la hipótesis de descargo propuesta por la defensa, es decir, el tema de prueba. Por tanto, podrán referirse a: i) los hechos jurídicamente relevantes, ii) los hechos indicadores y, iii) los referentes fácticos de la autenticación de las evidencias físicas o documentos (CSJ SP, 5 jul. 2017, rad. 44932).

(ii) El acuerdo probatorio implica una renuncia a presentar pruebas en orden a demostrar un hecho que puede resultar importante para las partes, por ello, la estipulación debe ser postulada en términos claros y precisos, que permitan establecer cuál supuesto fáctico del tema de prueba será sustraído del debate. De ahí que las partes no puedan retractarse de lo convenido, pues al hacerlo, su contraparte no tendría otra oportunidad procesal para solicitar los medios de prueba encaminados a demostrar el hecho acordado.

(iii) Las partes deben manifestar al juez de conocimiento su interés en acordarlas, quien solo podrá autorizar las estipulaciones sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva. Sin embargo, aunque la validez de la estipulación esté supeditada a la aprobación judicial, corresponde a las partes convenirlas en virtud del carácter adversativo del sistema y la ausencia de iniciativa probatoria del juez.

(iv) Es función del juez verificar que las estipulaciones: (a) se refieran a hechos concretos y no a pruebas, (b) estén formuladas en términos comprensibles y sin ambigüedades, (c) no desvirtúen la acusación, (d) no impliquen aceptación ni exención de la responsabilidad, ni renuncia de derechos fundamentales -como a la no autoincriminación-, (e) no impliquen renuncia o extinción de la acción penal, (f) no constituyan una valoración jurídica.

(v) Del cumplimiento de las condiciones referidas en el ordinal anterior, dependerá la legalidad del convenio probatorio. Le corresponde al juez intervenir para que las partes precisen el contenido de las estipulaciones, evitando que por oscuras e indeterminadas susciten controversia u obstaculicen la labor judicial al momento de proferir la decisión, así como la continuidad del proceso.

(vi) Si la estipulación probatoria se realiza con sujeción a los lineamientos previstos por la ley y se resuelve su aprobación, será vinculante para las partes y el juez. Por ello, tanto el defensor como la Fiscalía, deberán abstenerse de realizar solicitudes probatorias encaminadas a demostrar hechos amparados por el acuerdo probatorio. El juez inadmitirá las que se realicen con esa finalidad y deberá tener por demostrados los supuestos fácticos que hayan sido debidamente estipulados.

(vii) Por el contrario, si la estipulación probatoria se realiza sin el cumplimiento de esos

presupuestos, deviene ilegal, dado que puede afectar la estructura del proceso, en cuanto a la determinación de las pruebas que serán decretadas y practicadas en juicio, así como en la decisión que el juez adoptará al momento de valorar el acervo probatorio (CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 50696 y CSJ SP, 27 abr. 2022, rad. 56252, entre otras.).

A partir de estas directrices, la Sala entrará a estudiar, frente a lo ocurrido en el caso concreto, la validez de los cuestionamientos presentados por el recurrente a la decisión de la defensa y la fiscalía de renunciar a la práctica de pruebas amparados en una estipulación que se considera ilegal».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, no puede comprender la responsabilidad penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: ilegales, el juez debe analizar su trascendencia para decidir si es necesaria la anulación del proceso / **DERECHO DE DEFENSA** - Se vulnera: cuando el juez avala una estipulación probatoria ilegal / **DEBIDO PROCESO** - Se vulnera: cuando el juez avala una estipulación probatoria ilegal / **NULIDAD** - Se configura

«La Fiscalía acusó a MEGP como coautor de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte y tenencia de arma de fuego agravado, [...]».

Como se puede apreciar, la Fiscalía precisó que quien disparó el arma de fuego contra JFER fue CHRA, pero acusó también como coautor a MEGP, quien lo acompañaba en ese mismo momento, teniendo como móvil el enfrentamiento previo que se presentó con la víctima. No se menciona en la acusación ninguna otra intervención del procesado.

4.3. Confrontado el contenido de la acusación, la Sala encuentra que las partes, al convenir en la estipulación número 12, declarar probado «que el acusado se encontraba al interior de su residencia en el momento en que el [...] disparó contra J», negaron los fundamentos fácticos de la acusación, pues de los hechos jurídicamente relevantes hacía parte la afirmación de que MEGP «acompañaba» al coprocesado cuando se presentaron los disparos.

Adicionalmente a esto, terminaron estipulando la ausencia de responsabilidad del procesado en los hechos, pues si se encontraba en un sitio distinto del lugar de comisión del delito, la consecuencia

que se sigue es que no podía ser coautor del homicidio ni del porte de armas. Se recuerda que la Fiscalía acusó a MEGP como coautor de estos dos delitos, sustentada en que «acompañaba» al coprocesado CHRA cuando éste accionó el arma de fuego contra JFER.

Esta estipulación contraviene varias reglas de imprescindible observancia en la realización de las estipulaciones probatorias, pues, (i) niega los hechos jurídicamente relevantes de la acusación (que el procesado acompañaba al autor material del hecho), (ii) recayó sobre un aspecto que era objeto de abierta controversia en el proceso, y (iii) exime de toda responsabilidad al procesado, resultando, por tanto, abiertamente ilegal.

[...]

En la sentencia de primera instancia, la juez de conocimiento consideró que la pretensión de la defensa y la fiscalía de que se admitiera como hecho cierto e irrefutable que el procesado se hallaba en su residencia cuando ocurrieron los hechos, resultaba inaceptable, puesto que en el juicio había quedado demostrado con los testimonios solicitados por el apoderado de las víctimas, que los coacusados corrieron detrás de JFER y solo dejaron de perseguirlo por la intervención de los vecinos, cuando ya estaba herido.

[...]

Consecuente con sus argumentaciones, condenó al acusado MEGP a la pena principal de 412 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, como coautor responsable de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, negándole la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En la sentencia de segunda instancia, el Tribunal, como lo cita el recurrente, también cuestionó la manera como se celebraron las estipulaciones, reprochó que el fiscal hubiera renunciado al esclarecimiento de los hechos y le hubiera dado credibilidad únicamente a la versión de las personas entrevistadas por la defensa, para, finalmente, ordenar compulsar copias de la actuación ante los Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior y la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

Podría razonablemente sostenerse que la irregular aprobación de la estipulación número

12 quedó superada con la decisión de los juzgadores de no acatar sus contenidos, y de resolver el asunto de cara a la prueba aportada al juicio, concretamente de los testimonios solicitados por el apoderado de las víctimas.

Sin embargo, es claro que, a raíz de la aprobación de la estipulación, la defensa y la fiscalía renunciaron a la práctica de pruebas en el juicio, en el entendido que el debate probatorio ya no sería necesario, toda vez que el fundamento fáctico de la acusación había quedado desvirtuado al estipularse como hecho cierto que MEGP se encontraba en su residencia cuando CHRA disparó en contra de JFER.

Esto condujo a que la defensa se abstuviera de solicitar la práctica de los testimonios de descargos de LAVB, KJBA, MAMC, EAVH, ELOG, DAA y el coacusado CHRA, ya descubiertos y anunciados en el curso de la diligencia.

De acuerdo con los documentos aportados como soporte de la estipulación, varias de estas personas dijeron constarle que cuando CHRA disparó el arma de fuego en contra de JFER, el aquí procesado MEGP se encontraba en el interior de su residencia.

Aunque las nulidades no pueden ser invocadas por el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, situación que en este caso sería predicable de la defensa y la fiscalía, es evidente que quien terminó cargando con las consecuencias adversas del acto irregular fue el procesado, puesto que se quedó sin la posibilidad de presentar pruebas orientadas a controvertir los hechos de la acusación y sin la oportunidad de que los juzgadores pudieran analizarlos frente a las pruebas de cargo.

De allí que le asista razón al casacionista cuando sostiene que la fiscalía, la defensa y la juez, desde sus roles y competencias, nada hicieron en orden a proteger los derechos de MEGP, y que muestra de ello es que resultó condenado sin que se practicara una sola prueba orientada a demostrar su teoría del caso, no obstante haber sido descubiertas y enunciadas en el curso del proceso.

Es de precisar que la aprobación de ese acuerdo probatorio irregular no solo afectó el derecho de defensa, sino también el debido proceso. El recuento procesal realizado muestra que las estipulaciones probatorias acordadas por las partes estuvieron orientadas a asegurar el sentido absolutorio del fallo y a prescindir de la

fase probatoria del juicio, con abierto desconocimiento de su estructura, fines y objeto.

Esto condujo a que la fiscalía renunciara al ejercicio de la función probatoria y se abstuviera de presentar teoría del caso, y que los intervinientes especiales (Procuraduría y representante de víctimas) debieran asumir el ejercicio de estas funciones, trastocándose de esta manera los roles que la Constitución Nacional y la normatividad legal imponen

cumplir al órgano acusador, al igual que los fundamentos del proceso penal.

Por estas razones, la Sala declarará la nulidad de lo actuado a partir de la presentación de las estipulaciones probatorias de las partes, inclusive, realizada en la sesión de audiencia preparatoria del día 14 de diciembre de 2015. El descubrimiento y la enunciación probatoria de las partes e intervinientes se mantiene sin modificaciones».

Inicio

25. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Nulidad: improcedencia cuando se invoca sobre un acto de parte / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Providencias judiciales: clases, órdenes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: contra las órdenes adoptadas en el desarrollo de las audiencias, improcedencia

Al resolver la apelación interpuesta por el defensor de los imputados contra el auto por cuyo medio la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta negó la nulidad planteada a partir de la audiencia de formulación de imputación, la Corte analizó la inconducencia de esa solicitud, en tanto se dirigió contra un acto procesal de parte como es la imputación.

Igualmente se abstuvo de desatar el recurso, en cuanto se promovió contra una orden de rechazo de plano, decisión respecto de la cual no es procedente, previendo al Tribunal para que evite dilaciones injustificadas y aplique los poderes de dirección y de corrección que le corresponden.

AP1128-2022(61004) de 16/03/2022

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia de tutela proferida el 1º de julio de 2014, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Santa Marta resolvió, entre otras determinaciones, compulsar copias contra los titulares de los Juzgados Primero Promiscuo

Municipal y Promiscuo del Circuito de Pivijay (Magdalena).

2. En audiencia adelantada el 21 de julio de 2020 ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Marta, la Fiscalía formuló imputación contra J.C.B.P. y O.A.S.V., quienes se desempeñaban, para el momento de los hechos, como Jueces Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo del Circuito de Pivijay (Magdalena), respectivamente, como posibles responsables del delito de *prevaricato por acción agravado* en concurso con tentativa de *peculado por apropiación en favor de terceros* agravado por razón de la cuantía.

3. El escrito de acusación fue presentado el 17 de septiembre de 2020. Tras diversos aplazamientos, el Tribunal Superior de Santa Marta dio inicio a la correspondiente audiencia el 6 de septiembre de 2021, dentro de la cual, la defensa de los procesados postuló la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, con el argumento de que la delegada fiscal no fue clara al delimitar los componentes fáctico y jurídico de la imputación, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar que justifican la adecuación típica de los comportamientos que les endilga a sus prohijados. También reprochó que el juez a cuyo cargo estuvo la diligencia no cumplió la tarea de «*corroborar probatoriamente*» las imputaciones fáctica y jurídica, ni se permitió a la defensa increpar su contenido

4. En sesión del 15 de octubre de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta decidió negar la solicitud de nulidad planteada por la defensa

5. Inconforme con la decisión del Tribunal, el defensor interpuso recurso de apelación en su contra.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: acto de parte / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: juicio de imputación, le fue constitucionalmente asignado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: no está sometida a control material del juez, sin perjuicio de que pueda velar por el cumplimiento de los requisitos formales de ley / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: el investigado no está facultado para solicitarla / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: juicio de acusación, no está sometido a control material del juez / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: control por el juez, implica el ejercicio de labores de dirección orientadas a que contenga los elementos previstos en la ley y especialmente la hipótesis

La petición de nulidad formulada, en esos términos, se advierte manifiestamente inconducente, pues es claro que se dirige contra un acto procesal de parte como es la imputación, pero aquella medida extrema - la nulidad del trámite - solo procede contra las actuaciones de los funcionarios judiciales, como advirtió la Sala en CSJ AP5563 - 2016

[...]

Y la Fiscalía, como consecuencia de las reformas introducidas en el contexto de la Ley 906 de 2004, es «parte» dentro del proceso penal, pues:

(i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación ; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial pasó a ser una pretensión ; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías (ídem).

Desde esa perspectiva, la pretensión de nulidad resulta improcedente, no solo porque se dirige contra la imputación como acto de parte de la Fiscalía, sino en razón a que, además, se edifica sobre la base de criticar los fundamentos fácticos y jurídicos del juicio de imputación, dejando de lado que aquellos aspectos son incontrovertibles antes del juicio oral.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Nulidad: improcedencia cuando se invoca sobre un acto de parte / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes,

mediante el rechazo de plano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Providencias judiciales: clases, órdenes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: contra las órdenes adoptadas en el desarrollo de las audiencias, improcedencia

[...] en el caso concreto, el apelante, bajo el disfraz de un supuesto desconocimiento de los derechos al debido proceso y defensa de sus asistidos, soportó la pretensión invalidatoria echando de menos un control material de la imputación como acto de parte que mal podría haber llevado a cabo el juez de control de garantías en la audiencia de imputación. Así se observa de los argumentos que soportan la nulidad pretendida, pues todos están orientados a corregir la calificación fáctica y jurídica del acto adelantado por la Fiscalía, con base en la percepción que para el defensor ostentan, tanto las decisiones emitidas por sus defendidos, como otros medios de convicción que ampliamente reseñó.

Ante actuaciones de esa naturaleza, esto es, aquellas que resultan ostensiblemente infundadas e inconducentes, no es potestativo, sino obligatorio que el juez, en su condición de director del proceso, con sujeción al contenido artículo 139 - 1 del Código de Procedimiento Penal, disponga su rechazo de plano bajo una orden no susceptible de recursos, pues claramente tienden a entorpecer la actuación.

Debió entonces el Tribunal proceder de esa manera desde el inicio mismo de la sustentación de la solicitud de nulidad postulada por la defensa que, tras mencionar que la imputación fue «ambigua, incierta e indeterminada» y dejar de lado las razones de tal aseveración, procedió, en contraste, a reprochar que la delegada fiscal no corroborara probatoriamente la calificación fáctica y jurídica de la imputación y obviara las motivaciones de la sentencia por cuyo medio la Corte Constitucional revisó las decisiones de tutela emitidas por sus defendidos, entre otros motivos bajo los cuales, realmente, sustentó la nulidad.

La omisión de la Colegiatura de primer grado, en cuanto debió aplicar oportunamente aquel correctivo judicial, terminó dilatando el proceso, si se considera, no solo la suspensión de la audiencia por poco más de un mes calendario que le llevó a esa Colegiatura el resolver la infundada petición (del 6 de septiembre al 15 de octubre de 2021) sino también la que se ha ocasionado desde que se concedió el recurso de apelación hasta la fecha actual.

Por tales motivos, insiste la Corte en esta oportunidad, en el deber de evitar las maniobras dilatorias (art. 139 de la Ley 906 de 2004) y de

garantizar la eficacia del ejercicio de la justicia (art. 10 ejusdem).

No puede dejarse de lado tampoco que, aunque el Tribunal dio trámite a la solicitud de nulidad formulada por el defensor y la resolvió bajo la forma de un auto respecto del cual es viable el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 177 - 3 del Código de Procedimiento

Penal, como en efecto se procedió, en verdad la absoluta improcedencia y falta de fundamento de la petición invalidatoria no puede mutar la naturaleza de la única consecuencia jurídica válida que, como ya se anunció, es la de una orden de rechazo de plano contra la que, obviamente, no procede recurso alguno (cfr., en similar sentido, CSJ AP5563 - 2016).

Inicio

- 26. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**
Reconstrucción de expediente: Ley 906 de 2004: no prevé un mecanismo para realizarlo / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no se configura, por la pérdida del expediente / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no todo extravío o destrucción del expediente supone una privación ilegal de la libertad

Al resolver la impugnación interpuesta contra la providencia mediante la cual un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Córdoba, negó por improcedente la acción constitucional de habeas corpus presentada por el ciudadano M.A.V.A., la Sala concluyó que la pérdida del expediente no convierte en ilegal la privación de libertad, sino que, lo adecuado es proceder a su reconstrucción, razón por la cual confirmó la decisión de primera instancia.

AHP927-2022(61176) de 10/03/2022

Magistrado Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 8 de mayo de 2018, M.A.V.A. fue capturado y puesto a disposición del Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Montelíbano, Córdoba, por hechos relacionados con el hurto de una motocicleta.
2. Durante los días 9 y 10 de mayo de 2018, ante tal autoridad judicial se legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario
3. El 11 de mayo de 2018, la Fiscalía 14 Local de Montelíbano radicó escrito de acusación

con aceptación de cargos por la conducta punible de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240-1, 241-10 del Código Penal), con el fin de que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba programara audiencia de “verificación de allanamiento y sentencia”.

5. Según la Fiscalía, dicha vista pública fue celebrada el 24 de junio de 2020. Aunque se avaló la aceptación de cargos del señor V.A., no se cuenta con documento, audio, videoconferencia o cualquier otro registro de la sentencia.

6. Desde el 11 de mayo de 2018 el procesado se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario Las Mercedes de Montería INPEC- EPMS, y su situación jurídica es la de sindicado a disposición del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano.

7. M.A.V.A. promovió la acción de hábeas corpus al considerar que la privación de su libertad se está prolongando injustamente. Adujo que está privado de la libertad desde el 8 de mayo de 2018, y que a pesar de haber sido condenado, no fue notificado de su sentencia. Ha solicitado la libertad por pena cumplida a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería sin éxito, porque no aparece el expediente para dar trámite a su petición.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Reconstrucción de expediente: Ley 906 de 2004: no prevé un mecanismo para realizarlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**
Reconstrucción de expediente: aplicación del principio de integración/ **RECONSTRUCCIÓN DE EXPEDIENTE** - Actuación con detenido: quienes estuvieren privados de la libertad, continuarán en tal situación con fundamento en la providencia que así lo hubiera dispuesto / **RECONSTRUCCIÓN DE EXPEDIENTE -**
Excarcelación: término para conceder la libertad

de quien está privado de ella, en un proceso que se debe reconstruir / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no se configura, por la pérdida del expediente / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no todo extravío o destrucción del expediente supone una privación ilegal de la libertad

«[...]

Frente a este particular, la Ley 906 de 2004 no prevé un mecanismo de reconstrucción de expedientes, sino que en virtud del principio de integración contenido en el artículo 25 de dicho estatuto procesal, se mantienen vigentes los artículos 155 y siguientes de la Ley 600 de 2000, que establecen el trámite a seguir para dicha actividad.

En cualquier caso, la pérdida del expediente no convierte en ilegal la privación de libertad, tanto así, que el mismo artículo 159 de la Ley 600 de 2000, refiere que quienes estuvieren privados de la libertad, continuarán en tal situación con fundamento en la providencia que así lo hubiera dispuesto, y el artículo 160 contempla un término para conceder la libertad de quien está privado de ella, en desarrollo de un proceso que debe ser reconstruido.

Ante la imposibilidad de reconstruir el expediente parcial o totalmente, los procesos deberán ser reiniciados o continuados según el caso, bien sea de manera oficiosa o a petición de alguno de los sujetos procesales -art. 158 ibídem-.

En el caso concreto, se evidencia una pérdida del expediente, pues el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montelíbano - Córdoba- no encontró la sentencia que al parecer había definido la situación jurídica del accionante MAVA. Ni la Fiscalía ni la defensa conocen esa decisión, y la primera sólo allegó algunos documentos que conforman la actuación.

Ante esta circunstancia, y sobre todo a la indeterminación de la situación jurídica del señor VA, lo procedente es una reconstrucción del expediente. Con la información allegada a este trámite no es posible establecer con certeza si efectivamente se emitió una sentencia jurídicamente válida y lo que se resolvió.

Hasta ahora, lo cierto es que si existe una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario que continúa vigente, conforme a la respuesta del INPEC. En virtud de ello, por integración sería aplicable el artículo 159 de la Ley 600 de 2000. Así, la privación de la libertad del señor VA es legal.

En el caso hipotético de ordenar la libertad, la situación jurídica del accionante continuaría indefinida, hecho que transgrede el derecho al debido proceso y a una administración de justicia pronta y eficaz. En tal sentido, la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería resulta razonable porque al ordenar se convoque a audiencia de verificación de allanamiento e individualización de pena, se busca obtener una sentencia con una decisión que en un sentido u otro permita definir la situación del accionante.

[...]

Como no todo extravío o destrucción del expediente supone una privación ilegal de la libertad, y en este caso ya se están tomando medidas para atender las irregularidades en el proceso penal al que se encuentra vinculado el señor MAVA, en aras de garantizar no sólo seguridad jurídica sino también la protección a los derechos al debido proceso y a una administración de justicia pronta y eficaz, para esta Magistrada no resulta procedente la protección de hábeas corpus demandada.

COMPULSACIÓN DE COPIAS - Procedencia / **COMPULSACIÓN DE COPIAS** - Comisión Seccional de Disciplina judicial: para que investigue por presuntas faltas disciplinarias cometidas

«[...] es evidente la irregularidad en la que incurrieron los funcionarios públicos que conocieron de la actuación. Pasados casi dos años de supuestamente haberse dictado la sentencia, ni de oficio ni a petición de parte se buscó la reconstrucción del expediente o tener certeza del resultado del proceso. En razón de ello, se confirma la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba de compulsar copias ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de ese departamento».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317

