



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2022

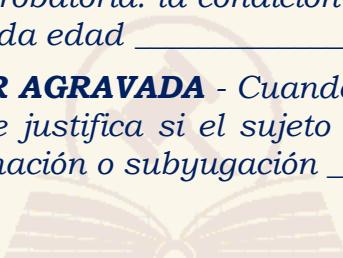
Julio a Septiembre de 2022

Este extracto trimestral contiene providencias relevantes que fueron publicadas en el boletín jurisprudencial. Tiene carácter informativo, por lo que se recomienda revisar directamente las providencias en:
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

ÍNDICE TEMÁTICO

1. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - Prescripción	3
2. AGENTE PROVOCADOR - Requisitos	9
3. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Deben aparecer en la resolución de acusación tanto las genéricas como las específicas fáctica y jurídicamente	12
4. CONCIERTO PARA DELINQUIR - Diferente a la coautoría en la comisión de cualquier delito	16
5. CONCUSIÓN - Elementos: abuso del cargo o de la función	23
6. DAÑO INFORMÁTICO - Elementos: verbos rectores, borrar, diferente a eliminar	29
7. DEMANDA DE CASACIÓN - Legitimidad para presentarla: el abogado de apoyo no está legitimado	32
8. ENFOQUE DE GÉNERO - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito	37
9. ESTAFADA - Delito masa: la cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas	48
10. ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES - Elementos: no exige su ejecución en un lugar de comercio destinado a tal fin	52
11. FRAUDE PROCESAL - Término de prescripción: se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto	56
12. HURTO CALIFICADO - No es delito querellable	59
13. JUSTICIA TRANSICIONAL - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, no se aplican de manera inmediata sino que deben de cumplirse los requisitos (leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005)	66

14. LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados	72
15. LEY 782 DE 2002 - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, imposibilidad de investigar nuevamente por los mismos hechos	80
16. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, por regla general cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional	83
17. LIBERTAD CONDICIONAL - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal	85
18. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Detención preventiva: pierde vigencia a partir de la emisión del sentido de fallo	90
19. PENA - Principios	93
20. PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), explicación	99
21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo: posibilidad de anulación en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez	108
22. TESTIMONIO - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona con avanzada edad	111
23. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA - Cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación	121





Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2022

Julio a Septiembre de 2022

Este extracto trimestral contiene providencias relevantes que fueron publicadas en el boletín jurisprudencial. Tiene carácter informativo, por lo que se recomienda revisar directamente las providencias en:
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Inicio

1. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - Prescripción / ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -
Agravado: prescripción / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: víctima, en delitos propios de cometerse en privado, delitos sexuales / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR** - Se configura: evento en que el sujeto activo aprovechó su condición de líder espiritual / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: desarrolla respuestas emocionales diferentes / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: se configura, cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza

Al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.A.P., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual confirmó con modificaciones la condena emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, declarándolo responsable de los delitos de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, ambos en concurso homogéneo y sucesivo, la Corte Suprema de Justicia concluyó que, las críticas expresadas por el demandante son infundadas.

En consecuencia, la Sala no casó la sentencia impugnada, al encontrar que, el *ad quem* no vulneró el principio de congruencia, ya que, no desbordó el marco fáctico fijado por la Fiscalía, ni en la imputación, ni en la acusación, y tampoco

se configuró la prescripción de la acción penal para los delitos por lo que fue condenado.

Además, la Corte no advirtió error en la valoración probatoria efectuada en segunda instancia, ya que, analizados los testimonios recaudados, especialmente el de las víctimas, es acertado afirmar que el procesado desplegó una serie de técnicas de control que colocaron en incapacidad de resistir a A.M.G.A. para accederla carnalmente. Y tampoco, existen elementos que permitan demeritar la credibilidad del testimonio de B.P.A.; pues de manera precisa detalló y circunstanció los tres eventos en los que A.A.P. realizó tocamientos de contenido erótico-sexual.

Al respecto, la Sala clarificó la forma cómo deben valorarse las declaraciones de las víctimas de delitos sexuales, puntualizando que estas pueden tener respuestas emocionales diferentes, sin que ello demerite el valor probatorio de su dicho.

SP2211-2022(54304) de 29/06/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En el año 1997, M.F.A. acudió con sus hijas A.M.G.A. y B.P.A., de 10 y 4 años, respectivamente, a la iglesia Cristiana H, ubicada en la ciudad de Cali (Valle del Cauca), en la que A.A.P. era pastor.
2. Dada la buena relación que se forjó entre M.F.A. y el pastor A.A.P., las dos familias compartieron vivienda desde 1998, aproximadamente. Los costos de sostenimiento del hogar y las necesidades de sus integrantes,

incluidos los gastos educativos, fueron asumidos por el pastor, quien además tomaba las decisiones importantes en el hogar.

3. A partir del año 2003, M.F.A. y sus hijas se mudaron a una casa cercana a la del pastor, pero el vínculo existente entre las dos familias se mantuvo intacto; al paso que A.M.G.A. y B.P.A., frecuentaban el hogar del pastor y las dos familias compartieron paseos, fiestas y almuerzos, cuyos gastos eran sufragados integralmente por A.A.P., quien para esa fecha ya había sido ascendido al grado de «apóstol». Además, las menores se vincularon con la iglesia, por medio de clases dominicales, la escuela bíblica, el ministerio musical y el grupo de jóvenes, por lo que pasaban gran parte de su tiempo allí.

4. Durante todo ese periodo, A.A.P., se convirtió en la figura de autoridad del hogar; y en el caso de A.M.G.A., era quien le otorgaba los permisos para salir y autorizaba las personas con las que podía generar amistad. Además, al ser considerado como el «enviado de Dios», no podía ser cuestionado ni contrariado.

5. A.A.P., aprovechó la figura de «apóstol» y «enviado de Dios» de la que estaba investido, así como el sometimiento religioso de A.M.G.A., para realizarle tocamientos en su cuerpo y en la vagina cuando contaba con 13 años. Con el tiempo, y cuando tenía 17 años, los abusos incluyeron penetración vaginal, primero con el dedo y luego con el pene. Prácticas que se extendieron hasta el año 2006, cuando A.M.G.A. contaba ya con 20 años.

6. En el año 2006, el pastor A.A.P., se valió de la figura de autoridad que representaba para B.P.A., quien tenía 12 años, para hablarle de sexo, tocarle sus piernas, comprarle ropa interior seductora y trajes de baño que le hacía modelar.

7. A finales de ese año, A.A.P., conminó a B.P.A. para que se bañara desnuda con la hija de él, a lo que ésta accedió, con el convencimiento de que estaban solas, no obstante, se percató que aquél las estaba espiando.

8. Así mismo, el pastor efectuó tocamientos de carácter libidinoso a B.P.A.; la primera vez, en octubre de 2006, cuando aquélla tenía 12 años. El segundo evento se presentó a los pocos días en la casa del pastor, mientras veían televisión junto con la hija de A.A.P. Y una tercera situación se desarrolló a principios del año 2007, cuando tenía 13 años y estaba en la oficina de A.A.P.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto: garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

- Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia fáctica y personal es absoluta / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia jurídica es relativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

- Principio de congruencia: desconocimiento, pronunciarse en la sentencia sobre cargos no incluidos en la acusación (incongruencia positiva o por exceso) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: desconocimiento, no pronunciarse en la sentencia sobre cargos incluidos en la acusación (incongruencia negativa u omisiva)

«[...] la incongruencia puede presentarse de forma positiva o por exceso, cuando el juez decide más allá de lo delimitado en la acusación, desbordando el marco fáctico o jurídico; y, en forma negativa, omisiva o por defecto, en los eventos en los que el juez omite pronunciarse de forma total o parcial sobre los cargos formulados en la acusación.

Así, es claro que el marco fáctico, cuyo núcleo esencial debe permanecer invariable entre la imputación, acusación y sentencia, demanda de los fiscales una adecuada construcción de los hechos jurídicamente relevantes, pues constituyen el aspecto medular del proceso y delimitan el objeto de la imputación y de la acusación.

En ese sentido, ha sido reiterada la jurisprudencia al señalar que, en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, que determinarán la congruencia fáctica, es imprescindible que:

«(i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación -entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08

Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras».

Empero, sólo la modificación sustancial del núcleo esencial de los hechos jurídicamente atribuidos al procesado puede generar un quebranto al principio de congruencia, pues si de lo que se trata es de evidenciar yerros en su construcción, el problema se relaciona con la violación del debido proceso y el derecho de defensa.

[...]

Si bien, el representante de la Fiscalía generó confusión en la exposición del marco fáctico de la actuación, tanto en la formulación de imputación como en el acto de acusación, al expresar que los hechos objeto del proceso se limitaban a tres episodios ocurridos en julio, octubre y diciembre de 2006, lo cierto es que en su amplia exposición detalló y circunstanció todos los episodios en los que A.M.G.A. fue agredida sexualmente desde que contaba con 15 años (año 2001) y hasta los 20 años (8 de diciembre de 2006) y, no como un acto de contextualización, sino como una verdadera narración de los hechos jurídicamente relevantes que delimitarían el debate probatorio, lo que le permitió a la defensa conocer tales hechos.

En efecto, así lo comprendieron las partes y de acuerdo con ello ejercitaron la actividad probatoria, en donde no sólo se ventilaron los encuentros sexuales sostenidos entre el procesado y A.M.G.A. en julio, octubre y diciembre de 2006, sino que abarcaron las relaciones interpersonales y prácticas sexuales sostenidas entre ellos desde el año 2001, cuando las caricias se convirtieron en accesos carnal, hasta el 8 de diciembre de 2006, cuando se presentó el último acceso carnal».

ACESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – Prescripción / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prescripción: interrupción del término, con la formulación de la imputación / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -** Agravado: prescripción / **PREScripción** - No se configura

«4.3.1 Respecto de los eventos que tuvieron lugar en los años 2001 y 2003, la norma aplicable era el artículo 207 de la Ley 599 de 2000, cuya pena máxima estaba fijada en 180 meses (15 años).

De acuerdo con ello, la acción penal, por los hechos del año 2001, prescribían en 2016 y los

ocurridos en 2003, lo harían en 2018; sin embargo, a voces del inciso 1º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, el término prescriptivo se interrumpió el 15 de septiembre de 2015 con la formulación de imputación, por lo que la acción penal estaba vigente.

Lo que también ocurrió al momento de emitirse el fallo de segunda instancia, pues según lo establece el mismo artículo, a partir de la formulación de imputación, el término se reanudó por la mitad del anterior, esto es, por 90 meses (7 años y 6 meses), el que se cumpliría el 15 de marzo de 2023. Razón por la cual, el reproche del recurrente es infundado.

4.3.2 Frente a los hechos que tuvieron lugar en diciembre de 2006, la norma aplicable era el artículo 207 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 (vigente a partir del 1º de enero de 2005), cuya pena máxima estaba fijada en 270 meses de prisión (22 años y 6 meses).

Y en este caso, como la pena máxima supera los 20 años, el término prescriptivo equivaldría a dicho guarismo, según lo señala el inciso 1º del original artículo 83 de la Ley 599 de 2000; razón por la que la acción penal, antes de formularse imputación prescribe en diciembre de 2026.

Ahora, el inciso 1º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, dispone que con la formulación de imputación se interrumpe la prescripción en la mitad del término previamente indicado, sin que sea superior a 10 años y, como en este caso, tal acto procesal se llevó a cabo el 15 de septiembre de 2015, a partir de esa data se reinició el conteo por 10 años, pues la mitad de la pena máxima señalada para el punible en estudio equivale a 135 meses (11 años y 3 meses). Así las cosas, el Tribunal tenía hasta el 15 de septiembre de 2025 para emitir la sentencia de segunda instancia (acto con el que se suspende el término de prescripción), fecha que aún no ha acaecido.

4.3.3 Igual situación se predica respecto de las conductas de actos sexuales con menor de 14 años agravado, de las que fue víctima B.P.A., pues éstas se focalizaron en tres eventos ocurridos entre octubre de 2006 y comienzos de 2007, por lo que las normas llamadas a regir el caso eran los artículos 209 y 211-2 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sin tener en cuenta el aumento punitivo introducido por la Ley 1236 de 2008, ni la Ley 1154 de 2007 que adicionó el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, pues no estaban vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos.

De ahí que el marco punitivo fijado para la conducta de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en este caso, oscila entre 64 y 135 meses, lo cual arroja un término de prescripción de 11 años y 3 meses; por ello, como los eventos tuvieron lugar entre octubre de 2006 y se extendieron hasta principios de 2007, los primeros hechos prescribirían en enero de 2017, sin embargo, como la audiencia de formulación de imputación se celebró el 15 de septiembre de 2015, con tal acto se interrumpió el término prescriptivo.

Reanudado el conteo, a partir de dicho acto procesal, por la mitad del quantum fijado anteriormente, esto es, 5 años, 7 meses, 15 días, la prescripción tendría lugar el 30 de abril de 2021, no obstante, el fallo de segundo grado fue proferido el 25 de julio de 2018, con lo que es claro que en este caso tampoco acaeció la prescripción.

Así las cosas, el cargo segundo de la demanda instaurada por la defensa de AAP es infundado»

ACESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR

- Incapacidad de resistir: demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: víctima, en delitos propios de cometerse en privado, delitos sexuales / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria, para determinar la credibilidad del relato de la víctima / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, valoración en conjunto con los demás medios probatorios / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - No se configura: no se acreditan los errores de apreciación y valoración en los que incurre el fallador, los cuales recaen sobre el cuerpo fáctico de los medios de prueba /

ACESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR

- Se configura: evento en que el sujeto activo aprovechó su condición de líder espiritual

«[...] en lo que atañe a las críticas referidas al fundamento de la condena emitida en contra de AAP por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, del que fue víctima A.M.G.A., la Sala no encuentra error en el razonamiento del Tribunal ni en las conclusiones probatorias plasmadas en la sentencia cuestionada.

Tal ilicitud se configura cuando el sujeto activo accede carnalmente a una persona colocándola en alguno de estos tres estados: i) en incapacidad de resistir, ii) en estado de inconsciencia o, iii) en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Situaciones que son creadas por

el actor con el propósito de «menoscabar la capacidad de autodeterminación de la víctima ora porque no alcanza a comprender la relación o no tiene capacidad cognitiva para asentir libremente en su realización».

De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, y siguiendo la línea trazada por esta Corporación, en el sujeto pasivo que se encuentra en incapacidad de resistir «su voluntad (...) se halla dominada por la fuerza irresistible o por la insuperable coacción que le ha sido impuesta por el sujeto agresor».

Voluntad doblegada a partir de acciones creadas por el victimario, pues cuando se trata de un estado inmanente al sujeto pasivo, que es aprovechado por el sujeto activo para la satisfacción de sus deseos lúbricos, el legislador previó un escenario diferente [...]

En este caso, la Fiscalía atribuyó a AAP la conducta en comento, por haber colocado a A.M.G.A., en un estado de incapacidad derivado de un sistemático adoctrinamiento religioso, lo que le impidió disponer sobre su libertad e integridad sexual. Y aun cuando el impugnante expresó que tal estado no fue demostrado, lo que arroja la valoración conjunta de la prueba es una realidad diferente.

Reprochó el demandante la ausencia de un examen físico que demostraría la agresión sexual sufrida por A.M.G.A., sin embargo, esta crítica resulta inane si se tiene en cuenta que el último hecho objeto del proceso data del año 2006 y que la denuncia se interpuso en el año 2014, de suerte que ninguna capacidad probatoria idónea tendría un examen físico para determinar, en este caso, la existencia o no de contactos sexuales antiguos.

Además, que no se contara en el debate probatorio con una valoración psicológica cercana a los hechos, no sólo es una exigencia desmedida, si se tiene en cuenta el tardío proceso de revelación que tuvo la víctima, sino que desconoce que en la valoración psicológica efectuada por la psicóloga adscrita a Medicina Legal, CJR fueron valorados aspectos de la personalidad, las condiciones psicosociales en que se desarrollaron las agresiones sexuales y las implicaciones que ello tuvo en la víctima. Todas situaciones que contribuyen en el análisis de los hechos.

Ahora, es cierto que la única prueba que revela las circunstancias temporales, modales y espaciales de cómo se materializaron los hechos, es la versión rendida por A.M.G.A., situación que no es extraña en la práctica judicial, pues esta clase de delitos usualmente se desarrollan en la

clandestinidad, lo que impide contar con abundantes medios de convicción, haciendo imperioso acudir al testimonio de la víctima, el que, en todo caso, ha señalado la Sala , debe ser apreciado conforme con los criterios contenidos en los artículos 380 y 404 del C.P.P., para así hacer una corroboración periférica de los hechos.

En este caso, la valoración conjunta de las pruebas permite extraer datos que contribuyen a otorgar credibilidad al dicho de A.M.G.A., tal como la inexistencia de razones para mentir, pues el inculpado no sólo fue su soporte económico y moral, sino que le brindó dentro de la congregación religiosa un reconocimiento público, por lo que un señalamiento en su contra podría representarle mayor rechazo entre su círculo social y religioso que un verdadero apoyo.

Además, mentir frente a tan graves sindicaciones no sólo representaba para ella una ruptura de su modelo de creencias religiosas sino el distanciamiento, rechazo y señalamiento de toda una congregación, de la que, además, hacía parte su familia, incluida su progenitora, tíos, hermanos y esposo; carga que no se compadece con una supuesta utilidad económica, como indica el recurrente.

Contrario, a lo expuesto por el demandante, el relato de A.M.G.A. sobre los hechos ocurridos desde su adolescencia y hasta cuando cumplió 20 años, fue claro, coherente, detallado y su dicho permaneció invariable en las diferentes salidas procesales, siendo constante en señalar que AAP, quien no sólo era su pastor en la iglesia cristiana, sino una figura en quien confiaba y creía ciegamente, le brindó un espacio de familiaridad y valiéndose de ello y del continuo adoctrinamiento religioso doblegó su voluntad para que permitiera que inicialmente tocara sus partes íntimas, con el tiempo, tales tocamientos evolucionaron a accesos vía vaginal con sus dedos, culminando con la penetración de su pene, hasta volverse una «rutina» , en la que dialogaban, se desvestían y consumaban la relación sexual.

Ahora, que, la práctica sexual no fuera resistida por A.M.G.A., no implica que se tratara de una acción consentida, como pretende establecerlo el recurrente, pues un detallado análisis de los hechos precedentes indica que A.M.G.A., se encontraba en un estado de vulnerabilidad, producto de un sometimiento psíquico enervante de su libertad para disponer de su sexualidad.

5.3.1.1 Con razón, los psicólogos OSC y CJR, esta última adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal, consideraron que los hechos tuvieron lugar en un contexto de manipulación diseñado por el acusado, bajo técnicas de persuasión

coercitiva para someter a A.M.G.A. bajo su voluntad, generando una «conciencia modelada y manipulada».

Al respecto, destacó la perito CJR que en A.M.G.A. destaca un «contexto clínico de las técnicas de control de conductas que forman parte de elementos de manipulación», en tanto que se evidenció el abordaje de AAP a A.M.G.A. desde que era adolescente, normalizando los actos sexuales y posteriores accesos carnales, valiéndose de algunas estrategias coercitivas o técnicas de control como: i) el liderazgo y poder religioso ,que representaba para ella y su familia; ii) el temor de desobediencia al líder religioso; iii) la vulnerabilidad de la víctima, carente de una estructura familiar y la división allí generada; iii) control sobre el tiempo y las relaciones personales de la víctima y su núcleo familiar; iv) dependencia económica; y, v) mengua de la autoestima.

[...]

Así, pese a que la víctima no se encontraba físicamente encerrada o asilada, como lo advirtió la psicóloga de la defensa AVM, lo cierto es que de acuerdo con las pruebas, el acusado controlaba el entorno en el que se desarrollaba A.M.G.A. y limitaba sus interacciones a un espacio de su exclusivo dominio para anular la identidad de la víctima con incidencia en su sistema de respuesta emocional, conductual y cognitivo, pues no de otra forma, la idea de «contaminación» con el mundo externo no había surgido en la víctima.

Además, la ruptura de la unidad familiar propiciada por el acusado, tal como lo describieron A.M.G.A., B.P.A. y MFA, impidió que la primera contara con una red de apoyo.

5.3.1.1.2 Otra estrategia de control identificada por la perito CJR y que tiene amplio respaldo en las pruebas practicadas en juicio se relaciona con el miedo. Sentimiento que estaba presente en el colectivo que integraba la iglesia H y del que dieron cuenta testigos como B.P.A., JJBO, JV, MFA y A.M.G.A.

En similares términos dichos testigos narraron cómo el acusado, investido con la dignidad de «apóstol», predicaba, apoyado en textos bíblicos, que al «profeta» (ministerio del que también estaba investido) no se le podía contradecir, pues era el «hombre que Dios utiliza acá en la tierra para hablarle a sus hijos» ; y, en apoyo de esa manifestación les recordaba a sus feligreses que en el Antiguo Testamento existían pasajes en los que la furia de Dios se hacía evidente en contra de quienes hablaron mal de Moisés o lo desobedecieron.

[...]

Aunado al sentimiento de miedo, la psicóloga CJR destacó la estrategia de culpa empleada por el acusado sobre A.M.G.A., lo que la Sala no sólo evidenció en el señalamiento efectuado por la testigo respecto de las consecuencias que se podrían generar sobre su vida en congregación y la de su familia si revelaba lo ocurrido, sino en la creación de sentimientos generada por el acusado para prolongar la relación completamente asimétrica y de dominio.

[...] evidencia la Sala que se verifica la estrategia de control derivada de la expresión contingente de amor y la deconstrucción de la personalidad, lo que en principio permitiría creer que no existió vicio en el consentimiento dado por A.M.G.A., para sostener relaciones sexuales con el acusado; sin embargo, lo que ha descrito la psicología CJ es que se trata de una verdadera estratagema en la creación de una «realidad» distorsionada.

En ese sentido, situaciones como las que destaca el demandante, consistentes en que A.M.G.A., expresó que mientras sostenía relaciones sexuales con el acusado, deseaba que éste le diera un beso, no es producto de un sentimiento libre y de una expresión natural de amor, sino que responde al escenario en el que se generaban esos encuentros y a la vulnerabilidad psicológica en la que se encontraba la víctima.

Técnicas de control, que en el caso de A.M.G.A. pudieron desarrollarse en el contexto hiper religioso en el que se formó desde su infancia, sumado a la vulnerabilidad en la que se encontraba, a partir del abandono del padre y de una familia desunida, donde la única figura de cohesión y liderazgo era el pastor, quien no sólo era visible desde el púlpito, sino en su hogar.

[...]

Así, AAP, aprovechó esa vulnerabilidad en la que se encontraba la menor, para moldear su conducta, desde la infancia, usando la confianza que le otorgó la madre y, en especial, la religión y la figura de autoridad de la que estaba investido para doblegar una «mente débil» y manipularla progresivamente para anular su voluntad.

5.3.1.1.5 Sumado a lo anterior, los cuestionamientos efectuados por el censor, referentes a que A.M.G.A., continuó con su vida como si no hubiese sido víctima de ninguna conducta de índole sexual y que incluso compartió en repetidas ocasiones con el acusado y su familia, aún mucho después del último encuentro sexual, no deslegitima la situación de incapacidad psicológica en la que se encontraba la víctima para consentir las relaciones sexuales, pues como ella misma lo narró, al ver que nadie

escuchó al sobrino del pastor cuando lo confrontó, decidió controlar el «espíritu jezabélico» que tenía, le pidió perdón a Dios y «yo dije en mi mente, eso no pasó y lo bloqueo y dije: eso es algo que yo me imaginé y no pasó y ya y lo dejé metido en mi subconsciente y seguí como si nada».

Explicación que no sólo es razonable, sino que responde a una respuesta de defensa emocional que válidamente las víctimas de una conducta sexual pueden asumir, razón por la cual no genera duda una circunstancia como la de que A.M.G.A., permitiera que su agresor fuera quien oficiara su matrimonio, en tanto que al desligarse de esa realidad, ninguna extrañeza generaría que su pastor, líder espiritual, protector y allegado a la familia oficiara el rito.

5.3.1.1.6 Tampoco advierte la Sala que la tardía revelación de los hechos, ni las circunstancias que la rodearon desdibuja el adoctrinamiento al que fue sometida A.M.G.A. y que doblegó su voluntad para consentir las relaciones sexuales sostenidas con el procesado, como lo señaló el censor, por el contrario, son indicativas de tal estado.

[...]

Tal como lo explicó la psicóloga CJR, el silencio que mantuvo A.M.G.A., se rompió cuando contó con una red de apoyo que la rodeó, pues como la misma víctima explicó, para el momento en que decidió contar todo, estaba casada y su esposo fue muy comprensivo con la situación; además, ya no dependía económicamente de AAP, estudiaba, trabajaba y aunque seguía integrando la iglesia H, su asistencia era menor, de suerte que los elementos de control ya no eran tan significativos en la vida de la víctima.

[...]

Corolario de lo anterior, no encuentra la Sala errado el razonamiento expuesto por las instancias ni advierte que incurrieran en un error en la apreciación de las pruebas ni en su valoración para dar por demostrado que AAP desplegó una serie de técnicas de control que colocaron en incapacidad de resistir a A.M.G.A. para accederla carnalmente».

DELITOS SEXUALES - Víctima: desarrolla respuestas emocionales diferentes / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: se configura, cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado

«En este caso, contrario a lo afirmado por el demandante, no existen elementos que permitan demeritar la credibilidad del testimonio de B.P.A.; por el contrario, concurren circunstancias que evidencian la uniformidad, coherencia y lógicidad en su relato, pues de manera puntual detalló y circunstanció los tres eventos en los que AAP realizó tocamientos de contenido erótico-sexual.

Se expresó en líneas precedentes que B.P.A. narró la forma en que AAP, valiéndose de la figura de jefe de hogar y de líder espiritual, se acercó a ella después de la menarquia y con un sorprendente cambio en su trato diario, empezó a crear espacios de confianza en los que le hablaba de sexo y se mostraba más cariñoso de lo habitual. Cambio comportamental que también fue advertido por MFA, progenitora de la víctima.

[...]

Contrario a lo señalado por el opugnador, las conductas de contenido sexual padecidas por B.P.A., en su adolescencia sí generaron repercusiones emocionales, pues no sólo lo advirtió la psicóloga CJ, al detallar el respaldo afectivo de su relato, el que valga decirlo también se apreció en el desarrollo del juicio, sino que la misma víctima fue clara en señalar que a partir de esos hechos se generaron en ella dudas sobre

de la «existencia de Dios» y dejó de practicar la religión cristiana que antes predicaba con mucha convicción.

[...]

Ahora que el demandante, apoyado en la declaración de la psicóloga AVM, estime que demerita la credibilidad al testimonio de B.P.A., el hecho que desde 2006 hasta 2014 mantuvieran permanente contacto con su victimario y que desarrollara su vida con total normalidad, al punto que muy joven se graduó de derecho, constituye un sesgado análisis del comportamiento humano y desconoce que las víctimas de conductas sexuales desarrollan respuestas emocionales diferentes; pues, así como algunas pueden entrar en estados depresivos, otras logran actuar con resiliencia, caso este último que la psicóloga CJ advirtió al valorar a B.P.A.

[...] estima la Sala que la alegada motivación económica de B.P.A., para denunciar estos hechos, no se compadece con la respuesta emocional observada en la víctima, ni las consecuencias adversas generadas en su contra y la de su familia por atreverse a denunciar estos hechos; pues, como A.M.G.A. lo indicó, cuando la congregación conoció estas denuncias, fueron señaladas de querer dañar a la iglesia».

[Inicio](#)

2. AGENTE PROVOCADOR - Requisitos / AGENTE ENCUBIERTO - Objeto
perseguido por la Fiscalía: debe estar debidamente fundamentado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Entrega vigilada: la incitación al delito por parte de agentes estatales infiltrados no es constitucionalmente admisible / **AGENTE PROVOCADOR** - No se configura, no hizo nacer la idea criminal / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: autor y coautor

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa técnica de J.S.P.M., contra la sentencia de segunda instancia, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala de Decisión Penal, confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de dicha ciudad, por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La Sala no casó la sentencia impugnada, al considerar que, en este caso, el policial encubierto no actuó como agente provocador; es decir, no hizo nacer en el procesado la idea de cometer la conducta punible; y, no es cierto que, el fallo demandado este fundado en prueba de referencia.

Además, porque la modificación en la atribución inicial de responsabilidad de autoría a coautoría no constituye violación del principio de congruencia.

SP2708-2022(61363) de 03/08/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente a las 4:37 p.m. del 9 de octubre de 2016, en el parque Santa Bárbara del municipio de Barichara (Santander), el policial C.A.S.R., actuando como agente encubierto,

efectuó, a J.S.P.C., la compra controlada de 3,09 gramos netos de marihuana, por \$10 000. Para el efecto, E.P.L., quien trabajaba en ese espacio público vendiendo mangos, le sirvió de intermediaria, pues, tal era su rol, necesario en este caso porque J.S.P.C., no acostumbraba a venderle a extraños.

2. El procedimiento fue el siguiente: C le preguntó a E “(...) si no sabía quién nos diera fuego (...)”, refiriéndose con ese término al estupefaciente. Ella, en alusión a J.S., le respondió: “(...) espere le preguntamos al vaguito a ver si nos da fuego (...).” Entonces, C le entregó el dinero a E, quien se dirigió hacia donde estaba J.S. Este dejó la sustancia en el piso, junto a un bolso, y se retiró; E la recogió, dejó el dinero en el mismo lugar y luego se desplazó hacia donde estaba ubicado C, encubierto bajo la fachada de vendedor ambulante de discos compactos, y le entregó la sustancia estupefaciente, que fue incautada.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

AGENTE PROVOCADOR - Requisitos / **AGENTE PROVOCADOR** - No se configura / **AGENTE ENCUBIERTO** - Objeto perseguido por la Fiscalía: debe estar debidamente fundamentado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Entrega vigilada: la incitación al delito por parte de agentes estatales infiltrados no es constitucionalmente admisible / **AGENTE PROVOCADOR** - No se configura, no hizo nacer la idea criminal

«Del tema del agente provocador se han ocupado tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera. De ambas fuentes dan cuenta innumerables pronunciamientos del Tribunal Supremo de España, siendo suficiente citar, por todos, el que se inserta a continuación:

El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. [...]»

En Colombia, la Corte Constitucional, en la sentencia C-243 del 28 de julio de 2021, al examinar la demanda presentada contra el inciso

segundo del artículo 243 de la Ley 906 de 2004, fundada en la existencia de una omisión legislativa relativa, debido a que la prohibición establecida respecto del agente encubierto, quien no puede sembrar la idea de la comisión del delito en el investigado, en los casos previstos en la disposición demandada (entrega vigilada de armas, municiones, explosivos, moneda falsificada, drogas que produzcan dependencia) debía hacerse extensiva a otras situaciones, expuso que tal previsión no era necesaria porque “(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho, en varios pronunciamientos, que la incitación al delito por parte de agentes estatales infiltrados no es constitucionalmente admisible”. En tal sentido, la Corte Constitucional refirió lo siguiente:

[...]

Esto significa en particular que por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos.”

[...]

Reconstruido así el acontecimiento, en términos coincidentes con lo que muestran las imágenes del registro filmico, la conclusión que emerge es que en este caso el policial C.A.S.R. no actuó como agente provocador, es decir, no hizo nacer en J.S.P.M. la idea de cometer la conducta punible, pues éste, antes de la intervención del agente encubierto, ya había transitado el iter criminis en sus fases de ideación, deliberación, resolución e, incluso, ejecución, porque lo cierto es que llevaba consigo la sustancia estupefaciente con la intención de comercializarla, como lo corroboraron los acontecimientos que sucedieron a continuación, y su sola mención, con la jerga propia de quien se mueve en el ambiente del micro tráfico (“¿tiene fuego?”), desencadenó, de manera que bien puede calificarse de automatizada, o constitutiva de hábito, la realización de las acciones de dejarla en el piso y luego recoger el precio de la misma, que le había sido pagado en similares condiciones.

En términos de las jurisprudencias citadas, es evidente que el servidor público no hizo nacer la idea criminal en quien “no estaba predisposto” para ese efecto, sino que, cuando más, culminó en un estadio específico de adquisición la tarea permanente o habitual que desarrollaba el capturado, verificando así la labor que desde

tiempo atrás había advertido en el sector y, particularmente, en el acusado.

Es por ello que, cabe agregar, la intervención legítima del agente estatal encubierto no puede examinarse de forma aislada, como si los hechos remitieran a un caso puntual, sino dentro de la órbita de su investigación, que culminó, en lo que a la labor de venta reiterada respecta, con esa última actuación, en la cual pudo documentar, con fines de judicialización, que efectivamente el investigado se dedicaba al comercio de estupefacientes.

Es decir, en este caso el agente encubierto no provocó la ejecución de una conducta punible, porque ésta previamente ya había sido, decidida, planeada y materializada con actos efectivos de ejecución, por J.S.P.M.

Lo mismo puede afirmarse del proceder del agente encubierto respecto de E.P.L., porque ella no hizo más que desempeñar el rol que acostumbraba, de intermediaria para la negociación del estupefaciente, lo que permitió que, en este caso, el policial C.A.S.R. acudiera a utilizar sus servicios, como ya lo había hecho en varias ocasiones con anterioridad, durante el desarrollo de la operación encubierta, iniciada tres meses atrás, según lo narró en su declaración, en aparte que fue transliterado en precedencia».

PRUEBA DOCUMENTAL - Video: apreciación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Actuación de agentes encubiertos: pueden tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes

«El disco compacto presentado y reproducido en el juicio oral es una prueba de carácter documental, de acuerdo con lo previsto por el artículo 424-3 de la Ley 906 de 2004: “Para efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes: (...) 3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones. (...)”. Contiene el registro filmico de los hechos, logrado en lugar y tiempo de su acaecimiento, es decir, de manera concomitante a estos.

Además, en los términos de los artículos 425 y 426 ibidem, es un documento auténtico, porque fue reconocido por el policial C.A.S.R., quien señaló que estuvo presente en el lugar de los hechos y grabó su desarrollo con una micro cámara que llevaba en sus prendas de vestir. Es más, anotó que (y así se advierte en la filmación) su rostro aparece al final del video.

Por otra parte, luego de observar la reproducción del video, J.S.P.M., en su testimonio, al responder el contra interrogatorio de la Fiscalía reconoció que sí aparecía registrado en el mismo y acotó: “Yo soy el de la maletica”.

Aclaró, eso sí, que E. nunca le solicitó marihuana, que identificaba el suceso en su memoria y que el mismo correspondía a un día en que ya había terminado la venta de artesanías y se quedó hablando con E., quien le pidió que le cambiara un billete y que le mostrara los aretes, motivo por el cual abrió el tablero y se los exhibió, pero ella no efectuó una compra.

La declaración de C.A.S.R., que desvirtuó la alegación del acusado, no es una prueba de referencia porque, como él lo precisó: “Yo estaba ahí, en el lugar (...) más o menos a una distancia de unos 5 a 6 metros”. Por tanto, percibió directa y personalmente los hechos sobre los que rindió testimonio (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Es decir, no se limitó a transmitir la percepción de otra persona, de la que hubiera tenido conocimiento exclusivamente porque ésta se la relató.

En conclusión, la censura no acierta al sostener que el fallo demandado está fundado en prueba de referencia.

Y, aunque debe admitirse que la grabación sonora no es audible y que gráficamente el video no presenta la mejor resolución, lo cierto es que si permite identificar la fisonomía de las personas que quedaron registradas en tal documento, como lo hizo el acusado consigo mismo, ajunto con las acciones que llevaron a cabo, información que se complementa con la suministrada por el policial S.R., quien realizó la grabación.

Por otra parte, si bien es cierto, debido a la distancia prudencial a la que se encontraba S.R., lo más probable es que éste no pudiera captar lo que conversaron E. y J.S., también lo es que su testimonio no se refirió a esos aspectos, sino a las acciones que desarrollaron y a la conversación que previamente sostuvieron con E. Por tanto, ese argumento no debilita su valor suvisorio.

Por lo demás, en conjunción lo consignado en el video, con la atestación del agente encubierto, ambas en calidad de medios directos de conocimiento, no cabe ninguna duda de la actividad desarrollada por el acusado, desde luego, ajena a esa tarea de venta legal que entroniza en su manifestación.»

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: autor y coautor / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Principio de transcendencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se

vulnera si se respeta el núcleo factico de la acusación

«La jurisprudencia de la Sala ya tiene suficientemente esclarecido que:

(...) la modificación en la atribución inicial de responsabilidad de autoría a coautoría no constituye violación al mencionado principio porque es criterio uniforme de la Corte que las modificaciones en este sentido, en cuanto no comporten agravación punitiva, no generan inconsonancia si se respeta el marco fáctico de la actuación, según se coteja en este asunto, al haber previsto el legislador para estas y otras categorías una sanción idéntica (Cfr. CSJ AP 1487-2014, CSJ AP 2148-2014). (CSJ AP1573-2015, 25 mar., rad. 42941).

El cargo, entonces, no tiene vocación de prosperidad. Además, porque lo cierto es que la conducta punible por la que se emitió condena

está fáctica y jurídicamente contenida en la acusación, que fue suficientemente conocida por el procesado y por su defensor, lo que les posibilitó desarrollar la estrategia defensiva de su elección. No existió, por ende, vulneración al derecho de defensa.

Como el centro de discusión de lo planteado en el cargo, se limitó a discutir el efecto de mutar la calidad de coautor a la de autor, sin mayores arandellas, la respuesta se ofrece así de escueta, sin que sean necesarias otras argumentaciones, en tanto, cabe aclarar, no se observa, una vez analizados los actos de imputación, acusación y fallo, que se materialice algún tipo de violación del debido proceso o derecho de defensa, producto de la exposición, por parte de la Fiscalía, de los hechos jurídicamente relevantes, o de su radicación en una adecuación típica concreta».

Inicio

3.CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

PUNITIVA - Deben aparecer en la resolución de acusación tanto las genéricas como las específicas fáctica y jurídicamente

/ HOMICIDIO AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad: la fiscalía no puede hacer una imputación genérica de este agravante / **HOMICIDIO AGRAVADO** -

Situación de indefensión o inferioridad: diferencias / **HOMICIDIO AGRAVADO** -

Situación de indefensión o inferioridad: la Fiscalía debe indicar con claridad, tanto fáctica como jurídicamente, a cuál de las cuatro hipótesis de la causal de agravación hace referencia

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de R.J.S.P., contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena, que declaró responsable al acusado por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, mediante la cual, condenó por el punible de homicidio agravado y absolvio por el delito de concierto para delinquir agravado.

La Sala de Casación Penal declaró que la acción penal relacionada con la conducta punible de concierto para delinquir agravado prescribió con posterioridad a la decisión de segunda instancia,

y antes de que el proceso llegara a la Corte; por lo que decretó la cesación de procedimiento con ocasión de ese delito.

De otra parte, casó parcialmente la sentencia de segunda instancia, en el sentido de excluir la agravante. En consecuencia, redosificó la pena y la sanción accesoria impuesta al procesado, al evidenciar que, la Fiscalía no realizó esfuerzo alguno por determinar la configuración de la circunstancia de agravación del homicidio, pues hizo alusión indistinta a diversas especies.

En este punto, aclaró que, las circunstancias de agravación contempladas en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, se reseñan a cuatro situaciones diferentes: (i) se puso a la víctima en situación de indefensión, (ii) se la puso en situación de inferioridad, (iii) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (iv) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima; siendo obligatorio para la Fiscalía precisar, en su acusación, a cuál de los 4 supuestos de hecho que estructuran la causal se está refiriendo.

SP2130-2022(56092) de 15/06/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

Salvamento parcial de voto:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 13 de febrero de 2004, siendo aproximadamente las 6:30 de la tarde, Y.K.A. se encontraba en la entrada del almacén “E.S.”, donde fue sorprendido por S.P., quien le propinó varios disparos en contra de su humanidad ocasionándole la muerte.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Cuando se presenta con posterioridad a la sentencia de segundo grado

«La Sala dispondrá la cesación de procedimiento a favor de RJSP por haber operado la prescripción de la acción penal con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, respecto del delito de concierto para delinquir agravado - condenado por el sentenciador de segundo grado».

Frente a lo anterior, es pertinente ilustrar que la Corte tiene señalado cómo proceder en sede de casación cuando ha operado la prescripción de la acción penal, estableciendo que cuando el acontecimiento jurídico opera después de proferida la sentencia de segunda instancia, debe decretarse directamente y cesar el procedimiento, con independencia del contenido de la demanda, prescindiendo del juicio de admisibilidad, pues en tales supuestos el fallo fue dictado en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionadora del Estado».

PRESCRIPCIÓN - Concierto para delinquir / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura / **CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO** - Prescripción de la acción penal

[...], conforme lo establecido en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, durante la etapa de instrucción la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito atribuido, sin que dicho término pueda en ningún caso ser inferior a 5 años ni superior a 20 años.

A su vez, tal como lo estipula el artículo 86 ibídem, en la fase del juzgamiento, tal lapso se cuenta nuevamente a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena fijada por el legislador para el delito imputado, sin que pueda ser menor a 5 años ni superior a 10.

En el presente asunto, se debe tener en cuenta que RJSP fue convocado y condenado por hechos ocurridos el 13 de febrero de 2004, habiendo sido acusado por el delito de homicidio agravado

(artículo 104 numeral 7º del Código Penal) y concierto para delinquir agravado (artículo 340 inciso 2º ibidem, modificado por la Ley 733 del 2002), sin que se hubiera tenido en cuenta, como no podía hacerse, el aumento generalizado de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

La sanción prevista para la conducta punible de concierto para delinquir agravado por el que fue llamado a juicio SP, contempla una pena de prisión de 6 a 12 años y multa de 2000 a 20000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por manera que el término de prescripción de la acción penal en la fase de juzgamiento es de 6 años al reducirse el lapso, que es igual al de la pena máxima imponible, a la mitad.

Como quiera que la resolución de acusación cobró ejecutoria el 22 de marzo del año 2013, fecha en la que fue decidido el recurso de apelación interpuesto contra el pliego calificadorio de primera instancia, resulta que en lo relativo a la situación de RJSP, la acción penal en cuanto al delito de concierto para delinquir agravado, prescribió el 22 de marzo de 2019, esto es, con posterioridad a la decisión de segunda instancia que fue del 5 de marzo de 2019, cuando fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y antes que el proceso llegara a la Corte.»

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

PUNITIVA - Deben aparecer en la resolución de acusación tanto las genéricas como las específicas fáctica y jurídicamente / **HOMICIDIO**

AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad: la fiscalía no puede hacer una imputación genérica de este agravante / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN**

PUNITIVA - Delimitación de los elementos estructurales: importancia / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Fundamentos: importancia de establecerlos

/ **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN**

PUNITIVA - Fundamentos: no basta que en la acusación y la sentencia se precisen los de carácter normativo / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Fundamentos: en las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos de la sentencia, deben incluirse los aspectos que encajan en sus elementos estructurales / **HOMICIDIO**

AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad: diferencias / **HOMICIDIO**

AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad: la Fiscalía debe indicar con claridad, tanto fáctica como jurídicamente, a cuál de las cuatro hipótesis de la causal de agravación hace referencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: variación de la

calificación jurídica por el juez, procedencia, de homicidio agravado a homicidio simple

«[...] la Corte en diferentes decisiones ha puntualizado en torno al principio de congruencia, concretamente, respecto de las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva, el siguiente criterio:

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte ha definido que el procesado solo puede ser juzgado por las conductas definidas fáctica y jurídicamente en la resolución de acusación e incluso, **ha reafirmado que para que las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva puedan ser consideradas en la sentencia es necesario que previamente le hayan sido imputadas al culpable tanto fáctica como jurídicamente en la acusación.** (Resaltado fuera del texto original).

Solo de esta manera podrá cumplirse con la garantía al debido proceso y a un juicio público, expresadas mediante el conocimiento previo e inequívoco que tenga el procesado de los cargos que se formulan en su contra tanto por su contenido fáctico como jurídico. En consecuencia, la certeza sobre su contenido permitirá que correlativamente el acusado ejerza el derecho de defensa y a su vez, que el juez tenga definido el marco fáctico y jurídico dentro del cual podrá emitir el fallo que corresponda (CSJ SP, rad, 28 jul 2006, rad. 25648)

En decisión más reciente, reiteró la Sala:

De cara a la anterior constatación resulta oportuno reiterar la doctrina de esta Corporación según la cual el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación, constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución.

(...)

En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que **su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria**

motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer. (CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734), (Resaltado de la Sala).

En el caso examinado, la Fiscalía expuso de la siguiente manera el aspecto fáctico de la imputación en la resolución de acusación:

“Dan cuenta las diligencias que el día trece (13) de febrero de dos mil cuatro (2004) siendo aproximadamente las 6:30 de la tarde, se encontraba el señor YKA, en la puerta de la entrada del almacén [...] ubicado en la calle del Salto de la Ciudad de Magangué - Bolívar, cuando es sorprendido por un sujeto que le propina varios disparos en contra de su humanidad, ocasionándole su muerte”.

Luego, hizo una reseña de las pruebas recaudadas y al hacer la imputación jurídica del delito contra la vida expresó.

“La conducta de los encartados, por el momento se enmarca bajo las enseñas del “Libro II. Parte Especial de los Delitos en particular. Título I. delitos contra la vida y la integridad personal Capítulo II artículo 103.HOMICIDIO. El que matare a otro, incurrá en prisión de (13) a veinticinco (25) años.

ARTICULO 104. Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere ...Numeral 7 Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”. (negrilla fuera del original)

Una vez trascritos los artículos 103 y 104, numeral 7º, del Código Penal, sostuvo el acusador:

“Acreditada se encuentra la muerte de hoy víctima, arrimándose al paginario procesal: la inspección del cadáver, resultado de la necropsia practicada al señor JKA amén del registro civil de defunción donde se demuestra que efectivamente se produjo una lesión grave, en la medida que se vulneró el derecho fundamental a la vida, así como el de la seguridad pública.

Comportamientos, que se produjeron voluntariamente, nacieron del querer de los sujetos activos, sin que se vislumbre de ninguna

manera justificación legal y por ende puede predicarse de los mismos su antijuridicidad.

A todas luces es una conducta típica como quiera que se reprodujera el postulado legal con el cual, el legislador ha querido garantizar el derecho fundamental a la vida”.

Después de la enunciación de los hechos relativos a la configuración del delito de homicidio, la Fiscalía citó la norma básica que tipifica esa conducta punible, y luego invocó la norma relativa a la aludida causal de agravación, pero no explicó, -desconociendo el principio de motivación— y de la exposición fáctica no se infiere, porqué consideraba que el hecho había sido ejecutado por el autor material colocando a JKA en situación de indefensión o inferioridad, o cuáles eran las particulares circunstancias en que se hallaba la víctima, -situación de indefensión o inferioridad- la cual fue aprovechada por el agente agresor, como para adjudicarle tal causal de intensificación punitiva.

Tal precisión era necesaria —que por demás en ningún momento justificó razonadamente— pues, como lo ha referido la Corte, indefensión e inferioridad aun cuando para los efectos previstos en la norma son sinónimos, —con relación al derecho del procesado de entender con claridad y sin vaguedades la conducta imputada—, involucran supuestos fácticos diferentes, dado que por situación de indefensión se entiende a la persona que al momento de la agresión carece de cualquier medio de defensa, es decir, se halla inerme, en tanto que la inferioridad implica una relación de superioridad del sujeto activo que realiza el ataque respecto del agredido, la cual le permite la fácil concreción del resultado perseguido.

Frente al motivo de agravación, es importante precisar que el artículo refiere a cuatro situaciones que se presentan diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima.

[...]

Ahora bien, en atención a ejercer el pleno ejercicio del derecho a la defensa, se constituye como requisito necesario que, respecto del artículo 104 # 7, la Fiscalía precise en su acusación con claridad, tanto probatoria como jurídicamente, a cuál de cada uno de los 4 supuestos de hecho que estructuran la causal de agravación del numeral citado se está refiriendo.

[...]

Así, ni en la diligencia de indagatoria, ni en la acusación y ni siquiera en la audiencia pública, la Fiscalía especificó a cuál de las cuatro hipótesis de la causal de agravación se hacía referencia. A lo sumo, hizo referencia, —de manera general en la narrativa de los hechos— a que la víctima fue sorprendida por el procesado. Sin embargo, no es suficiente con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición específica de indefensión o inferioridad, sino que se obliga demostrar que ello no solo fue conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición.

En otro aspecto, la ausencia de argumentación fáctica, jurídica y probatoria, no puede suplirse con la simple acción de transcribir determinado aparte del contenido de alguna declaración —practicada en la etapa de instrucción—, tal como se hizo en el escrito de acusación, asemejándola como una adecuada justificación razonada para acreditar la circunstancia de agravación. Puesto que, toda decisión judicial debe comprender una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación, en este caso, de la agravación de la pena del delito en mención.

Por tal razón, no es suficiente que en el pliego de cargos citara el apartado de la declaración del señor VETR “persona que se encontraba en compañía del señor JK y observa cuando se acerca una persona al almacén donde estaban dialogando y ve cuando esta dispara contra la humanidad del señor K, hasta el punto que intenta refugiarse en la parte trasera del establecimiento. Deja en claro que su amigo, el aquí occiso, tenía negocios con la administración Municipal de Magangué ya que tenía una empresa de construcciones y por ende, proveedor del Municipio...” ni tampoco la del señor LFAM “...que por la calle que conduce a la Alcaldía ve un tipo frente al Banco Ganadero que se desvía hacia el almacén y saca un arma, el señor J estaba de espalda, sonaron como tres o cuatro tiros, el tipo me miraba mostrando el arma y luego salió corriendo... ” ya que, en la resolución de acusación ninguna apreciación se hace en torno a que de tales aspectos se deriva el estado de indefensión del occiso y su aprovechamiento por parte del agresor.

El fallador de primer grado, al percibirse en la comentada deficiencia del acto de acusación, —esto es, la ausencia de fundamentación de la circunstancia específica de agravación—, decidió subsanar tal omisión [...].

Por su parte, en la sentencia de segunda instancia sostuvo que existía prueba suficiente

para concluir la materialización de la circunstancia agravante del delito de homicidio. [...].

En esa medida, incurre en error el Tribunal al señalar que la imputación fáctica de la agravante se satisface con lo referido por los testimonios, puesto que en la resolución de acusación ninguna apreciación se hace en torno a que de tales aspectos se deriva el estado de indefensión del occiso y su aprovechamiento por parte del agresor. No cumpliendo además los lineamientos de la jurisprudencia que, tratándose del artículo 104.7 del Código Penal, la Fiscalía precise en su acusación con claridad, tanto probatoria como jurídicamente, a cuál de las cuatro circunstancias de agravación hace referencia.

El ad quem, se refiere a la atribución de la agravante específica como algo obvio y que se encuentra implícito en las declaraciones citadas y por la forma en que se llevó a cabo el homicidio, sin que realmente la acusación dé a conocer

cuáles de los aspectos fácticos dan lugar a concluir indefensión de la víctima; —se reitera se hizo alusión indistinta a diversas especies— tal razonamiento viene a exponerse sólo en la sentencia de segunda instancia.

En consecuencia, ante el ostensible yerro advertido en la resolución de acusación, no le queda a la Corte alternativa distinta a retirar la imputación de la circunstancia de agravación, por ausencia de motivación respecto de la misma, para lo cual, casará el fallo parcialmente, y procederá a la consecuente dosificación de la pena. Para lo cual deben acogerse irrestrictamente los lineamientos fijados por las instancias».

Inicio

4. CONCIERTO PARA DELINQUIR - Diferente a

la coautoría en la comisión de cualquier delito / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** -

Concursa con los delitos cometidos en su desarrollo: se deben demostrar los elementos, tanto del concierto, como de los delitos que concursan

La Sala de Casación Penal resolvió la impugnación especial interpuesta por el defensor de F.J.B.L. contra la sentencia proferida, en segunda instancia, por la misma Corporación, mediante la cual, de un lado, confirmó la condena impuesta por el delito de concierto para delinquir y, de otro, revocó la absolución dispuesta por el Tribunal Superior de Bogotá, y lo declaró responsable de prevaricato por acción agravado y falsedad ideológica en documento público agravado.

En esta ocasión, la Corte revocó parcialmente la providencia impugnada, para en su lugar absolver al recurrente del delito de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso.

Para el efecto, analizó los presupuestos del concierto para delinquir, diferenciándolo de la coautoría y explicando que, en los casos de concurso de conductas punibles, se deben demostrar los elementos, tanto del concierto, como de los delitos que concursan.

También, aclaró que, por la forma en que se desarrollaron los hechos, no procedía la

imputación del procesado como interviniente en el delito de falsedad ideológica en documento público, en tanto, dicho dispositivo amplificador de la autoría requiere que el sujeto realice efectivamente la conducta.

SP2551-2022(58225) de 21/07/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Salvamento parcial de voto

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente entre 2011 y 2013, varios empleados del centro de servicios judiciales de Paloquemao (Bogotá D.C.) y de algunos juzgados, jueces de la República, abogados y particulares se organizaron para alterar el normal reparto de las solicitudes de audiencias, a cambio de beneficios económicos. La finalidad era direccionar los asuntos a determinados despachos de control de garantías previamente escogidos, con el propósito de lograr una definición favorable a los intereses de la organización. Lo anterior operó, en especial, para el otorgamiento de libertades y, en general lo relacionado con la legalización de capturas y medidas de aseguramiento.

2. En el contexto anterior, el 18 de diciembre de 2012, J.Y.E.P., secretario del Juzgado 24 Penal Municipal de Garantías, le entregó a J.C.L.,

servidor del centro de servicios judiciales de Paloquemao, la suma de \$5 000 000, con el fin de coordinar el reparto de una solicitud de audiencia preliminar a un juzgado específico. A su vez, J.C.L. contactó a L.M. y le entregó \$500 000 para que, como empleado encargado del reparto en el sistema de los procesos, le asignara al Juzgado 38 Penal Municipal de Garantías, a cargo del juez F.B., un expediente.

3. La solicitud, en efecto, fue repartida al citado despacho. Mediante ella se pedía la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta a J.R.O.R., quien había sido imputada por enriquecimiento ilícito de particulares y se encontraba en detención domiciliaria. Surtida la diligencia, el 20 de diciembre de 2012, el Juez 38 Penal de Garantías, concedió la libertad a la mencionada ciudadana.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Elementos

«El artículo 340 del Código Penal prevé que el concierto para delinquir se comete cuando “varias personas se conciernen con el fin de cometer delitos”. La jurisprudencia ha sostenido que las conductas a las cuales se refiere la norma son indeterminadas. Ha precisado que pueden ser homogéneas, en los casos en los que se planea la comisión de una misma especie de delitos, o heterogéneas, en aquellos supuestos en los cuales se acuerda la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos. En todo caso, ha advertido que lo relevante es que su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, pues se trata de una organización con vocación de permanencia en el tiempo.

De modo más específico, el concierto para delinquir exige la demostración de los siguientes elementos: (i) acuerdo de voluntades entre varias personas; (ii) que la organización tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados - aunque pueden ser determinables en su especie- ; (iii) vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y (iv) que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública (CSJ SP, Jul 15 2008, Rad. 28362)».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Delito autónomo / CONCIERTO PARA DELINQUIR - Delito autónomo: consecuencias / CONCIERTO PARA DELINQUIR - Delito de peligro / CONCIERTO PARA DELINQUIR - Diferente a la coautoría en la comisión de cualquier delito

«[...] uno de los elementos distintivos del concierto para delinquir es su autonomía respecto de las conductas punibles que puedan cometerse en desarrollo de la asociación delictiva. Este aspecto conceptual de la conducta tiene, al menos, tres consecuencias relevantes. En primer lugar, su tipicidad solo requiere verificar los elementos que acaban de mencionarse, sin que sean necesarios ingredientes normativos ni el dolo específico de las conductas que luego sean ejecutadas.

Los delitos efectivamente consumados en el marco de la asociación pueden ser diversos y haber afectado distintos bienes jurídicos. Precisamente, esto se deriva del carácter indeterminado de las conductas constitutivas del acuerdo. Al margen de lo anterior, la comisión del concierto no precisa que los asociados, al emprender la empresa criminal, hayan querido lesionar uno de los objetos de tutela penal que haya resultado concretamente afectado y tampoco otros elementos objetivos de las conductas llevadas a cabo.

En segundo lugar, incluso si ningún injusto se realiza en el marco del acuerdo, los concertados en todo caso deberán responder por haberse agrupado, con conciencia y voluntad, en torno a finalidades ilícitas. El tipo penal precisamente prevé que se incurre en el injusto “por esa sola conducta”. De ahí que se trate de un delito que anticipa la barrera de protección de otros bienes jurídicos y constituye una conducta de peligro abstracto:

[...]

De esta manera, para el Legislador, el concurso de voluntades orientadas a la comisión de conductas punibles expresa en sí mismo un desvalor de acción merecedor de reproche penal. Por esta razón, no es necesaria ni la producción de un resultado ni la materialización de un delito como efecto del acuerdo. Este es uno de los elementos que distingue, además, el concierto para delinquir de la coautoría material en torno a otras conductas. Así, mientras en la segunda su punibilidad requiere al menos el comienzo de actos ejecutivos del injusto convenido o de actos preparatorios cuando estos comportan el injusto en sí mismo, en el concierto basta el acuerdo de contenido delictual.

Y, en tercer lugar, la imputación jurídica por el concierto para delinquir es independiente de aquella que procede realizar con ocasión de las conductas que se realicen como efecto del acuerdo delictivo. Esto supone que, desde el punto de vista dogmático, la circunstancia de que pueda atribuirse a una agrupación de personas la asociación para cometer delitos no supone,

automáticamente, que a todos los asociados les sean atribuibles las conductas ejecutadas en desarrollo del concierto. Cada una de las conductas impone un análisis de tipicidad y de modo de participación independiente».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Delito autónomo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Concursa con los delitos cometidos en su desarrollo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Concursa con los delitos cometidos en su desarrollo: se deben demostrar los elementos, tanto del concierto, como de los delitos que concursan

«[...] como se ha subrayado, las conductas ejecutadas pueden exigir elementos objetivos y subjetivos (incluido el dolo) distintos entre sí, no requeridos ex ante para la comisión del concierto para delinquir. Tales elementos, por ende, deberán ser objeto de verificación diferenciada, así como el modo concreto de coparticipación que pueda ser imputado a uno o varios de los asociados. Debe constatarse que el sujeto realizó el verbo rector y la imputación subjetiva requerida.

En aplicación de la distinción anterior, la Sala ha determinado en varias oportunidades, que a una persona que se asoció para delinquir, no obstante lo cual, pueden no serle imputables uno o algunos delitos ejecutados en desarrollo del acuerdo criminoso inicial. [...]

De este modo, conforme la jurisprudencia de la Sala, los elementos que componen los crímenes ejecutados como resultados de la asociación para delinquir no se dan por supuestos, incluso si esta se halla debidamente probada. En otros términos, la tipicidad del acuerdo no presupone la de los delitos ejecutados. En tanto conductas independientes -aunque resultantes- de la asociación de contenido criminal, tanto la materialidad de aquellos como la autoría y/o participación han de ser, en sus componentes normativos, debidamente acreditados.

Lo anterior no obsta, obviamente, para que en el ámbito probatorio, hechos indicadores del concierto para delinquir puedan contener elementos precisos, que permitan inferir la participación en la comisión de otra conducta. Sin embargo, lo relevante es que no existe una coincidencia en el plano dogmático entre el concierto para delinquir y otros delitos. De ahí que las conductas punibles que concreten o materialicen el plan delictual indeterminado deben ser objeto de una operación de subsunción independiente».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Concursa con los delitos cometidos en su desarrollo: se deben demostrar los elementos, tanto del concierto, como de los delitos que concursan / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - En concurso: no se configura al solo estar demostrado el concurso y no los demás delitos / **INTERVINIENTE** - Concepto / **INTERVINIENTE** - Evolución jurisprudencial / **INTERVINIENTE** - Presupuestos / **INTERVINIENTE** - No se configura / **FALSEDADE IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Agravada: por el uso, no se configura

«En el presente caso, como lo concluyó la sentencia impugnada, a partir de las pruebas practicadas y, en particular, de la actuación de un agente encubierto, quedó demostrada la asociación para delinquir de la que formó parte el procesado. La organización estuvo compuesta por funcionarios y empleados judiciales que permanentemente ofrecía sus servicios a quienes interesaba obtener decisiones favorables, a cambio de contraprestaciones económicas. Se constató, también, que la organización operó durante al menos dos años. Para el efecto, se alteraba el sistema ordinario de reparto de audiencias, se asignaban los asuntos a despachos específicos y, de ese modo, se aseguraban providencias favorables a los intereses ilícitos de la agrupación.

En el contexto anterior, quedó también demostrado que LM, servidor adscrito al Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, encargado del reparto de las audiencias programadas, manipuló el sistema en un caso concreto. Este tenía que ver con la decisión sobre la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento presentada por el defensor de JRO. En específico, el propio empleado declaró que, sin activar el mecanismo aleatorio, asignó directamente al entonces juez, FJBL, la citada petición de libertad.

De la misma manera, se probó que, pese a lo anterior, el empleado expidió un acta de reparto, según la cual, la asignación del asunto se había llevado a cabo conforme al mecanismo aleatorio que correspondía. Ello, pese a que en realidad el expediente había sido asignado por el citado empleado, específicamente, al juez BL. En estas condiciones, es claro que, en su condición, el citado empleado del Centro de Servicios Judiciales incurrió en la falsedad ideológica en relación con el citado documento.

A juicio de la Sala, en cambio, el acusado no tomó parte de la conducta contra la fe pública. En los términos anotados, no hay duda de que estuvo concertado con otras personas, por un periodo

significativo de tiempo, para asegurar decisiones judiciales a cambio de dádivas económicas. En consecuencia, se infiere que podía conocer que la resolución de un asunto específicamente asignado a su despacho en ese contexto suponía, como paso previo, la manipulación del reparto. También puede inferirse que tenía conocimiento de que lo anterior implicaba la emisión de un acta de reparto que contrariaba la verdad, en tanto probaba que la asignación había sido aleatoria, pese a que en realidad no era así.

No obstante, lo anterior no es suficiente para atribuirle a FJBL participación en la ejecución de la falsedad ideológica en documento público. No basta con que aquél haya tenido la conciencia de que la posibilidad de resolver un específico asunto comportaba, previamente, una maniobra de falsedad en el procedimiento de reparto. Se requería mostrar su participación, de manera real y efectiva, en la realización del injusto contra la fe pública.

Es verdad que el concierto para delinquir implica que los asociados con fines criminales acuerdan la ejecución de conductas punibles. Sin embargo, como se clarificó en la sección anterior, el delito consiste en este solo acuerdo y las conductas que se ejecuten, con ocasión de aquel, son indeterminadas. Al materializarse, estas también tienen una estructura típica distinta y su constatación implica verificar ingredientes normativos independientes de la asociación previa.

De la misma manera, la coparticipación en la asociación para cometer crímenes no hace automáticamente a los asociados copartícipes, también, de los delitos que, a la postre, sean ejecutados. Se requieren análisis distintos de tipicidad y, por lo tanto, es necesario que las pruebas acrediten la realización del verbo rector respectivo y los elementos normativos requeridos, conforme a una específica modalidad de autoría o participación.

En este asunto, como lo indica las sentencias de primero y segundo grado, es claro que el acusado no indujo al funcionario de reparto a realizar la conducta de falsedad. Tampoco está probado que haya realizado el verbo rector, de haber consignado la falsedad en el acta de reparto, conforme a una modalidad de autoría o de complicidad.

Pero además, por la forma en que se desarrollaron los hechos, en criterio de la Sala, no procede la imputación de la conducta a título de interviniente.

Según el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, “al interviniente que no teniendo las

calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”. Sobre la comprensión de la figura del interviniente, la jurisprudencia de la Sala ha precisado sus alcances en reiterados pronunciamientos. [...]

De esta manera, conforme a la jurisprudencia actual de la Sala, la figura del interviniente es un recurso normativo para distinguir a quien, naturalísticamente, realiza el verbo rector de la descripción típica, como (co)autor y, por lo tanto, ejerce dominio o codominio funcional o material de la conducta. Sin embargo, se trata de un sujeto activo que desempeña ese papel en delitos especiales, es decir, en aquellos que exigen sujeto activo calificado, sin contar con la calidad jurídica, profesional o natural exigida por el tipo respectivo.

El interviniente, por lo tanto, más que una forma de participación fenomenológicamente diferenciada, es un modo de catalogar la actuación del coautor que, sin la cualificación legislativamente exigida, concurre a la realización de un tipo especial. Por esta razón, la participación a título de interviniente supone la previa verificación de que se ha actuado, realmente, bajo los supuestos fácticos de la coautoría. Si ello no es verificado, no hay modo alguno de graduar el desvalor de la conducta al amparo de dicha figura.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no hay discusión en que FJBL, en su calidad de juez, no intervino ni participó en la falsedad plasmada por el funcionario de reparto, que le dirigió a él un proceso específico. No hay evidencia de que, en ese concreto comportamiento, haya tomado parte bajo una división de tareas ni de que haya realizado individualmente el verbo rector de tipo penal. Por el contrario, el propio empleado encargado del reparto admitió que fue él, en solitario, quien ejecutó la conducta. En estas condiciones, no resulta procedente atribuirle la falsedad ideológica en la condición de interviniente.

La sentencia misma objeto del recurso reconoce que el ex juez, FJBL, no actuó “en la falsedad del acta de reparto, en cuanto, no se trataba del funcionario encargado de adelantar esa tarea”. Pero si esto es así -como en efecto lo es- resultaba a todas luces inconsistente la imputación del ilícito a título de interviniente, en la medida en que, como se ha destacado conforme a la jurisprudencia analizada, dicho dispositivo amplificador de la autoría presupone que el sujeto “asista la ejecución del verbo rector

realizando la conducta como suya, es decir, como un verdadero autor, ejerciendo cierto dominio o codominio funcional o material sobre la comisión del ilícito”.

De acuerdo con lo advertido, el hecho de hacer parte de la organización delictual podía implicar el conocimiento acerca de la falsedad que el servidor encargado del reparto normalmente ejecutaba para garantizar la asignación directa de un expediente. No obstante, ese mero conocimiento no presupone la participación, sino que es necesario la realización efectiva de una conducta, que lleve envuelto el dolo exigido por el artículo 286 del Código Penal. No obstante, lo anterior no resultó debidamente acreditado.

De esta manera, la Sala dispondrá la absolución del acusado, respecto del delito de falsedad ideológica en documento público, agravado por el uso».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: modalidades según si recae sobre la valoración probatoria o frente a la interpretación o aplicación de normas / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la Ley: Juicio ex ante de la conducta / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura

«Los fundamentos de la impugnación, sin embargo, no logran mostrar que el contenido de la decisión que se estima prevaricadora, en realidad, no lo era, a la luz de los fundamentos de la condena emitida en el fallo recurrido. El defensor intenta mostrar que el auto emitido por el procesado fue jurídicamente razonable, conforme a su propia apreciación de las evidencias. Sin embargo, la ostensible contrariedad con la ley radica en los problemas evidentes de justificación misma de la providencia dictada, como se muestra a continuación.

El tipo penal de prevaricato se caracteriza por los siguientes requisitos:

“(i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del

derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”.

Como lo indicó la Sala en la providencia objeto del recurso, no hay discusión respecto de los primeros dos elementos de la conducta. El acusado, en efecto, tenía la condición de Juez 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y se la atribuye la comisión del delito en el ejercicio de su función. Para el cargo fue debidamente nombrado y había tomado posesión del mismo. De igual forma, es claro que en ejercicio de sus funciones, mediante providencia del 20 de diciembre de 2012, resolvió la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento de detención preventiva, presentada por la defensa a favor de JRO. El problema es entonces si esta decisión puede estimarse, o no, ostensiblemente contraria a la ley.

Al respecto, la Sala ha sostenido que la resolución o providencia en cuestión debe transgredir “de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.»

Conforme a lo anterior, aquello que puede considerarse “ostensiblemente contrario a la ley” es susceptible de, por lo menos, dos manifestaciones. Se puede infringir la ley porque se interpreta arbitrariamente un precepto normativo o porque se parte de una apreciación probatoria que, de manera evidente, resulta irregular. Si la decisión responde a una interpretación admisible del derecho o a una valoración aceptable de las pruebas, no tendrá carácter prevaricador.

Conforme a lo anterior, una decisión puede ser prevaricadora si apela a una interpretación irrazonable de una disposición normativa. Esto, considerado su grado de indeterminación, la

ambigüedad semántica de sus expresiones y sintáctica en su conjunto, así como la equivocidad de su contexto regulativo. De igual manera, teniendo en cuenta el nivel de vaguedad que posean los predicados en los cuales se encuentre redactada la disposición. (En esta dirección, ver CSJ SP, 15 oct. 2014, Rad. 43.413, CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 40737).

(ii) La providencia también puede ser ilícita si la valoración de las pruebas, sobre cuya base se erige la decisión, se encuentra por completo viciada. Esto ocurre en aquellos supuestos en los que las inferencias efectuadas o, en general, la apreciación de los medios de convicción es por completo ajena a lo que estos demuestran, razonablemente considerados. En este sentido, la conclusión del razonamiento probatorio no solo desconoce los estándares de la sana crítica, sino que se funda en una justificación sofística o que denota “capricho y arbitrariedad” (Ver, al respecto, SP13905-2014, rad. 43413).

En el presente caso, el acusado resolvió la solicitud de revocatoria de detención domiciliaria solicitada a favor de JROR, entonces investigada por enriquecimiento ilícito de particulares.

[...] el acusado tomó en cuenta los elementos de convicción presentados por la defensa y a partir de ellos estimó que se generaba una seria duda sobre la inferencia de responsabilidad de la imputada en el delito atribuido. Incluso más allá del hecho de que el apoderado de la procesada había pretendido, a través de las pruebas, sustentar principalmente que los fines de la medida de aseguramiento habían desaparecido, el entonces juez FB los consideró únicamente para determinar que la inferencia de responsabilidad había sido debilitada. En su motivación, esta fue la razón que daría lugar a la revocatoria de la medida.

El problema, sin embargo, es que tales medios de convicción ninguna capacidad demostrativa tenían respecto de la inferencia de responsabilidad en cuestión. [...]

En los términos explicados en la presente decisión, la inferencia probatoria que llevó a cabo fue irrazonable, en la medida en que no solo desconoció estándares ordinarios de sana crítica, sino que arribó a conclusiones arbitrarias. Dicho de otro modo, el carácter manifiestamente contrario a la ley, predictable de la decisión, se verifica objetivamente, a partir de un razonamiento probatorio insostenible, expresado en el auto mediante el cual el procesado resolvió sobre la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento.

Ahora bien, el defensor afirma que la imputada resultó luego absuelta del delito imputado, razón por la cual, la inferencia razonable de autoría que sirvió originalmente para la detención preventiva no tenía la solidez que se le atribuye. Por ende, subraya, la cuestionada revocatoria de la medida por parte del juez BL fue acertada. En relación con lo anterior, la Sala ha clarificado que el análisis sobre la manifiesta oposición a la ley de la decisión debe ubicarse en el tiempo y las condiciones precisas en las cuales servidor público resolvió:

[...]

De acuerdo con lo anterior, en términos generales, no es dable tomar en cuenta variables y elementos de juicio verificados con posterioridad a la decisión que se cuestiona para determinar si esta fue, o no, violatoria del ordenamiento jurídico. Al efecto, solo pueden contar las circunstancias de hecho y, cabe precisar, las normas de derecho entonces vigentes, que condicionaron la producción la resolución. Este es un elemento que permite evaluar con ecuanimidad si el pronunciamiento fue consciente y voluntariamente orientado a infringir la ley.

En este asunto, el hecho de que con posterioridad se haya determinado que la imputada no es responsable del delito por el cual se le acusó, no conduce a que la determinación del entonces juez de control de garantías, FJBL, al analizar las pruebas y atribuirles un efecto que evidentemente no tenían, haya sido acorde a la ley. La ilicitud de la decisión emerge del problema intrínseco y objetivo de su justificación, explicado ampliamente con anterioridad. Su contrariedad con el ordenamiento jurídico no puede ser deducida a partir de un análisis general sobre la responsabilidad final de la procesada.

Además, como lo consideró la sentencia recurrida, los momentos procesales y, en particular, los objetos de las decisiones son distintos. En efecto, el acusado, en su condición de juez de control de garantías, analizó, conforme a las pruebas, una inferencia razonable de responsabilidad de la imputada en la fase de la investigación (Art. 287 de la Ley 906 de 2004), en el marco de la imposición de una medida preventiva. En cambio, en la decisión de condena, el juez de conocimiento debió determinar el conocimiento sobre la responsabilidad de aquella, más allá de toda duda razonable (Art. 381 ídem). Los umbrales de conocimiento sobre la responsabilidad penal, en función de las diferentes finalidades que deben soportar, son también diversos.

En el mismo sentido, tampoco resulta relevante el hecho de que la Fiscalía y el Ministerio Público, en su momento, no hayan recurrido la decisión de revocar la medida de aseguramiento, adoptada por el acusado, como lo estimó la sentencia de primera instancia. La actuación práctica de las partes e intervinientes no tiene incidencia alguna en la irregularidad interna y sustancial de la decisión cuestionada. La ilegalidad de la providencia no surge del hecho de si en su momento fue más o menos acogida, o de si coincide, en últimas, con decisiones procesales posteriores. Surge de que, objetivamente, se basó en una valoración inadmisible a la luz de un margen básico de razonabilidad judicial.

Por último, el recurrente señala que en gran parte de la sentencia, la Corte afirmó que el ánimo criminal del acusado fue el de obtener lucro, pero que no se muestra cuál fue la utilidad obtenida por aquél. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que la obtención de provecho es un elemento que, según las pruebas practicadas en el juicio oral, permeó la organización delincuencial de la cual formó parte del acusado, así como otros funcionarios y empleados judiciales. Se trataba del móvil que generó la asociación para delinquir, cuya participación por parte del procesado quedó debidamente demostrada en los fallos de primera y segunda instancia.

Sin embargo, obsérvese que no se trata de un ingrediente requerido por la estructura típica del prevaricato. Por lo tanto, aunque particularmente el empleado que manipulaba el reparto de las audiencias haya declarado que se entregaba dinero por las maniobras ilegales que conducían a decisiones favorables a terceros, no es necesario que en este caso se haya demostrado que el acusado haya recibido dinero u otro beneficio a cambio de la decisión. Es suficiente mostrar, en torno al objeto principal de debate en el marco de la impugnación, que la decisión adoptada fue manifiestamente contraria a la ley, como en efecto ocurrió.

La patente contrariedad con el ordenamiento jurídico de la providencia dictada por el ex juez FJBL, conforme a la argumentación planteada en párrafos anteriores, ha quedado suficientemente probada. En particular, sobre la base del análisis del razonamiento probatorio, por completo inconducente, en el cual apoyó su decisión de revocar una medida de aseguramiento. Así, la Sala dispondrá la confirmación de la decisión condenatoria en relación con este delito».

CASACIÓN - Redosificación punitiva: derivada de la exclusión de un delito / **CONCURSO** - Dosificación punitiva

«Como se indicó, la sentencia recurrida, además de confirmar la responsabilidad penal del acusado en el concierto para delinquir, lo condenó también por falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, y por el delito prevaricato. Dado que en la presente decisión se dispondrá, por las razones expuestas, revocar y absolver al procesado por el delito contra la fe pública y confirmar la condena por el prevaricato, habrá de efectuarse la correspondiente redosificación punitiva. A ello se procederá en los siguientes términos.

[...]

Pues bien, dado que ahora se dispondrá la absolución por la conducta de falsedad en documento público agravada por el uso, se sustraerá lo que la sentencia recurrida incrementó (25 meses), en el cálculo por el concurso de delitos (111 meses y 23 días de prisión). En estas circunstancias, la pena quedará fijada en 86 meses y 23 días de prisión. La pena de multa se mantendrá en 105.54 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues de los tres delitos imputados, únicamente se encuentra prevista para el concierto para delinquir.

En relación con la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la sanción tiene el carácter de principal para los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público y de accesoria respecto de la conducta delictiva de concierto para delinquir. Sin embargo, el fallo recurrido precisó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala, en caso de concurso, debe en todo caso seguirse las reglas de dosificación previstas en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Por lo tanto, partió de 93 meses y 1 día, tiempo de inhabilitación establecida para el prevaricato por acción agravado, en consideración a que era la más gravosa. A este lapso aplicó un incremento en el mismo porcentaje en que aumentó la pena de prisión en virtud de los delitos de concierto para delinquir y falsedad ideológica en documento público (41.66%). En consecuencia, determinó esta sanción en 147 meses y 16 días.

Como se absolverá por la conducta contra la fe pública, entonces, la sanción básica de 93 meses y 1 día, se incrementará en 41,66% pero únicamente respecto de la sanción de inhabilitación fijada para el concierto para delinquir. De 55 meses, que fue la pena fijada para esta conducta punible, el referido porcentaje equivale a 22,913, es decir, a 22 meses y 27 días. En consecuencia, la pena definitiva de inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciona públicas quedará establecida en 115 meses y 28 días».

PRISIÓN DOMICILIARIA - Improcedencia: Cuando la condena sea por delitos contra la Administración Pública / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: revoca parcialmente

«El recurrente solicita la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, en consideración a que los hechos por los cuales se impuso la condena acontecieron en los años 2012 y 2013, cuando no estaba prohibido ese mecanismo sustitutivo para los delitos por los cuales se juzga al procesado.

La Sala observa que la petición anterior no está llamada a prosperar. La providencia judicial constitutiva del delito de prevaricato por acción fue emitida el 20 de diciembre de 2012. En este sentido, contrario a lo sostenido por el recurrente, la modificación introducida por el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011 al artículo 68A del Código Penal, ya impedía conceder la prisión domicilia en casos de comisión de conductas punibles como la mencionada.

En consecuencia, no hay lugar el otorgamiento del mecanismo sustitutivo solicitado».

Inicio

5. CONCUSIÓN - Elementos: abuso del cargo o de la función / **INFORMÁTICA FORENSE** -

Análisis link: de información extraída de teléfono celular / **GRABACIONES** -

Apreciación probatoria: Cuando su contenido se ratifica por testigos / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Grabación: whatsapp / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Y.L.H.A. y coadyuvado por ella, contra el fallo proferido por el Tribunal de la misma ciudad, que la condenó como autora del delito de concusión.

En esta oportunidad, la Corte confirmó la providencia recurrida, al encontrar demostrada la responsabilidad de la procesada en la comisión del delito por el que fue condenada.

Para ello, la Sala analizó los elementos y características del punible de concusión, así como la debida valoración probatoria de la información extraída de un teléfono celular y de las grabaciones.

De otra parte, consideró que algunas de las entrevistas previas al juicio, fueron indebidamente incorporadas a la actuación y finalmente apreciadas por el Tribunal en el fallo, como si se tratara de testimonios adjuntos, sin haber observado las reglas para conseguir tal condición; empero, a su juicio, se cumplieron las exigencias para que tales exposiciones previas sirvieran a la Fiscalía

para impugnar credibilidad a los declarantes, dada la ambigüedad e imprecisión de sus relatos en la vista pública.

SP2084-2022(60917) de 15/06/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La Fiscalía recibió de una fuente no formal, en medio magnético, una conversación del 7 de septiembre de 2016 entre una mujer y un hombre, en la cual se alude a que, al individuo, le era exigida a través de tres o cuatro personas, una suma de dinero supuestamente para una subdirectora seccional de fiscalía, a fin de que no le fuera imputada la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y no se le privara de la libertad.

2. Se estableció que la mujer era la Fiscal 17 de Infancia y Adolescencia de Sincelejo.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Elementos: abuso del cargo o de la función / **CONCUSIÓN** - Metus publicae potestatis / **CONCUSIÓN** - Demostración

«El delito de concusión requiere constreñimiento, inducción o solicitud por parte del servidor público, pero la defensa parte de un supuesto falso y no acreditado dentro de la actuación, al decir que la acusada no actuó con abuso de su cargo o

funciones, pues a lo sumo como ciudadana particular pretendió servir de intermediaria entre MC y FS, Subdirectora Seccional de Fiscalía, para que dialogaran.

Tal afirmación no se compadece con la transliteración de la conversación telefónica, pues no se trata de la solidaria colaboración de una funcionaria para que un individuo se entreviste con su jefe en la Fiscalía, sino de la respuesta a quien desesperado por varios mensajes recibidos de diversas personas acerca de que le eran solicitados ilegalmente 60 millones de pesos, se comunica con quien está a la cabeza de tal entramado de presiones, y aquella, sin negar de manera alguna que le haya enviado emisarios para tal fin, se muestra solicita a promover su entrevista con FS, lo cual descarta la desinteresada, inocente e ingenua intervención de la Fiscal YH al respecto.

Desde luego, en la conversación grabada, la acusada no solicitó dinero a su interlocutor, pues el proceder fue pedirlo para ella o su jefe, a través de terceras personas y por eso MC decidió grabar la conversación junto con su amigo OG, charla en la cual se refirió a la suma solicitada y frente a ello la procesada no se inmutó ni se opuso vehementemente como sería lo obvio si fuera ajena a la concusión, mostrándose eso sí molesta por abordar tal temática a través de la vía telefónica.

No se afectó el derecho a la defensa de la doctora YH al ser acusada por constreñir, pero condenársele por solicitar, pues lo que finalmente importa conforme al principio de congruencia entre acusación y fallo es que se mantenga el núcleo fáctico , esto es, la conducta de enviar emisarios a MC solicitando inicialmente 100 millones de pesos, luego 80 y finalmente 60, con el propósito de evitar que le fuera imputado el delito de enriquecimiento ilícito y se le privara de la libertad, lo cual no negó en la conversación telefónica grabada por la víctima, máxime si en este caso se condenó por el mismo delito que fue acusada y conlleva igual sanción.

La afirmación del defensor referida a que la Fiscal HA no abusó de sus funciones y tampoco constriñó a MC, pues no se utilizaron medios coactivos o la amenaza de un acto de poder, no se corresponde con lo demostrado en la actuación.

En efecto, basta con leer con detenimiento el texto de la conversación tantas veces mencionada, para advertir que la víctima fue

amenazada con ser imputada y privada de su libertad si no entregaba el dinero que a través de terceras personas fue solicitado por la Fiscal YH en nombre de su jefe, la Subdirectora de Fiscalía FS.

Sin duda alguna, tal proceder configura un escenario de evidente intimidación ante la amenaza de un mal, es una coacción para conseguir el dinero solicitado, el llamado metus publicae potestatis, que lleva a la víctima a rendirse ante las pretensiones del agente, pues quedó demostrado que CS contactó a la acusada para lograr una reunión con el fin de concretar esas solicitudes, pues se le amenazaba que de no acceder a la entrega de la suma pretendida en una semana, se le formularía imputación y se le privaría de libertad.

Además, tal sería el temor de CS, que decidió grabar la conversación telefónica, procedimiento que no es utilizado por regla general entre las personas respecto de conversaciones corrientes y despojadas de cualquier entidad delictiva.

Contrario a lo expuesto por el recurrente, no es ilógico que si su asistida solicitó el dinero, promoviera una charla entre la víctima y la Subdirectora de Fiscalía sobre el tema, pues está claro que con tal respuesta pretendía dar seguridad a MC acerca de la posibilidad de contactarlo con aquella y sacar avante su proceso por el delito de enriquecimiento ilícito una vez recibida la ilegal prestación económica, asegurando que no sería privado de su libertad.

Acerca de que no fue probado el abuso del cargo por parte de la procesada, concretado en acceder al sistema informático SPOA de la Fiscalía específicamente a los trámites adelantados contra MC, ajenos a su función como Fiscal de Infancia y Adolescencia, en cuanto la defensa adujo que tales consultas las efectuó JGM, lo cierto es que WP, Ingeniero del CTI, declaró en el debate oral de qué forma consiguió constatar que con el usuario de la doctora HA se realizó la consulta de trámites adelantados contra MC el 15 y 19 de mayo de 2016, específicamente respecto de dos noticias criminales: Una, en la cual es denunciante JRD, y en la otra, PTMI , con mayor razón si fue ella quien a través de intermediarios y aludiendo a tales procesos, uno de ellos cursante contra CS en la Fiscalía 22 de Sincelejo, solicitó el dinero a dicho indiciado, además de que se molestó por hablar del tema con aquél a través del celular e insistió en que todo el asunto era

promovido por su jefe FS y a ella le correspondía colaborarle sobre el particular».

CONCUSIÓN - Demostración

«[...] no puede deducirse que la solicitud del dinero era realizada por la doctora YH a instancia de su jefe FS, pues por tratarse de una Fiscal, esto es, de una servidora pública, no solo no estaba obligada a cumplir órdenes manifiestamente ilegales, sino que además tenía la obligación de denunciar tal comportamiento punible (artículo 67 de la Ley 906 de 2004), so pena de incurrir en el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia (artículo 417 de la Ley 599 de 2000), sin perjuicio de la respectiva acción disciplinaria por no cumplir con el deber de denunciar. En todo caso y tal como se expresó en el fallo impugnado, será en el proceso adelantado contra FS que se dilucide su responsabilidad por estos sucesos.

Es verdad que no se estableció quiénes fueron los terceros que llevaron las razones a MC sobre la petición de dinero, pero de la charla se infiere que tales solicitudes ilegales no eran ajenas a la acusada, quien para dar fuerza a la intimidación y capacidad para resolver el problema judicial en el cual estaba inmerso aquél, le insistió en que el asunto era liderado por su jefe FS con quien debía reunirse.

[...]

Sí se demostró que fue la acusada quien a través de terceras personas solicitó dinero a MC para que hablara con su jefe y recibiera un tratamiento especial en el proceso adelantado en su contra por enriquecimiento ilícito, pues pese a que CS se lo mencionó en la conversación grabada, ella no se opuso de manera alguna ni negó tal proceder.

Es cierto que no se probó que la procesada “tuviera un contacto corrupto con el tal P y menos aún con el Fiscal que llevaba el caso MCI”, ni siquiera se acredito quién era “P”, pero tales omisiones de la Fiscalía no dan al traste con la acreditación de la materialidad del delito de concusión, ni con la responsabilidad penal de la acusada como autora del mismo».

INFORMÁTICA FORENSE - Análisis link: de información extraída de teléfono celular / **GRABACIONES** - Apreciación probatoria: Cuando su contenido se ratifica por testigos / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Grabación: whatsapp / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: corresponde al juez

«Como el apelante cuestionó el análisis link realizado al celular de la doctora YH por la perito SS, baste resaltar que la intervención de MC y la procesada en la conversación telefónica que obra como prueba fundamental en este proceso, no fue desconocida por ninguno de los dos, de manera que más allá de si antes de estos hechos se comunicaban desde sus abonados celulares o no, o si la acusada hablaba por tal medio con PM o no, tales circunstancias no restan fuerza demostrativa sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal objeto de este diligenciamiento.

Si PM no fue llevado por la Fiscalía al juicio, tal omisión no tiene la virtud de acreditar la atipicidad de la conducta o la inocencia de la procesada.

Como el defensor aseveró que si CS expuso a la Fiscal acusada el tema de las comunicaciones recibidas de terceros acerca de un dinero solicitado por las directivas de la Fiscalía, ella no cometió delito alguno al decirle que hablará directamente con la Dirección o Subdirección de Fiscalía de Sincelejo, advierte la Sala que la defensa ensaya sin éxito una lectura sesgada del acontecer acreditado en el proceso, pues como se constata en la conversación telefónica, MC es contundente al decirle que ella sabe del dinero que se le está pidiendo a cambio de no seguir con el proceso adelantado en su contra y no “ponerlo preso”, luego no se trata de la charla entre un ciudadano y una funcionaria de la Fiscalía que le brinda su apoyo desinteresado en orden a comunicarlo con sus superiores.

De otra parte, se tiene que, si entre la acusada y CS existieron o no comunicaciones previas a la del 7 de septiembre de 2016, lo que importa es que la de esta fecha fue la conversación grabada, en la cual se entiende que además de la molestia de ella por abordar temas tan delicados por vía telefónica, no hizo el menor esfuerzo por negar a MC que varias personas le habían solicitado a instancia suya el dinero para su jefe, la Subdirectora de Fiscalía.

De igual manera, si la operadora Claro Móvil informó que el abonado [...] del que supuestamente se comunicó con el celular de la acusada MC, estaba desactivado para el 7 de septiembre de 2016, lo cierto es que no se configura duda alguna que deba ser resuelta en favor de la Fiscal HA. Es decir, seguramente se trató de un error de la mencionada empresa de telefonía celular, que

como toda prueba es susceptible de valoración por parte del fallador sin que su contenido lo obligue a tenerla como verdad absoluta, yerro suplido por el Tribunal y en esta sede con la grabación de la llamada telefónica y con el análisis link de SS, funcionaria del CTI, quien expuso en el debate oral que entre los celulares de MC y la acusada se realizaron dos comunicaciones el 7 de septiembre de 2015.

También se tiene que si los documentos sobre búsqueda selectiva de datos del celular [...] de la procesada YH, sobre los cuales la defensa se opuso a su incorporación, no ingresaron al juicio por no haber sido decretados, su aporte demostrativo es irrelevante acerca de la materialidad del delito y la responsabilidad de la procesada, pues más allá de establecer cuáles abonados celulares se comunicaron con ella o hacia cuáles efectuó llamadas, se cuenta con la grabación de la conversación que sostuvo con MC».

GRABACIONES - Valoración probatoria / PRUEBA DOCUMENTAL - Grabaciones de audio: incorporación

«Si bien el defensor dedicó parte importante de su escrito de apelación en procura de demostrar que el audio origen de este proceso fue cortado, olvidó demostrar que el real o supuesto recorte recayó sobre apartes importantes de la conversación, pese a lo cual insistió en que fue cercenado el fragmento final cuando CS le ofreció disculpas a la Fiscal HA por el mal entendido.

Al respecto, es pertinente indicar que aún si efectivamente tuvieron lugar las disculpas, no se descarta el tema abordado en la conversación telefónica que él grabó, en el cual la víctima le hizo alusiones directas e inequívocas a la acusada, que de ninguna manera negó, mostró sorpresa, se enojó o dijo ser ajena a los hechos, pues por el contrario, se ubicó en la posición de quien servía de puente entre MC y FS para que abordaran el tema relativo al monto de la suma solicitada para “arreglar” sus dificultades judiciales y librarlo de la privación de libertad.

Ninguna trascendencia tiene la queja de la defensa referida a que respecto de la grabación no se practicó cotejo de voces para establecer si la interlocutora era YH pues, de una parte, MC dijo que se trataba de ella, y de otra, ni la acusada ni su defensor manifestaron que no fuera la voz femenina que aparece en la transliteración de la

conversación telefónica, todo lo cual la dota de autenticidad.

[...]

Si en el análisis link realizado por la mencionada experta SS se estableció que la llamada del 7 de septiembre de 2016 entre MC y la procesada duro 3 minutos y 10 segundos , pero la apreciada en el proceso duró 2 minutos y 51 segundos, según lo declaró el Ingeniero WP, podría aceptarse que faltan 19 segundos, pero ello no descarta de manera alguna la ocurrencia de la conversación, el tema tratado, los asertos de MC y las respuestas de YH, de modo que, contrario al planteamiento del recurrente, no se encuentra mermada la credibilidad que pueda otorgarse a tal grabación.

[...]

Asunto diverso es que el recurrente pretenda, mediante la lectura sesgada de algunos apartes, mostrar a la acusada como una simple colaboradora de buena fe de la Fiscalía, para con un ciudadano que solo la consultaba, circunstancia que descarta vicios de autenticidad o mismidad reclamados por el apelante, aún si hay ruidos de fondo e interferencias sonoras.

No sobra recordar que MC no sabía cómo grabar la conversación telefónica con su celular, motivo por el cual acudió a su amigo de la infancia OG, quien luego de colocar el dispositivo de aquél en altavoz, procedió con su celular a grabar la charla, para acto seguido enviársela por whatsapp».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: cuando se utilizan para impugnar credibilidad o como testimonio adjunto, diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, valoración probatoria

«Dado que también el defensor se quejó de la indebida incorporación de testimonios adjuntos, referidos a las entrevistas previas al juicio de MC y OG, pues no fueron sentadas las bases para ello, la Fiscalía le puso de presente en el juicio al primero tal exposición y fue leída en su totalidad y algo similar

ocurrió con la segunda, para entonces ser introducidas, no como medios de impugnación de sus declaraciones, sino como testimonios adjuntos, en contra de lo dispuesto por la jurisprudencia al respecto (SP, 25 oct. 2017. Rad. 50876), [...]

La Sala ha diferenciado las entrevistas anteriores al juicio cuando son incorporadas al debate como testimonios adjuntos, de cuando son utilizadas como medios para impugnar credibilidad, [...]

Para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto es necesario que: (a) El declarante se retrakte en la vista pública de lo narrado antes, (b) Ese testigo esté disponible para declarar en el debate oral, (c) La declaración anterior sea incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o a qué segmentos otorga valía, motivando su decisión, (d) La parte interesada solicite la incorporación de la declaración anterior al juicio como prueba, esto es, como testimonio adjunto. Desde luego, en un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior, (e) Si el juez admite su incorporación excepcional, entonces tiene el carácter de testimonio adjunto o complementario, lo cual permite diferenciar tal exposición previa al juicio de otras figuras, como la prueba de referencia, las declaraciones anteriores para refrescamiento de memoria o para impugnación de credibilidad.

[...]

En las mismas providencias ha señalado la Sala que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, pues la necesidad de acudir a ellas surge en el curso del interrogatorio y se encuentra establecida expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

Entonces, la jurisprudencia ha dispuesto ciertas reglas en orden a evitar que, pretextando la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, en realidad se proceda a su indebida incorporación como pruebas, afectando el debido proceso probatorio. En tal sentido, de un lado, corresponde a la parte interesada demostrar que ese uso resulta necesario conforme a los fines señalados en los

artículos 391 y 403 ya mencionados, esto es, sentar las bases.

Y de otro, utilizar tales declaraciones para demostrar contradicciones u omisiones importantes en el relato, con el propósito de menguar la verosimilitud y/o la credibilidad del testigo.

Las mencionadas reglas son:

“(i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas”.

En suma, la impugnación de la credibilidad corresponde a un procedimiento distinto de la incorporación de una declaración anterior como testimonio adjunto. La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al declarante, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una versión rendida antes del juicio, cuando el testigo se ha retractado en el debate oral, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como prueba al dictar el fallo.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, considera la Corte que le asiste razón al recurrente, pues las entrevistas previas al juicio de MC y OG, utilizadas para impugnar su credibilidad en el debate oral, fueron indebidamente incorporadas a la actuación y finalmente apreciadas por el Tribunal en el fallo, como si se tratara de testimonios adjuntos, sin haber observado las reglas para conseguir tal condición.

Sin embargo, constata la Sala que más allá del mencionado error del Tribunal, se cumplieron las exigencias para que tales exposiciones previas sirvieran a la Fiscalía para impugnar credibilidad a los referidos declarantes, dada la ambigüedad e imprecisión de sus relatos en la vista pública, en especial en cuanto se refiere a CS, por las siguientes razones:

(1) En el interrogatorio del mencionado ciudadano en el juicio, la Fiscalía manifestó que las entrevistas previas serían utilizadas para impugnar su credibilidad pues “en desarrollo de la deposición rendida ha incurrido en ciertas imprecisiones en atención a la información que suministró el 15 de octubre de 2016, el propósito es, en algunos temas puntuales impugnar su credibilidad y como ha anunciado que recuerda exactamente lo que dijo en la entrevista, en atención a eso se le formularán las preguntas”, es decir, indicó que entre la versión anterior al debate y la rendida dentro de él había contradicciones específicas, sin que correspondiera en su integridad a una nueva versión distinta de la anterior, pues allá refirió que las solicitudes de dinero a través de terceros eran promovidas por YH, mientras que luego aseveró que eran dispuestas por CB y FS, luego sentó las bases.

(2) En el interrogatorio se le dio el chance de pronunciarse sobre la contradicción determinada, sin que fuera claro al respecto, pues se limitó a decir que luego de rendir la entrevista hizo averiguaciones privadas y llegó a la conclusión de que YH no era quien solicitó por medio de terceros el dinero y, por el contrario, él acudió a ella para que lo

ayudara a grabar una charla con las referidas directivas de la Fiscalía de Sincelejo, luego es necesario tener en cuenta el tema específico y atinente de la entrevista anterior.

(3) Como CS no aceptó la impugnación de credibilidad, la Fiscalía solicitó que leyera en voz alta el apartado pertinente de su declaración anterior, a lo cual procedió.

[...]

Descartados los precisos temas declarados por MC sobre los que versó la impugnación de credibilidad, encuentra la Sala que a partir de la prueba sobre el acceso del usuario de la acusada al sistema informático SPOA en orden a averiguar por las actuaciones penales adelantadas contra MC, además de las razones que éste recibió sobre la solicitud de dinero y, de manera especialmente importante, con la grabación que él mismo efectuó en asocio con OG, se consigue reconstruir el cuadro conjunto en orden a establecer que la doctora YH solicitó a CS, a través de terceras personas, una suma de dinero pretextando que su jefe FS conseguiría favorecerlo dentro del proceso adelantado en su contra por la Fiscalía 22 Seccional de Sincelejo por el delito de enriquecimiento ilícito cuando se desempeñó como alcalde del municipio de [...], además de asegurarse de que no sería privado de la libertad, temática abordada a espacio en la referida conversación telefónica grabada».

- 6.DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, borrar, diferente a eliminar / **DAÑO INFORMÁTICO** - Es relevante analizar si hay la posibilidad de restaurar o recuperar el dato para que se configure la tipicidad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Diferente al delito de obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación / **DAÑO INFORMATICO** - Elementos: ingrediente normativo, que el sujeto activo carezca de facultades para ejecutar el borrado, supresión o alteración de los datos o del sistema

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación promovida por el defensor de G.K.G.S. contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual revocó la decisión de absolver a la acusada y, en su lugar, la condenó como autora del delito de daño informático.

La Corte revocó la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, absolvió a la procesada, por atipicidad de su conducta, debido a que, no borró datos informáticos, no le fue imputada la carencia de facultades para desarrollar una acción de tal naturaleza y existen dudas sobre el dolo.

En tal sentido, analizó los elementos y características de los delitos de daño informático y obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación, así como las diferencias existentes entre ellos y la antijuricidad requerida para poder condenar.

SP2699-2022(59733) de 03/08/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Desde el 10 de septiembre de 2012, G.K.G.S. se desempeñó como trabajadora de una Cooperativa en la ciudad de Bucaramanga, primero, como analista de la oficina de recursos humanos y, a partir del 1 de agosto de 2014, como jefa de esa misma dependencia.
2. El 27 de enero de 2015, después de ser notificada que sería despedida a partir del día siguiente por decisión unilateral de su empleador; la trabajadora, cuya jornada laboral finalizaba a las 6:00 p.m., entre las 5:16 y las

5:26 p.m. manipuló el equipo servidor que almacenaba la información del área de recursos humanos -conectado en red con otros 3 dispositivos- y procedió a mover 64 archivos desde su ubicación en una carpeta compartida denominada NAS hasta la «papelera de reciclaje».

3. Al día siguiente, cuando quien reemplazó en el cargo a G.K.G.S., comunicó que no encontraba los archivos del equipo servidor, el consejo de administración de la empresa prohibió la manipulación del dispositivo, inclusive por el jefe de sistemas de la empresa, hasta que fuera examinado en el marco de una investigación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS CONTRA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS - Convenio de Budapest: vinculante para el ordenamiento jurídico / **DAÑO INFORMÁTICO** - Normativa aplicable: convenio de Budapest / **DAÑO INFORMÁTICO** - Puede recaer de manera alterna sobre datos informáticos o sistemas informáticos / **DAÑO INFORMÁTICO** - Bien jurídico tutelado: la integridad / **OBSTACULIZACIÓN ILEGÍTIMA DE SISTEMA INFORMÁTICO O RED DE TELECOMUNICACIÓN** - Bien jurídico tutelado: el funcionamiento y acceso / **DELITOS CONTRA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS** - Dato informático: concepto / **DELITOS CONTRA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS** - Sistema informático: concepto / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, alcance

«El artículo 269D del Código Penal describe el supuesto de hecho del delito en mención así: “El que, sin estar facultado para ello, destruya, dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos, o un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, ...”. Dicha conducta constituye uno “de los atentados contra la confidencialidad, la integridad y disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos” (capítulo I, título VII bis).

Ese tipo penal busca asegurar, en términos generales, “la protección de la información y de los datos”, bien jurídico que fue introducido en el estatuto penal colombiano por la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 siguiendo las directrices sustantivas trazadas por el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que es un tratado multilateral suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001 por los Estados miembros del Consejo de Europa (y por 4 Estados no miembros: Canadá, Japón, Sudáfrica y Estados Unidos de América).

[...]

De esa manera, en Colombia son 2 grupos de conductas los constitutivos de daño informático: (i) destruir, dañar, borrar, deteriorar, alterar y suprimir un dato informático, y (ii) destruir, dañar, borrar, deteriorar, alterar y suprimir un sistema de información; en ambos eventos sin que el sujeto agente cuente con autorización para realizar tales comportamientos.

[...]

Esos 2 objetos posibles de las acciones típicas referidas o, lo que es igual, las cosas o bienes (tangibles o intangibles) sobre las que aquellas pueden recaer; fueron definidos en el artículo 1 del tratado multilateral que, recuérdese, hoy día es vinculante en el ordenamiento jurídico interno dada su aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 1928/2018, así:

- a) Por “sistema informático” se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa;
- b) por “datos informáticos” se entenderá cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función;

Y, en relación con el alcance de los verbos rectores del delito de daño informático resulta pertinente la remisión al “Informe explicativo del Convenio de Budapest” (STE núm. 185), un documento también aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y cuya finalidad es, precisamente, facilitar la aplicación de dicho instrumento».

DAÑO INFORMÁTICO - Elementos: verbos rectores, borrar, diferente a eliminar / **DAÑO INFORMÁTICO** - Es relevante analizar si hay la posibilidad de restaurar o recuperar el dato para que se configure la tipicidad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, borrar, tentativa / **DAÑO INFORMÁTICO** - Principio de lesividad / **ANTIJURIDICIDAD** - Principio de lesividad / **DERECHO PENAL** - Carácter fragmentario: sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables, contra los bienes jurídicos

«Un archivo digital está guardado cuando su contenido (bytes) permanece en el medio magnético. Al eliminar un archivo, el medio magnético no elimina su contenido si no que pierde su referencia o dirección de ubicación. Un borrado seguro o eliminación definitiva se da

cuando se sobreescribe o se reemplaza la información donde se encontraba almacenado el archivo.

Como quiera que, según las directrices expuestas, el borrado de datos requerirá siempre la producción de un resultado material; es claro que esta modalidad delictiva admitirá la tentativa cuando el agente inicie su ejecución mediante actos idóneos e inequívocos y aquel no se produzca por causas ajenas a su voluntad (art. 27 C.P.).

No ha de olvidarse que el principio de lesividad solo permite tener por delictivos los comportamientos que causen o puedan ocasionar un menoscabo efectivo del bien jurídico que busca proteger el tipo penal (art. 11 C.P.) y que, en la misma línea, el principio de fragmentariedad restringe el castigo penal a los atentados de mayor intensidad. En consecuencia, el daño a la integridad del dato debe revestir cierta gravedad porque si es inocuo, insignificante o aparente para la seguridad informática no será típico siquiera.

[...]

Una cuestión de especial atinencia para el caso que se juzga es si la posibilidad de restauración o recuperación de los datos excluye la tipicidad de la conducta de daño informático en la modalidad de “borrar”.

La Corte no pretende dar una respuesta absoluta al tema, entre otras razones, porque el tipo penal en mención describe un número amplio de hipótesis alternativas, de manera que, por ej., lo que se concluya respecto al borrar datos quizás no sea aplicable de manera automática cuando esta conducta recae en un sistema informático. Además, la velocidad exponencial de los avances tecnológicos conlleva un ritmo igualmente acelerado de su uso por parte de los delincuentes cibernéticos; por tanto, existirán comportamientos humanos que puedan configurar daños informáticos que aun hoy escapan a la imaginación.

De otra parte, no puede olvidarse que la materia de los cibercrimenes es una creación legislativa de época reciente, tanto a nivel nacional como internacional, que en muchas de sus particularidades no alcanza a explicar de manera satisfactoria la tradicional teoría del delito, especialmente porque acontecen, por regla general, no en el mundo físico sino en el ciberespacio con todo lo que esto implica en el ámbito de la conducta penalmente relevante.

Siendo así, se formularán unas consideraciones generales y la posición que finalmente se adopta es la que resuelve la singularidad de la situación

jurídica (daño informático por borrar datos) y fáctica (mover archivos desde su ubicación original en el dispositivo hasta la «papelera de reciclaje») que ahora se estudia».

DAÑO INFORMÁTICO - Bien jurídico tutelado: la integridad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Protege de manera indirecta el acceso a los sistemas informáticos y a los datos / **DAÑO INFORMÁTICO** - Diferente al delito de obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación / **OBSTACULIZACIÓN ILEGÍTIMA DE SISTEMA INFORMÁTICO O RED DE TELECOMUNICACIÓN** - Delito autónomo

«De acuerdo al espíritu y finalidad de la legislación internacional, acogida por Colombia primero como referente técnico y después como norma vinculante, con la prohibición de las interferencias a los datos informáticos se busca proteger, principalmente, la integridad de estos y las plurales formas de atentados suponen distintos grados de afectación a ese bien jurídico; así, por regla general, el borrado y la supresión acarrean el máximo daño (destrucción o desaparición), mientras que el deterioro y la alteración suponen uno parcial o de menor entidad.

[...]

Los delitos introducidos por la Ley 1273/2009 (título VII bis), ciertamente, constituyen “atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos”; sin embargo, no todos afectan simultáneamente esos 3 componentes de la seguridad informática o, por lo menos, no lo hacen en la misma medida, de modo similar a lo que ocurre con las plurales formas de ataque al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales (título IV).

[...]

Aun cuando los supuestos típicos del daño informático (destruir, dañar, borrar, deteriorar, alterar y suprimir), suponen también al final un menoscabo a la disponibilidad de los datos; esto ocurre de manera indirecta o colateral porque los verbos rectores alternativos entrañan -y presuponen-, en primerísimo lugar, un atentado a la integralidad de aquellos.

Por si lo anterior fuera poco, la conducta de impedir u obstaculizar el “acceso normal a un sistema informático, a los datos informáticos allí contenidos, ...”, constituye un tipo autónomo (art. 269B) cuya salvaguarda prioritaria, como se desprende de la misma descripción típica, sí es la disponibilidad de los datos -y de los sistemas

tecnológicos de la información y las comunicaciones-.

[...]

En todo caso, cualquiera sea el sentido o alcance que se asigne a los verbos rectores alternativos del tipo de daño informático, algunos de los cuales parecen redundantes o que se sobreponen, lo que deviene incuestionable es que ninguno de aquellos podrá sancionar la conducta que carece de idoneidad para lesionar o poner en peligro efectivamente la integridad de los datos informáticos almacenados en un dispositivo, que es el bien jurídico principal que busca proteger la prohibición típica».

DAÑO INFORMÁTICO - Elementos: verbos rectores, borrar, concepto / **DAÑO INFORMÁTICO** - No se configura: atipicidad de la conducta

«[...], desde el punto de vista jurídico-penal, la acción de GKGS consistió, exclusivamente, en trasladar 64 archivos desde la carpeta NAS a la “papelera de reciclaje” del equipo servidor, la totalidad de los cuales permaneció inalterada.

Mal puede afirmarse, entonces, que la acusada “borró” datos informáticos porque ni estos desaparecieron del dispositivo de almacenamiento (disco duro del equipo servidor en red) ni se tornaron ilegibles; por el contrario, se insiste, se conservaron integros. Y, la razón por la que no fueron restaurados a su ubicación original de manera inmediata, y quizás muy sencilla, fue que los directivos de la empresa impidieron cualquier intento de hacerlo. De esa manera, la eventual afectación a la disponibilidad de los datos no obedeció al comportamiento de la procesada sino a una medida de su empleador.

[...]

Por último, se insiste, lo atribuido a la acusada no fue la obstaculización del acceso a los 64 archivos, que es una conducta punible diferente (art. 269B) a la de daño informático y que, además, fue resultado de la decisión adoptada por las directivas de [...] de apagar el equipo y no permitir su operación».

DAÑO INFORMATICO - Elementos: ingrediente normativo, que el sujeto activo carezca de facultades para ejecutar el borrado, supresión o alteración de los datos o del sistema / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: aspectos requeridos para establecerlos por parte del fiscal en la acusación y el juez en la sentencia

«[...], ni la acusación imputó correctamente la carencia de facultades para manipular los

archivos de la oficina de recursos humanos ni la sentencia de segunda instancia reparó en las consecuencias de esa omisión y, por el contrario, la tuvo por demostrada sin fundamentos probatorios razonables. No obstante, aun cuando en gracia de discusión tal falencia pudiera tenerse por subsanada; de todas maneras, la conducta de trasladar los archivos desde una carpeta compartida hasta la «papelera de reciclaje», en el mismo disco duro, sigue siendo atípica de borrar datos informáticos».

DAÑO INFORMÁTICO - Dolo / TENTATIVA - No se configura

«[...] GGS contaba con habilidades informáticas, por lo menos con las más básicas; no obstante, limitó su conducta, por su propia voluntad, a enviar archivos a la “papelera de reciclaje”.

Inicio

7. DEMANDA DE CASACIÓN - Legitimidad para presentarla: el abogado de apoyo no está legitimado / **CASACIÓN** - Legitimación en el proceso: el recurrente carece en absoluto de la calidad de sujeto procesal o del derecho de postulación / **CASACIÓN** - Legitimación en la causa: exige que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído / **DEFENSOR DE APOYO** - Diferente al defensor suplente o sustituto / **DEFENSOR DE APOYO** - No puede actuar de manera simultánea con el abogado principal

La Corte Suprema de Justicia inadmitió la demanda de casación presentada en nombre de C.Q., contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al considerar que incumple los requisitos formales necesarios para un pronunciamiento de fondo.

En este caso, la Sala analizó la figura del defensor de apoyo, su concepto y finalidad, para concluir que, no se encuentra legitimado para presentar el recurso de casación, en tanto, no puede actuar de manera simultánea con el abogado principal por ser diferente al defensor suplente o sustituto.

Sin embargo, como el ad quem pasó por alto tal irregularidad, y avaló las actuaciones presentadas por el mismo abogado, dando prelación al principio de confianza legítima, estudió la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el profesional del derecho.

[...]

De otra parte, no se probó en el juicio la concurrencia de alguna circunstancia externa que impidiera a la procesada adelantar actos posteriores que le tomarían solo unos segundos o minutos adicionales, por ejemplo: vaciar la “papelera de reciclaje”, si es que su cometido era el borrado de los archivos.

En otras palabras, ella realizó toda la conducta que se propuso, la que no consistió en el inicio de ejecución, a través de actos idóneos e inequívocos, de borrar datos informáticos. Por tanto, tampoco habría lugar a predicar una eventual tentativa conforme a los presupuestos establecidos en el artículo 27 del C.P.».

AP1907-2022(54049) de 11/05/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de abril de 2013, la señora C.E.Q. realizó testamento abierto ante la Notaría Octava del Círculo de Medellín, donde designó como única heredera a su madre, con la condición de que, si al momento de su muerte su progenitora ya había fallecido, sus propiedades las heredarían sus hermanos y por representación sus sobrinos, designando como albacea, partidora y administradora de la sucesión a la señora R.E.L.G., produciéndose la muerte de la causante al día siguiente de suscribir el testamento.

2. Antes de su fallecimiento, la señora C.E.Q., había abierto una cuenta de ahorros en el Banco Bogotá, y facultó mediante “carta de autorización de cuenta por apoderado” a su hermana C.Q., para su manejo, sin embargo 7 días después del deceso, la referida se acercó a la entidad bancaria y retiró el dinero que se encontraba allí depositado, transfiriéndolo a su hijo, lo que afectó el activo de la sucesión y motivó a que la albacea interpusiera denuncia penal en su contra.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEMANDA DE CASACIÓN - Legitimidad para presentarla: el abogado de apoyo no está legitimado / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Legítima: caso en que el funcionario judicial avaló la legitimación del abogado de apoyo para presentar los recursos / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Aplicación / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Legítima: se configura / **CASACIÓN** - Legitimación: en el proceso y en la causa, falta de legitimación, efectos / **CASACIÓN** - Legitimación: clases / **CASACIÓN** - Legitimación en el proceso / **CASACIÓN** - Legitimación en el proceso: el recurrente carece en absoluto de la calidad de sujeto procesal o del derecho de postulación / **CASACIÓN** - Legitimación en la causa / **CASACIÓN** - Legitimación en la causa: exige que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído / **CASACIÓN** - El defensor principal podrá sustituir el poder con expresa autorización del sindicado / **DEFENSOR DE APOYO** - Finalidad / **DEFENSOR DE APOYO** - Alcance / **DEFENSOR DE APOYO** - Diferente al defensor suplente o sustituto / **DEFENSOR DE APOYO** - No puede actuar de manera simultánea con el abogado principal / **DEFENSOR DE APOYO** - Concepto

«La Sala debe iniciar el estudio de la demanda, indicando que el “abogado de apoyo” carece de legitimación en el proceso para poder presentar la demanda de casación, sin embargo, y dado que el Tribunal pasó por alto tal irregularidad, y procedió a resolver el recurso de apelación sustentado por el mismo abogado, deberán hacerse las aclaraciones de rigor para que tal situación no vuelva a presentarse y tanto abogados como funcionarios judiciales se acojan a las reglas que fija la Corte Suprema de Justicia conforme a las leyes procesales, cumpliendo así su función nomofiláctica.

Se agrega en este primer aspecto, que cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, profirió el fallo, avaló tal irregularidad, generando con esa decisión una confianza razonable en la legalidad de su decisión que no puede ser desconocida ahora en contra de los usuarios del servicio público de administración de justicia especialmente porque reportaría perjuicios graves para el procesado que en todo caso actuó procesalmente de buena fe. Así entonces, esta Sala de Casación en virtud del principio de confianza legítima, estudiará la demanda, aunque advierte que la consecuencia natural

de la actuación realizada por la defensora de confianza ha debido ser la de declarar desierto el recurso de apelación.

Aclarada la situación, la Sala estudiará lo atinente a la legitimación en el proceso, y posteriormente referirá los aspectos que desde la formalidad obligan a declarar la inadmisión de la demanda.

En cuanto a la legitimación en el proceso, debe indicarse que los requerimientos propios del recurso extraordinario son una carga que debe asumir un profesional del derecho especialmente reconocido en el proceso bien porque se le otorgara poder por parte del procesado, o porque lo recibió por sustitución del abogado legalmente reconocido en el proceso para actuar de manera independiente, pues a diferencia de los alegatos o de los recursos ordinarios que las partes realizan en las instancias respectivas, la casación está dotada de una técnica especial y el legislador ha dispuesto reglas más específicas y exigentes para su interposición.

El artículo 182 de la Ley 906 de 2004 establece:

“Legitimación. Están legitimados para recurrir en casación los intervenientes que tenga interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio”.

En relación con la institución jurídica de la legitimación esta Corporación, entre otras, en auto AP6880-2015 (radicado 45897), expuso:

“Considera la Corte importante, de otra parte, recordar aquí el criterio que tiene fijado en torno al alcance de las decisiones inadmisorias sustentadas en la falta de legitimación del recurrente.

Al respecto, se tiene dicho (CSJ AP, 2 de dic. de 2008, rad. 30771) que el artículo 182 de la Ley 906 de 2004 regula dos clases de legitimación, a saber, legitimación en el proceso (o legitimatio ad processum) y legitimación en la causa (o legitimatio ad causam). Sobre estas figuras la Sala comentó lo siguiente en CSJ SP, 23 de feb. de 2005, rad. 22758.

“La legitimación en el proceso constituye uno de los presupuestos de procedencia de la impugnación de las providencias judiciales, en virtud de la cual, es preciso que el recurrente ostente la condición de sujeto procesal habilitado para actuar.

“Adicional al anterior también se encuentra la legitimación en la causa, presupuesto que

exige de manera imprescindible que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído, esto es, que la decisión le cause perjuicio a sus intereses, pues no hay lugar a inconformidad frente a providencias que le reporten un beneficio o que simplemente no lo perjudiquen. Sobre el particular, el artículo 186 del estatuto procesal penal dispone que “los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico.

“La diferencia entre las dos figuras estriba en que mientras en la primera el recurrente carece en absoluto de la calidad de sujeto de la relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en la segunda sí ostenta esas condiciones sólo que, por no haber sufrido un perjuicio concreto con el fallo, no está autorizado para interponer el recurso.”

[...]

En el sub examine, se tiene que la abogada a la cual CQ R le otorgó poder en la audiencia de imputación, nunca dejó de asistir a las audiencias que se llevaron a cabo durante todo el trámite procesal. Sin embargo, manifestando problemas de salud, decidió nombrar como “defensor de apoyo”, en las dos últimas sesiones de juicio oral, a otro profesional quien, tomando la vocería de la abogada principal, realizó actos positivos de defensa apoyando a quien así lo designó.

Tal actuación por parte de la defensora contractual está sustentada en el parágrafo del artículo 114 del C.P.P., el cual fue introducido por el artículo 10 de la Ley 1142 de 2007, de la siguiente forma:

“El Fiscal General de la Nación o el Fiscal Delegado, según el caso, podrá actuar con el apoyo de otro Fiscal Delegado de cualquier categoría, tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares o de juicio. Esta misma facultad podrá aplicarse en el ejercicio de la defensa”

La figura que crea los fiscales o defensores de apoyo tiene por finalidad “la conformación de equipos orientados a fortalecer la participación de la parte; estando todos interesados en el éxito de su posición procesal”. Sin embargo, la misma ley restringió de manera absolutamente diáfana la actuación de tales sujetos como una ayuda “tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares de juicio”.

De lo anterior se colige que los fiscales o defensores de apoyo no podrán actuar fuera

de las audiencias consagradas en el Sistema Penal Acusatorio. Y tal conclusión se basa en que la figura es creada para entrar al dinamismo propio del proceso penal que se reguló en la Ley 906 de 2004, donde las partes pueden fortalecer sus posiciones con la ayuda de un equipo que trabajará como tal para sacar avante su teoría del caso.

Los “defensores de apoyo” pueden participar activamente en las audiencias bien sea por motivos de salud del defensor titular, como acá sucedió, o por pura estrategia defensiva, como en los casos donde abogados expertos en contrainterrogatorio son los que realizan el mismo, o abogados con especiales conocimientos técnicos o artísticos interrogan o contrainterrogan a testigos o a peritos, todo con el fin de buscar el éxito en la gestión defensiva.

Sin embargo, los “defensores de apoyo”, al igual que los fiscales que tengan la misma calidad, deben acudir a la audiencia siempre en compañía del fiscal o el defensor titular (bien sea el contractual o el designado por el Estado), pues no deben confundirse con dos figuras diferentes como los defensores suplentes o con la figura del abogado sustituto.

Las figuras del defensor suplente y de la sustitución del poder también están reguladas en la Ley 906 de 2004 en los artículos 121 y 123 respectivamente:

[...]

Sin embargo, la primera figura está regulada a mayor cabalidad en la Ley 600 de 2000, a la que, debe acudirse en casos de vacíos en su regulación, en virtud al principio de integración consagrado en el artículo 25 del C.P.P. de 2004.

La figura del suplente está consagrada en el artículo 134 de la Ley 600 de 2000, como un defensor que puede actuar cuando el principal no esté o no pueda acudir al proceso (diferencia con el “defensor de apoyo”); la misma norma dispone que “Los apoderados principales y suplentes no pueden actuar de manera simultánea”; En este caso el abogado titular nunca se desprende del mandato conferido por el procesado; y finalmente, la misma ley lo distingue del abogado sustituto porque en el artículo 135 consagra que “El defensor principal podrá sustituir el poder con expresa autorización del sindicado”, donde el titular efectivamente se desprende del poder, con la facultad de retomarlo posteriormente conforme las directrices

dadas en los incisos 6 y 8 del artículo 75 del C.G.P.

En este asunto, el Dr. LJBF, solo fue designado por la Dra. BJZ, como “defensor de apoyo”, sin que exista constancia en el expediente de que con posterioridad a tal actuación lo hubiese nombrado defensor suplente conforme el artículo 121 de la Ley 906 de 2004, o que le haya sustituido el poder conforme el artículo 123 del mismo código.

En conclusión, el “defensor de apoyo” carecía de legitimidad para actuar en el proceso como defensor de confianza de la señora CQR, y no tenía facultades ni legales ni contractuales para presentar la demanda de casación.

Sin embargo, y como ya se refirió en líneas previas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín pasó por alto que tampoco tenía legitimación para sustentar la apelación, pero como avaló tal irregularidad desatando el recurso, la Sala procederá a realizar un estudio de la demanda formulada».

DEMANDA DE CASACIÓN- Principio de claridad y precisión / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto / **CASACIÓN** - Es deber del casacionista desvirtuar el acierto y legalidad de la sentencia / **ERROR DE HECHO** - Modalidades: técnica en casación / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Modalidades: técnica en casación / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Técnica en casación / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Diferencia entre falso juicio de existencia con falso juicio de identidad y falso raciocinio / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - No la constituye la discrepancia en la apreciación probatoria / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - No se configura / **DEMANDA DE CASACIÓN** - Principio de corrección material: se vulnera

«Expuso el defensor que se estableció como estipulación probatoria el “documento contentivo de la CARTA DE AUTORIZACIÓN” en el que la señora CEQ designó a CQG como “TITULAR” de la cuenta bancaria del Banco de Bogotá. Sobre ese documento, en el único cargo presentado, indicó que no fue valorado, que fue recortado en sus expresiones fácticas y que fue tergiversado por las instancias.

Lo que hizo el defensor en resumen, y en un claro desconocimiento a los principios de claridad, debida sustentación, autonomía de

las causales y corrección material entre otras, fue mencionar que sobre un documento, que según él se estipuló, las instancias incurrieron al mismo tiempo en un falso juicio de identidad (porque lo recortaron en sus expresiones fácticas), en un falso juicio de existencia (porque omitieron su valoración) y en un falso raciocinio (porque lo tergiversaron en su contenido “intrínseco”).

Con esos argumentos la demanda se torna contradictoria debido a que sobre la misma prueba no se puede alegar que se dejó de valorar y al mismo tiempo que se tergiversó o se le recortaron expresiones fácticas, pues de verificarse cualquiera de las últimas se significa que si fue valorada, es decir, que no se omitió su estudio por parte de las instancias.

[...]

Cada uno de los errores que se presentan en el fallo, tanto por la vía directa como por la indirecta, tienen características propias que no pueden confundirse ni entrelazarse so pena de hacer la demanda contradictoria o confusa, yerro en el que incurrió el “defensor de apoyo”.

Pero además, falta al principio de corrección material que impone al recurrente ajustarse al principio de correspondencia objetiva en la enunciación y soporte de los puntos de disenso frente al contenido de la sentencia atacada o al procedimiento realizado en las instancias. Ese deber lógico del censor hace parte de sus obligaciones de lealtad para con la administración de justicia, pues la imprecisión sobre las consideraciones que tuvieron las instancias o acerca del trámite llevado en juicio, vulnera el principio rector procesal consagrado en el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, que le manda actuar con “absoluta lealtad y buena fe”.

El error del defensor está dado en sostener que no se valoró el “documento contentivo de la CARTA DE AUTORIZACIÓN”, sin demostrar que ninguna referencia a la misma se consignó en las sentencias pese a su relevancia para la definición del caso.

Obsérvese que tanto la primera como la segunda instancia valoraron el documento teniendo claro que lo estipulado fueron hechos. A folio 8 de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín el 24 de noviembre de 2017, se hizo referencia al documento, entre otras, para aseverar que con el mismo se demostraba que se presentó un contrato de mandato gratuito.

También el Tribunal refirió el “documento” a folio 18 y 19 de su decisión.

Otro error de la demanda recae en sostener que se estipuló “el documento” que contiene la carta de autorización para manejo de cuenta bancaria, cuando lo realmente estipulado se precisó así:

“LA FISCALÍA Y LA DEFENSA, HAN CONVENIDO ESTIPULAR LOS SIGUIENTES HECHOS EN EL CASO DE LA REFERENCIA. Se tendrá como un hecho probado y cierto sobre el cual no habrá controversia probatoria que desde el 25 de noviembre de 2011, la señora CQG estaba autorizada por la señora CEQUUS para el manejo como titular de la cuenta [...] del Banco de Bogotá.

Hecho que se prueba con copia del anexo 10 CARTA DE AUTORIZACIÓN PARA MANEJO CUENTA POR APODERADO, del Banco de Bogotá.”

Debe recordarse al recurrente que las estipulaciones siempre recaen sobre aspectos factuales, en este caso, de la lectura y la atenta escucha de la estipulación número 3 realizada, se advierte claramente que se estipuló un hecho: Que la procesada estaba autorizada para el manejo de la cuenta. La estipulación no recayó sobre el documento.

Otra inconformidad de la defensa se finca en el alcance que los sentenciadores le dieron al hecho de que la procesada hubiera sido autorizada por su hermana (ahora fallecida) ante la entidad financiera para manejar libremente los fondos de su cuenta bancaria. Para ello alega una presunta adulteración (recorte) del acuerdo probatorio sin especificar en qué consistió, justamente porque no se trata de la modificación del hecho estipulado, sino de la interpretación que ese suceso le merece el recurrente, al señalar que no se puede hablar de apropiación respecto de un recurso del que se tiene plena disposición.

En tal medida, el ataque no debió encausarse por el camino de la violación indirecta de la ley con el fin de alegar vicios de apreciación probatoria, sino por la senda de la causal primera al centrar la discusión en la adecuación del hecho al tipo penal de hurto agravado por la confianza, del cual expone que es atípico, porque, en su sentir

particular, cuando CEQ autorizó a su hermana C para que fuera cotitular de la cuenta bancaria, le cedió el derecho de dominio sobre el dinero.

La cuestión propuesta en sede extraordinaria, tiene que ver con un aspecto estrictamente jurídico, de interpretación acerca de los efectos que conlleva otorgar poder a un tercero para manejar una cuenta bancaria. Situación resuelta por la primera instancia.

Las falencias de la demanda de casación son nítidas, pues además de la incorrecta selección de la causal invocada, donde desarrolló entremezclados todos los conceptos de la violación indirecta por vías de hecho, tampoco acreditó que la conducta atribuida a la acusada no se ajusta al delito de hurto agravado».

REPARACIÓN - Alcance del artículo 269 del Código Penal: el momento procesal en que se materializa es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo / **REPARACIÓN** - Alcance del artículo 269 del Código Penal: requisitos / **REPARACIÓN** - Alcance del artículo 269 del Código Penal: Soporte probatorio

«Finalmente, en el mismo cargo indicó que el Tribunal desconoció el comportamiento post-delictual de la procesada al no reconocer la reparación establecida en el artículo 269 del C. Penal.

Además de no plantear tal situación en un cargo diverso y autónomo, el mismo recurrente precisó que la devolución del dinero apropiado a los herederos de CEQ se realizó luego de interpuesto y sustentado el recurso de apelación contra la sentencia del 24 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín. Esto es, en los meses de abril, mayo y junio de 2018, según consta en los documentos aportados para el efecto.

[...]

La solicitud resulta improcedente al haberse realizado la restitución con posterioridad a la oportunidad que de forma perentoria establece la ley».

8. CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / ENFOQUE DE GÉNERO - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito /

ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto: utilidad / **CULPABILIDAD** -

Enfoque de género / **INIMPUTABILIDAD** -

Configuración: depende de un juicio valorativo para determinar si se afectó la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse por tal comprensión / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: el tiempo de duración lo determina el tratamiento / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: las funciones son distintas de las establecidas para la pena

La Sala de Casación Penal decidió, con enfoque de género, el recurso extraordinario de casación promovido por la defensa de J.C.M.R., condenada en ambas instancias como autora imputable de tres homicidios agravados.

En esta oportunidad, la Corte casó parcialmente la sentencia impugnada, y en consecuencia condenó a la recurrente como autora inimputable de tres injustos típicos de homicidio agravado a la medida de seguridad de veinte (20) años de internamiento en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada.

Lo anterior, al encontrar demostrado que, la procesada actuó sin la capacidad de discernir el reproche de su proceder, porque en ese momento su facultad de interpretar el mundo y el sentido de sus acciones estaba sustancialmente enervada.

Conclusión a la que la Sala llegó luego de determinar que, el enfoque de género también es aplicable a los casos de mujeres acusadas de cometer un delito, razón por la que era necesario analizar el contexto social, cultural, económico y los niveles de baja escolaridad de la encartada

SP2649-2022(54044) de 27/07/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. J.C.M.R. nació en julio de 1990. Desde que cumplió nueve años su padre la sometió a tocamientos sexuales abusivos y a los doce la accedió carnalmente. Cuando le contó lo sucedido a su madre, ésta desestimó la sindicación como falaz y desplegó en su contra agresiones verbales y psicológicas que la determinaron a abandonar el hogar familiar. A partir de ese momento hizo su vida en la calle y alternativamente, en cuanto le fue posible, en viviendas de personas conocidas y familiares. Sólo pudo estudiar hasta segundo de primaria.

2. A los catorce años quedó encinta y tuvo a su primer hijo, A.M.R., quien nació en 2005. Desde esa época empezó a escuchar recurrentemente voces que la compelían a quitarse la vida. En 2008 dio a luz a su hija K.J.L.M. y en 2010, a L.E.L.M.

3. En diciembre de 2014, y por cuanto para ese entonces había retomado el contacto con sus padres y estaba viviendo de nuevo con ellos, J.C.M.R. descubrió a su progenitor en el abuso sexual flagrante de K.J.L.M. De inmediato acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para denunciar el hecho y, como en la entidad le fue indicado que de permanecer en la vivienda del agresor podría perder la custodia de la niña, abandonó por segunda vez esa casa. Consecuentemente, ella, los tres menores y su novio, W.D.R., se radicaron en una habitación alquilada.

4. Por esos días, además de seguir oyendo las ya mencionadas voces que la instaban a suicidarse, J.C.M.R. sentía pasos en el techo del inmueble y evitaba mirarse al espejo porque no veía su reflejo sino el de otra mujer. No dormía, lloraba persistentemente y padecía incessantes dolores de cabeza. Tenía ansiedad y depresión.

5. El 18 de febrero de 2015, W.D.R. salió a trabajar temprano en la mañana. En el inmueble se quedaron J.C.M.R. y sus hijos. Alrededor de las 5:00 P.M., la nombrada prendió el televisor a alto volumen, llamó por turnos a los menores, que estaban en el patio, y los degolló uno a uno con un cuchillo. Empujó sus cuerpos debajo de la cama y seguidamente ella misma se cortó las muñecas y el cuello.

6. Cuando W.D.R. regresó a la habitación luego de su jornada laboral – aproximadamente a las 9:30 P.M. – la puerta estaba cerrada y nadie respondía sus llamados. Con la ayuda de un vecino logró forzar la entrada e ingresar. Allí encontró los cuerpos de A.M.R., K.J.L.M. y L.E.L.M., ya

fallecidos, y a J.C.M.R., quien yacía aún viva en el suelo y fue trasladada a un centro médico donde se le prestó atención de urgencia que evitó su deceso.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / ENFOQUE DE GÉNERO APLICADO A CASO DE MUJER PROCESADA POR DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO / CONTEXTO - Análisis: antecedentes

«Lo cierto es que ese contexto de "miseria... familiar (y) social... maltrato, abusos y exclusión" en que la acusada MR desplegaba su proyecto de vida al momento de los hechos - y desde mucho antes - es la manifestación de una profunda violencia sexista que las instancias estaban obligadas a ponderar con enfoque de género y, en tanto condenaron a la nombrada como imputable, tenían que haber considerado al fijar los parámetros legales de la pena y al dosificarla judicialmente».

CULPABILIDAD - Concepto / CULPABILIDAD - Conciencia de la ilicitud

«Como quedará dicho con más detalle, la culpabilidad, en tanto categoría integrante del delito, comprende "un reproche... contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es". Es, pues, la censura ético-jurídica que explica la respuesta penal a un injusto típico, en tanto significa que su realización fue una decisión libre de quien podía haber asumido un comportamiento lícito».

CULPABILIDAD - No se configura: ante coacción ajena, miedo insuperable o estado de necesidad exculpante

«No actúa con culpabilidad quien realiza el injusto, no como consecuencia de una decisión autónoma adoptada en ejercicio de su albedrío, sino por razón de una fuerza externa que trunca su capacidad de decisión (la coacción ajena, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante), ora porque creyó equivocadamente que su conducta era licita, en cuyo caso su proceder, aunque libre y voluntario, no conlleva una elección por lo que se sabe contrario a derecho.

Esas circunstancias (la coacción ajena, el miedo insuperable y el error no vencible de prohibición), en tanto suponen la anulación del albedrío - entendido como la elección

consciente y voluntaria de lo ilícito y la desestimación de lo lícito - truncan de manera definitiva el reproche sobre el autor e impiden, por consecuencia, la materialización del delito. Suponen que quien ha realizado un injusto en tales condiciones no puede ser penado porque - se reitera - su conducta no ha sido el producto de la decisión autónoma de actuar contra el orden jurídico, sino de una influencia externa que ha determinado su proceder o de una equivocación que no podía razonablemente corregir».

CULPABILIDAD - Efectos en la dosificación punitiva / **CULPABILIDAD** - categoría delimitadora de la pena / **PENA** - Funciones: prevención especial positiva / **PENA** - Principio de necesidad

«Pero la culpabilidad también tiene un rendimiento allende la estructuración del delito, específicamente, en el ámbito de la dosificación de la pena: "el grado de culpabilidad es el que señala el límite máximo de la pena", de manera que "toda pena impuesta en el caso concreto tiene que ser adecuada a la culpabilidad". [...]

Justamente por lo anterior, la ley reconoce que una persona puede cometer una conducta típica y antijurídica bajo el influjo de circunstancias que, aunque no anulan del todo el albedrío, lo disminuyen, enervan o reducen y suscitan un reproche punitivo de menor intensidad, como también que puede realizarla en condiciones que, en cambio, ameritan uno de mayor intensidad porque denotan un mayor desprecio por el comportamiento jurídico exigible.

[...]

Nótese que en tales eventos el menor o mayor reproche efectuado sobre el comportamiento del agente no deviene del desvalor del acto, su nocividad o peligrosidad para el interés tutelado, sino del contexto - personal, social, económico, familiar - en el cual aquél tomó la decisión de comportarse antijurídicamente.

[...]

En esa misma línea, la Corte Constitucional tiene sentado que "sólo son compatibles con los derechos humanos la ejecución de las penas que tiende a la resocialización del condenado, esto es, a su incorporación a la sociedad como sujeto capaz de respetar la ley penal", esto es, a la materialización de la prevención especial positiva. De ahí que la culpabilidad en relación con la cuantificación de la pena no se valora para medir el castigo

que “merece” el responsable del delito, sino para discernir cuánto tratamiento penitenciario necesita a efectos de que, en lo subsiguiente, se determine por las normas y elija comportamientos ajustados a derecho.

También en la fase judicial de la dosificación de la pena la culpabilidad cumple la función delimitadora que viene examinándose. De acuerdo con el artículo 61 del Código Penal, el juez, una vez fijados los marcos legales en que debe fijarla, lo hará ponderando, entre otras, “la necesidad de pena”; necesidad que, conforme lo recién expuesto, sólo puede comprenderse en lógica de prevención especial positiva y debe fundarse entonces, justamente, en el entendimiento y ponderación de las circunstancias de todo orden en las cuales el condenado optó por el comportamiento antijurídico, pues de ello dependerá el tratamiento penitenciario requerido».

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: deber de interpretar de la Ley a la luz de los Tratados Internacionales, en casos de violencia contra las mujeres

«La sala ha desarrollado una amplia jurisprudencia en relación con la perspectiva de género, su contenido y su carácter vinculante en casos en que se investigan y juzgan actos de violencia física, psicológica, sexual, familiar y económica contra la mujer.

En esa labor, tiene sentado que los funcionarios judiciales están vinculados por ese enfoque cuando investigan y juzgan “casos relacionados con violencia contra la mujer”, [...]

Esta Sala ha concretado esos preceptos en casos de indagaciones surtidas por eventos de violencia intrafamiliar así:

“...el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas

practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos”.

Pero también en el ámbito del juzgamiento, y muy específicamente, en el del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género. En tal virtud, “los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar sus casos”, y, por lo mismo, aquéllos “vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones”.

No en vano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explícitamente ha señalado que “una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas”».

ENFOQUE DE GÉNERO - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad

«En esta ocasión, la sala precisa que el enfoque de género no sólo vincula a los funcionarios judiciales cuando juzgan casos de violencia contra la mujer, sino también cuando la persona imputada y juzgada es una mujer, siempre que de los hechos conocidos pueda inferirse razonablemente que la comisión de la conducta punible tuvo relación con una victimización de género precedente o concomitante.

Esta postura se fundamenta en los siguientes argumentos:

Aun cuando, según acaba de decirse, no existe una obligación internacional o nacional específica o explícita en el sentido de que las autoridades judiciales deban juzgar con perspectiva diferencial a las mujeres acusadas de cometer delitos, tal mandato se deriva de las imposiciones generales establecidas allí y en el derecho interno. En esencia, “juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad”.

En efecto, el enfoque o perspectiva de género "es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres".

Se trata, pues, de una pauta de conducta que parte del reconocimiento de la premisa conforme la cual las mujeres han sido históricamente sometidas por un sistema social, económico y político de raigambre patriarcal que minimiza y reduce lo femenino y privilegia lo masculino, lo cual genera desigualdades y discriminaciones que deben ser corregidas y superadas.

Esa inequidad se manifiesta en todas las facetas de la interacción humana - la brecha salarial, la participación residual en posiciones decisivas del poder público y privado, la imposición de patrones de conducta sexual, la atribución estereotípica de rasgos, características o roles, la asunción solitaria de deberes familiares que deberían ser compartidos, entre otras - y, en el contexto del derecho criminal, se evidencia principalmente en la perpetración recurrente de actos de violencia de género contra las mujeres, esto es, aquellos mediados por ideas sexistas, como la arrogada disponibilidad masculina sobre su cuerpo, sexualidad y proyecto de vida.

Pero la discriminación por el sexo se materializa también, en lo que respecta a la justicia penal, en la creación y perpetuación de condiciones de vulnerabilidad de toda índole que en ocasiones se relacionan directa o indirectamente con la comisión de delitos por parte de mujeres y, en tales eventos, resultan relevantes - y de obligada ponderación - para la correcta comprensión y juzgamiento del fenómeno delictivo. Es que "los contextos de violencia habitual o vulnerabilidad extrema por motivos culturales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres".

En algunos casos, la relación entre la victimización de género y la comisión de una conducta punible resulta más bien evidente: piénsese en la mujer que participa en el reclutamiento de otras para la explotación

sexual, siendo ella misma víctima de tal conducta y encontrándose bajo el control de sus victimarios, ora en aquélla que, como consecuencia de las presiones recibidas por su cónyuge o su familia, niega falazmente en juicio haber sido violentada por su pareja, aun cuando anteriormente había ofrecido información incriminatoria en su contra.

En situaciones como las descritas, difícilmente podría desconocerse la existencia de un vínculo directo entre la realización de la conducta típica y la situación de violencia de género que le precede o acompaña, tanto así, que algunas jurisdicciones han tomado medidas de orden legal para reconocerlo. [...]

En otras palabras, "en casi todos los casos se trata de "jóvenes, pobres, analfabetas o con bajo nivel de escolaridad, y casi siempre son madres solteras encargadas de cuidar a sus hijos"; acusadas de transportar pequeñas cantidades de droga".

[...]

Similar sucede con la exposición pasiva frecuente o permanente a actos de violencia sexual o familiar, física o psicológica que puede llevar a la víctima a normalizar tales conductas y a replicarlas en personas bajo su cuidado, o bien, a no desplegar actos de cuidado para evitar que terceros las realicen. De hecho, la investigación empírica ha permitido observar que "un porcentaje relevante (de mujeres procesadas por delitos sexuales) presenta antecedentes de maltrato durante sus infancias":

[...]

Así pues, lo que el enfoque de género impone en estos casos es la auscultación cuidadosa de la situación contextual de la infracción, a partir de un entendimiento adecuado y comprehensivo de las estructuras que suelen determinar las condiciones de vida de las mujeres, para identificar la posible existencia de precedentes de discriminación sexista que puedan estar involucrados como causa directa o indirecta, total o parcial, del ilícito».

CULPABILIDAD - Enfoque de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad

«[...] surge evidente el vínculo entre la correcta comprensión de los contextos de violencia de género en que una mujer pueda haber realizado un injusto y la afirmación judicial de la culpabilidad, la cual no puede adecuadamente delimitarse sin el reconocimiento de aquellos. El juez no sólo

debe nombrar e identificar esas circunstancias victimizantes cuando las halle demostradas, sino que debe reconocerlas como anormales pues sólo así el fallo adquiere un sentido material y simbólico dirigido a superarlas - y atribuirles el efecto que corresponde, de llegar concluir que tuvieron alguna relación con la perpetración del injusto.

El efecto sustancial concreto que tenga la verificación de un contexto de violencia sexista con influencia en la realización del injusto dependerá de las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso. A partir de tal constatación podrá eventualmente afirmarse materializada una circunstancia de menor punibilidad - lo cual debe hacer de oficio el juez de hallarla configurada -, ora mitigarse la irrogación judicial de la pena en atención a un juicio articulado de esa circunstancia con el criterio de necesidad. Incluso, y de ser concluirse que la victimización previa de la autora fue de tal magnitud y características que no sólo enervó o debilitó su ámbito de libertad sino que efectivamente anuló su capacidad de autodeterminación, podrá provocar un juicio positivo inimputabilidad, lo cual en el sistema colombiano resultaría acorde con la fórmula abierta prevista en el artículo 33 del Código Penal, a cuyo tenor aquélla no sólo puede devendir de trastornos mentales, inmadurez psicológica y diversidad sociocultural, sino también de cualesquiera otros "estados similares".

Esto de ninguna manera pretende significar que los hombres no puedan cometer delitos en realidades de marginalidad y exclusión que también son relevantes para comprender adecuadamente el injusto. Lo que el enfoque de género reconoce - y obliga a reconocer - es que las mujeres son, con mayor frecuencia que aquéllos y por razón de la existencia de estructuras sociales, familiares y económicas de orden patriarcal, puestas en situaciones de vulnerabilidad, como también que por esa misma razón sufren violencias que no afligen a los hombres, todo lo cual suele ser soslayado por los administradores de justicia. [...]

Lo expuesto tampoco supone que siempre que una mujer es acusada por la comisión de un delito deba asumirse que lo ha cometido motivada, en todo o en parte, por una situación previa de violencia sexista, ni que en todo caso deba asumirse de entrada que su culpabilidad está afectada (lo cual comportaría, de hecho, una postura judicial

en sí misma discriminatoria), pues es perfectamente posible que en un determinado caso no exista tal situación, ora que no se halle una relación razonable entre ésta y la realización de la conducta punible».

ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto: utilidad / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito

«Desde la perspectiva de la técnica casacional, la invisibilización de contextos previos o concomitantes de violencia sexista que puedan haber tenido relación directa o indirecta con la realización de la conducta punible puede constituir varios tipos de error. Si lo sucedido es que el fallador ignora las pruebas que dan cuenta de ello, las valora equivocadamente o altera de una u otra forma su contenido material al punto de darlos por no demostrados estandolo, el yerro será de naturaleza fáctica. Si lo que ocurre es que el juzgador, no obstante reconocer esas circunstancias y su relación con el ilícito, deja de atribuirles el efecto que les corresponde según las particularidades del asunto examinado, el yerro será de interpretación o selección normativa, según el caso.

No está de más señalar que el enfoque de género en casos seguidos contra mujeres no sólo es vinculante para el juez cuando se ocupa de delitos cometidos en contextos de violencia sexista que puedan tener relación con el ilícito, según acaba de explicarse, sino también cuando aquéllas son procesadas por conductas punibles cuya estructura misma ha sido tradicionalmente comprendida de manera sesgada, prejuiciosa o estereotipada, como sucede con las infracciones de deber a las que subyacen roles de cuidado hacia los descendientes y familiares. [...]

Esa perspectiva también puede resultar útil para que los jueces efectúen interpretaciones más justas de categorías del delito distintas de la culpabilidad, verbigracia, para consolidar un entendimiento más flexible del requisito de proporcionalidad exigido para la configuración de la legítima defensa cuando una mujer que ha sido recurrente y sistemáticamente violentada por su pareja le causa a ésta la muerte en medio de un acto de defensa , para reconceptualizar la noción de "inminencia" de la agresión que justifica la defensa - de modo que "también el peligro continuado puede ser considerado como un peligro actual, siempre que éste pueda traducirse, en cualquier momento, en una

lesión"-, ora como un criterio reforzador de la presunción de inocencia».

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de la Fiscalía: debe indagar por el contexto en el que se presenta la comisión del delito

«Tampoco sobra señalar que la Fiscalía está así mismo vinculada por el enfoque de género cuando investiga delitos cometidos por mujeres. Aunque no está obligada a recabar información favorable a la persona procesada, el deber de objetividad, establecido en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, le impone actuar con "un criterio ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley". En ese orden, de conseguir información indicativa de que la sindicada pudo cometer el delito en relación directa o indirecta con un contexto de victimización sexista, no sólo debe descubrir esos datos a la defensa técnica - la cual en tal evento tiene la carga de explorar esa hipótesis con diligencia -, sino también reconocerle los efectos a que haya lugar, bien sea en la delimitación de los hechos relevantes al formular imputación y acusación, ora en la calificación jurídica de las conductas, así como en la determinación de las medidas procesales de su competencia a que haya lugar».

ENFOQUE DE GÉNERO - Análisis del contexto: mujer que comete una conducta punible / **CULPABILIDAD** - Enfoque de género

«En este asunto se demostró que JDCM fue sexualmente abusada por su padre desde la niñez y no recibió ninguna asistencia, apoyo o ayuda de su madre ante tal situación, por lo cual abandonó su hogar - y se sumió, por ende, en un estado de desamparo familiar - antes de los doce años. Quedó embarazada por primera vez a los quince y no tuvo acceso a la educación más allá de segundo de primaria. Sufre, también desde joven, de un trastorno esquizoafectivo por el cual nunca recibió atención y tratamiento. La violencia sexual que le infligió su progenitor - una persona que debía quererla y protegerla - se repitió en su hija apenas unas semanas antes de la ocurrencia de los hechos, y una vez denunció lo sucedido, las autoridades la empujaron, para no perder el cuidado de sus hijos, a abandonar por segunda vez el hogar familiar y radicarse con aquéllos y su pareja sentimental - esto es, con cuatro personas más - en una habitación. Nunca recibió apoyo económico o emocional de los padres de sus

hijos, quienes abandonaron los roles y cargas que a ese efecto les correspondían.

Lo acreditado, pues, es que siempre, desde la niñez temprana y hasta la ocurrencia del delito investigado, JDC vivió en un contexto de ostensible y explícita discriminación de género, manifestada en agresiones de todo tipo - sexuales, psicológicas, económicas e, incluso, institucionales - por razón de la cual se vio privada de varios de sus derechos más básicos, como los de tener una familia, educarse y recibir tratamiento médico. En suma, del derecho a llevar una vida digna y libre de violencia.

Ninguna expectativa social le fue cumplida y todas le fueron defraudadas. Su padre, en vez de ver por su bienestar, la cosificó. Su madre, quien ha debido apoyarla cuando ello sucedió, la llevó, al desestimar su dicho como una mentira, al más absoluto desvalimiento. El Estado no le proveyó educación ni un escenario donde tuviese la oportunidad de rehacer su proyecto vital para construir un futuro con mínimas expectativas de felicidad. Los padres de sus hijos radicaron en ella la totalidad de las cargas afectivas y económicas que tenían para con aquéllos, sometiéndola a una realidad económica apremiante. Cuando quiso apoyarse en su familia y volvió a vivir en el hogar familiar su padre abusó también de K.J.L.M. y, aunque el trastorno mental que padece se manifestó ostensiblemente desde su adolescencia, nunca nadie - ni en su círculo privado ni en las estructuras públicas constituidas para velar por los derechos de los ciudadanos - se preocupó porque recibiera atención médica especializada».

DERECHOS DE LA MUJER - Discriminación: en el ámbito judicial, a través de los argumentos de una decisión /

CULPABILIDAD - Enfoque de género / **PENA** - Motivación: gravedad de la conducta / **PENA** - Motivación: individualización, debida motivación cuando se pretende imponer una pena superior al mínimo del cuarto correspondiente / **PENA** - Funciones: prevención especial negativa / **PENA** - Principio de necesidad

«Resulta incontrovertible que las instancias, en tanto descartaron que JDCMR hubiese actuado como inimputable por el padecimiento de un trastorno mental, tenían que haber ponderado su victimización de género al valorar la culpabilidad y derivar de ellas las consecuencias a que hubiera lugar, bien fuere para negarla - si es que incidieron en tal medida en la acusada que le hicieron

del todo imposible ajustar su conducta a derecho -, ora para cuantificar la pena, pues cualquier reproche que se le hiciere debía atender la precariedad y discriminación a las que fue siempre sometida.

Lejos de ello, y según se anticipó, el a quo simplemente ignoró la realidad material en la cual MR cometió el injusto (con lo que omitió los contenidos probatorios que dieron cuenta de ello), mientras que el tribunal la minimizó y ridiculizó calificando los abusos descritos como “inmoralidades”, aun cuando comprendían, incluso, la violación, a la temprana edad de doce años, por su propio padre.

Es obvio, y sorprende que deba decirse, que la violencia de género no puede relegarse, menos aún en el ámbito judicial, a una simple “inmoralidad”; las más de sus manifestaciones - la sexual, la física, la psicológica, etc. - se subsumen en una u otra descripción típica porque son conductas con relevancia criminal que atentan contra los más básicos intereses de quienes la sufren. En su faceta institucional constituye un problema de marcado interés público con profundas incidencias en la garantía de los derechos de las mujeres que los jueces están obligados a visibilizar y, en el ámbito de sus funciones, propender por superar.

El a quo no justificó ni motivó de ninguna manera la decisión de fijar la pena para el delito base en un monto (450 meses) significativamente mayor del mínimo previsto para la infracción (que lo es 400 meses). Ello, como lo tiene discernido de tiempo atrás esta sala, constituye en sí mismo, y con total independencia de lo que acá se debate, un defecto motivacional que afecta el debido proceso. El tribunal, en vez de corregir el yerro, ahondó en él, pues dio por válido ese aumento punitivo con el argumento de que reducir la pena «sería abandonar los criterios del artículo 61 del Código Penal, en especial en el inciso 3º, y mandar un mensaje de debilidad del Estado colombiano ante monstruosos actos criminales como el de nuestro resorte».

Con todo, la simple invocación genérica, ambigua e imprecisa de “los criterios del artículo 61 del Código Penal”, sin ninguna relación con los hechos probados en el caso y las circunstancias individuales de la persona sancionada, no constituye motivación suficiente que satisfaga el debido proceso sancionatorio. Además, la ley no atribuye a la pena la función de evitar “mandar un

mensaje” de debilidad institucional; ello - si es que acaso constituye una suerte de alusión a la prevención general negativa - sería, presentado en tales términos, inadmisible, pues por esa vía la corporación habría pretendido justificar la pena en la utilización de la procesada como medio para transmitir a la comunidad un mensaje intimidatorio.

Al tribunal le pareció “monstruoso” que una mujer le quitara la vida a sus tres hijos, pero no le suscitó ninguna preocupación - allende la ya censurada calificación que en una escueta línea hizo de ello como “inmoralidades” - que esa mujer haya realizado tal conducta en un contexto subyugante de violencia sexual, necesidades, abandono, precariedad y privación de sus derechos más esenciales, como la educación y la salud, ni que haya sido empujada a ello justamente por las distintas violencias sexistas que en su contra desplegaron su propia familia y los padres de sus hijos (quienes la cargaron exclusivamente con la responsabilidad de ver por los menores).

El único asomo de motivación válida de la pena que se observa en el fallo de segundo grado es la mención a «la gravedad de la conducta, que son entre otras cosas tres homicidios cometidos ni más ni menos por su progenitora».

Pero más allá de que con esa consideración apenas se repite una gravedad que ya está contemplada en el numeral 1º del artículo 104 del Código Penal como circunstancia específica de mayor intensidad punitiva, el dislate deviene fundamentalmente de que la valoración de dicho criterio no podía hacerse sin consideración de las circunstancias en las que se realizó el injusto. Es decir, el tribunal se limitó a afirmar que la conducta investigada reviste especial gravedad porque se trata de «homicidios cometidos... por (la) progenitora» de las víctimas, prescindiendo de la auscultación de otros factores que tenía que sopesar, muy específicamente, de la necesidad de pena, entendida en relación con los conceptos de culpabilidad y reinserción social».

ENFOQUE DE GÉNERO - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito / **CULPABILIDAD** - Enfoque de género

«Es verdad que MR es la madre de las víctimas y, por ende, su conducta, en tanto supuso el quebrantamiento frontal de un rol cuyo adecuado cumplimiento tiene una protección reforzada del derecho penal (al

punto en que el homicidio cometido sobre los hijos es, justamente, agravado) reviste especial seriedad. Pero también lo es, según quedó ampliamente explicado, que la nombrada (i) fue cargada con el cuidado afectivo y económico exclusivo de los tres menores, del cual se sustrajeron sus progenitores; (ii) creció y construyó su forma de entender el mundo, de interactuar con los demás y de comprender lo lícito y lo ilícito en un contexto de violencia normalizada, precariedad emocional y financiera y desarticulación familiar, y; (iii) no tuvo acceso a educación ni a atención médica, lo cual resulta especialmente importante si se tiene en cuenta que, como quedará precisado más adelante, padece de un trastorno mental grave.

Así, el rol materno de JDC - y las consecuencias, cargas y deberes jurídicos que del mismo se desprenden - no podían estimarse al dosificar la pena (cuando menos no sin incurrir en una interpretación manifiestamente equivocada de los artículos 12 y 61 del Código Penal) sin reconocer las circunstancias específicas y concretas en las que ese rol se consolidó, desarrolló y llevó a cabo en el caso concreto, pues sólo a partir de tal ponderación era posible elaborar un juicio adecuado y completo de la culpabilidad y la necesidad de pena.

Si el ad quem concluyó que MR obró como imputable al quitar la vida a sus hijos y, por ende, adelantó un reproche sobre una conducta que atañe intrínsecamente a su papel de madre - al punto en que ello se sustentó el juicio de "gravedad" efectuado para justificar la mayor pena impuesta - no podía elaborar una correcta valoración de la culpabilidad sin considerar que ella misma creció en un contexto en que los vínculos familiares nunca fueron sinónimo de cariño, protección y cuidado, sino de cosificación, abuso y violencia sexual, física y psicológica, sin atender a la precaria situación emocional y económica en que se encontraba por haber sido cargada con exclusividad con el cuidado de los menores, y sin observar la desesperación a la que fue empujada cuando, con ocasión del abuso perpetrado por su padre contra K.J.L.M. en los días anteriores a los hechos, debió abandonar nuevamente su hogar familiar y enfrentó la posibilidad de perder la custodia de sus hijos.

El soslayo de la victimización sexista sufrida por JDM fue tal que el juzgador colegiado ni siquiera dio por acreditada las circunstancias de menor punibilidad que a partir de ello

tenía que haber reconocido oficiosamente, como "la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible", ora la de haber actuado en circunstancias análogas a "la indigencia o la falta de ilustración".

Como si fuera poco, al fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo monto de la principal, las instancias, como atinadamente lo señaló la procuradora, violaron el inequívoco y expreso tenor del artículo 51 del Código Penal, según el cual "la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52".

En suma, es evidente que MR, de tenersele como imputable, habría optado por el injusto con un ámbito de libertad supremamente menguado que no permitiría realizarle un juicio de culpabilidad y necesidad de pena de la marcadísima intensidad del que efectuaron las instancias. A ello llegaron como consecuencia de los varios errores previamente identificados».

PRUEBA PERICIAL - Trastorno mental / INIMPUTABILIDAD - Juicio valorativo normativo: únicamente puede efectuarlo el fallador

«Debe insistirse en que, como la existencia del trastorno mental es una cuestión de hecho para cuya comprensión se requieren "conocimientos científicos especializados", su acreditación en el juicio debe darse idealmente mediante prueba pericial.

Pero el ámbito de dicha prueba técnica es, justa y estrictamente, ese: el supuesto fáctico del juicio de inimputabilidad, esto es, la existencia del trastorno mental; no puede ocuparse de la fase normativa-valorativa de dicho juicio, la cual es competencia exclusiva el juez. Así lo establece expresamente el artículo 421 de la Ley 906 de 2004: "las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado. En consecuencia, no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable".

[...]

Una vez comprobado que el agente padece un trastorno mental, corresponde al fallador discernir si tal condición anuló la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta (lo cual no refiere al entendimiento específico de

su consagración delictiva, sino a su confrontación con las exigencias de la vida social) o, estando indemne aquélla, la de determinar su actuar por ese entendimiento.

A ese efecto, el fallador debe considerar las circunstancias de todo orden - anteriores, concomitantes y posteriores a la realización del injusto - que hayan sido demostradas en el proceso y puedan ser relevantes para tal fin».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

- Declaraciones rendidas antes del juicio: del procesado, deben ser incorporadas al juicio mediante su testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: no se pueden incorporar como medio de prueba, salvo que sea prueba de referencia

«La versión de JDCMR, en la que reconoció su participación en los hechos y explicó las circunstancias de su comisión, fue comunicada en juicio a través de las tres expertas que la examinaron. Esos contenidos, sin embargo, no pueden ser valorados, pues se trata de pruebas referenciales inadmisibles incorporadas irregularmente con la censurable aquiescencia del a quo. Si se pretendía introducir la narración de la procesada, la misma ha debido aducirse mediante su testimonio -si es que ella voluntariamente decidía renunciar a su derecho a guardar silencio- en la vista pública, con inmediación y contradicción de las partes, y no mediante terceros que no conocieron por sí mismos los hechos de los que aquélla dio cuenta. En ese orden, las declaraciones de las expertas sólo pueden ser válidamente consideradas en lo que fue objeto de su percepción directa y, desde luego, en lo que atañe a su opinión profesional».

INIMPUTABILIDAD - Demostración: libertad probatoria

«En todo caso, y contrario a lo aducido por el fiscal que intervino en esta sede, no es cierto que esta sala haya sostenido un criterio jurisprudencial según el cual la demostración de la base fáctica del juicio de inimputabilidad únicamente pueda lograrse mediante pericia psiquiátrica.

Para sostener esa afirmación, el funcionario invocó la sentencia 070-2019, rad. 49047, [...]

Esas consideraciones, pues, no pueden tomarse como fundamento de una inexistente

tarifa legal probatoria que exija que necesariamente sea un psiquiatra quien demuestre los fundamentos fácticos del juicio de inimputabilidad. Lo allí sentado, al margen de la alusión a la noción de "dictamen pericial psiquiátrico", es que ello puede acreditarse mediante cualquier prueba producida por un experto en tanto tenga los conocimientos especializados requeridos para tal fin, es decir, en tanto "su apreciación resulte razonable". Así, y aunque pueda admitirse que la opinión psiquiátrica es la mejor evidencia de un trastorno mental (especialmente frente a otras que tendrían un menguado valor demostrativo para ello, como la testimonial o, acaso, la de un psicólogo general) no puede tenerse como única evidencia posible (pues existen otras similarmente calificadas, como la ofrecida, justamente, por un psicólogo clínico con conocimientos acreditados en neurociencias).

INIMPUTABILIDAD

- Configuración: depende de un juicio valorativo para determinar si se afectó la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse por tal comprensión / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por cercenamiento: se configura / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: Se configura / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura

«[...] el juicio de inimputabilidad no se agota con la constatación de que el autor de un injusto padece un trastorno mental. Se requiere también establecer si dicha condición incidió material y realmente en la capacidad de culpabilidad de esa persona al momento de su realización. Para ello, y según quedó también dicho (§ 3.1.3.2), resulta necesario valorar las circunstancias de todo orden que rodearon la realización del hecho, así como los sucesos anteriores y posteriores que puedan ser útiles para tal análisis.

De ahí que ningún reproche merece el proceder del tribunal en cuanto, para sostener la tesis de que MR obró como imputable, no se limitó a ponderar la pericia psiquiátrica aportada por la Fiscalía, sino que también tuvo en cuenta una serie de eventos anteriores, concurrentes y ulteriores a partir de los cuales elaboró "indicios que reafirman la sanidad mental de la procesada".

Lo que sucede es que en ese cometido cometió plurales errores de valoración probatoria - en concreto, falsos juicios de identidad por cercenamiento, de existencia por omisión y

falsos raciocinios - y equivocaciones conceptuales (que materializan violaciones directas por interpretación errada del derecho) que lo llevaron a elaborar inferencias improcedentes. Véase:

(i) Según el ad quem, el hecho de que JDCM recuerde lo que hizo indica que no actuó bajo el influjo de una crisis psicótica. A ese razonamiento le subyace una regla científica que quizás sea válida en abstracto, pero que no tiene ninguna aplicabilidad a este asunto, pues en el juicio se probó, justamente, que la acusada pasó varios meses sin recordar lo sucedido y sólo con el paso del tiempo empezó a lograr una recolección, aunque apenas parcial y desestructurada, de los homicidios.

De ello dio cuenta la psicóloga AD:

[...]

Visto lo anterior, se advierte que la inferencia efectuada a este respecto por la corporación tiene apoyo en un hecho indicador dado por cierto como consecuencia del cercenamiento del testimonio referenciado.

Por la misma razón se advierte equivocada la deducción del tribunal conforme la cual la imputabilidad de JDCM se infiere de que admitió ante los expertos que la entrevistaron haber sido quien degolló a sus hijos. Más allá de que dicha manifestación no podía ser valorada porque constituye una prueba de referencia inadmisible irregularmente incorporada al juicio, sucede que tal razonamiento desconoce lo explicado por la psicóloga AD en el sentido de que "es lo común" que quienes actúan bajo el influjo de un trastorno psicótico puedan construir recuerdos fragmentados de sus conductas. Si ello es así, que la procesada recuerde ser quien atentó contra sus hijos es irrelevante para el juicio de inimputabilidad.

(ii) Del hecho de que MR apagase las luces y cerrase las puertas de la habitación, así esas circunstancias hayan sido adecuadamente probadas, nada relacionado con su capacidad de culpabilidad puede en sana crítica inferirse.

En cuanto a lo primero, el tribunal ni siquiera intentó explicar cuál es la relación lógica, científica o empírica entre el acto de apagar las luces de un recinto y la afirmación de que quien así procede actúa como imputable. Ese razonamiento podría tener alguna validez si la oscuridad, en un caso específico, contribuyese de cualquier manera a evitar el descubrimiento de lo que se hace. Pero en este asunto, JDCM estaba a solas con las

víctimas en un cuarto cerrado y aislado de la vista de terceros; en tales condiciones, apagar las luces de la habitación no constituía un medio para ocultar su conducta y nada dice, por ende, sobre la cuestión de si entendía la ilicitud de su comportamiento».

INIMPUTABILIDAD - Configuración: depende de un juicio valorativo para determinar si se afectó la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse por tal comprensión / **CULPABILIDAD** - Elementos: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta / **CULPABILIDAD** - Imputabilidad / **INIMPUTABILIDAD** - Juicio valorativo normativo: se necesita que la conducta sea típica y antijurídica

«El tribunal también invocó, como hecho indicador de que MR obró con imputabilidad, que la procesada estaba consciente de que "un instrumento filoso es capaz con su uso en la humanidad de una persona de acabar con su vida".

[...]

Que MR fuese capaz de comprender que un cuchillo era apto para causar la muerte de sus hijos y lo utilizara consciente y voluntariamente con ese fin es una constatación que atañe exclusivamente a la tipicidad de su comportamiento. Si no hubiera tenido tal facultad, su acción sería atípica y, por consecuencia obvia, no habría lugar a discutir si actuó culpablemente. La inimputabilidad no deviene de la incapacidad de comprender qué es lo que se hace, sino de la imposibilidad de discernir la ilicitud de lo que se hace, o de determinarse por ese discernimiento.

Es decir, para que tenga sentido lógico juzgar la imputabilidad o inimputabilidad del agente (lo cual, conforme lo expuesto antes, es un análisis propio de la culpabilidad), debe estar comprobada, primero, la tipicidad de la conducta, categoría que, en la comprensión actual del delito - de raigambre finalista -, abarca el conocimiento y la voluntad. Así, la cuestión de si la persona sabía lo que hacía y quería hacerlo está comprendida en el tipo. Sólo de estar ello verificado (y de estarlo también la antijuridicidad) corresponde evaluar si actuó de esa manera como consecuencia de un trastorno mental que le impidió comprender el reproche sociojurídico de la conducta, ora autodeterminar su comportamiento conforme esa intelección.

Por último, y aunque el ad quem dijo que valoraría los hechos y circunstancias que rodearon la ejecución del injusto para discernir si JDC tenía capacidad de ser culpable en ese momento, sólo tuvo en cuenta los que, en su entender, corroboraban la tesis de la imputabilidad. En cambio, ignoró del todo aquellos contenidos probatorios que apuntaban en la dirección contraria.

[...]

En síntesis, la conclusión del ad quem en cuanto a la imputabilidad de JDMR está apoyada en múltiples errores de valoración y apreciación probatoria, así como en algunas distorsiones en la comprensión de las categorías jurídicas pertinentes.

[...]

Así las cosas, a partir de la apreciación conjunta e integral de los elementos de juicio aportados se concluye que MR efectivamente sufría un trastorno esquizoafectivo para la época de los hechos, tesis que, en tanto aparece ampliamente corroborada y soportada en varios elementos de conocimiento concurrentes y contestes, logró un mayor grado de confirmación que la postura contraria (cuyo asidero suyasorío está, en cambio, limitado apenas al dictamen psiquiátrico aportado por la Fiscalía).

[...]

Por otra parte se tiene, según fue probado por los testimonios de WD y de los vecinos ICG, LBM y APM, que la sentenciada era en una madre cariñosa y dedicada al cuidado de sus hijos, a quienes no maltrataba de ninguna manera. La importancia de esos contenidos probatorios -que el tribunal, ya se vio, ignoró- deviene de que demuestran que la agresión fatal infligida a ellos por MR no corresponde al desenlace o conclusión de un despliegue de violencia sistemática o recurrente, sino que aparece incompatible con la manera en que la nombrada comprendía y había desempeñado hasta entonces su rol materno. La influencia de una crisis psicótica como causa determinante de los homicidios sería poco plausible si esas conductas pudieran relacionarse con un patrón previo de malos tratos, desidia o indiferencia por el bienestar de los menores; pero tal hipótesis adquiere mayor crédito al constatarse que ese ataque comportó una ruptura radical respecto de la conducta antecedente de la enjuiciada».

INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental: demostración / **INIMPUTABILIDAD** - Se

configura / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala casa parcialmente

«Desde luego, ninguno de los hechos indicadores demostrados, considerado aisladamente, permitiría concluir que al momento del injusto MR estaba en medio de una crisis que afectó su comprensión de la realidad. Con todo, al ser valorados en conjunto, y sobre todo de cara al conocido padecimiento de un trastorno esquizoafectivo que ha afligido a la nombrada de tiempo atrás, sí a llevan dar por probado que realizó el injusto en medio de un episodio alucinatorio.

En suma: aunque la Fiscalía allegó un dictamen según el cual JDCMR no tiene ningún padecimiento mental, las pruebas practicadas acreditan, en contra de tal apreciación, no sólo que la nombrada sufre de un trastorno esquizoafectivo con manifestaciones psicóticas, sino también cuando ejecutó las conductas investigadas se encontraba en medio de una crisis psicótica que afectó su comprensión de la realidad.

A partir de esos supuestos fácticos, deviene evidente la aserción valorativa de que MR actuó sin la capacidad de discernir el reproche de su proceder, porque en ese momento su facultad de interpretar el mundo y el sentido de sus acciones estaba sustancialmente enervada. E incluso de admitirse, en gracia de discusión, que a pesar de la crisis psicótica podía aprehender la ilicitud de lo que hizo, no parece razonable que - ante las voces que la compelían a matarse, las presencias que sentía alrededor suyo, la aguda ansiedad que la afectaba y el debilitamiento de su voluntad por la falta de sueño, el permanente dolor de cabeza y sus condiciones personales, familiares y económicas - pudiese determinarse por ese entendimiento.

Así las cosas, habrá de casarse parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, condenar a MR como inimputable, solución por la cual propugnó con acierto el magistrado disidente de la sala de decisión del tribunal.

Como la anterior determinación tiene por fundamento fáctico la comprobación de que JDCMR padece un trastorno mental de carácter permanente, habrá de imponérsele la medida de seguridad de que trata el artículo 70 de la Ley 599 de 2000, cual es la de "internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le

prestará la atención especializada que requiera".

MEDIDA DE SEGURIDAD - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: el tiempo de duración lo determina el tratamiento / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: las funciones son distintas de las establecidas para la pena / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Cuantificación judicial: no puede exceder de veinte años, ni del monto de la pena máxima prevista para la infracción

«Recuérdese, con la Corte Constitucional, que "el tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento", de manera que aquél "deberá soportar la privación de su libertad durante el tiempo que dure el tratamiento que lo rehabilite para la vida en sociedad". Ello se debe, en esencia, a que sus funciones, de acuerdo con el artículo 4º del Código Penal, son distintas de las establecidas para la pena, en concreto, de "protección, curación, tutela y rehabilitación".

De ahí que ley no establece montos mínimos para la medida de seguridad - ni podría válidamente hacerlo en el actual marco

constitucional - y, por igual razón, el artículo 70 precitado prevé que, al margen de la duración original con que se fije, (i) cesará su ejecución cuando se establezca que la persona está rehabilitada, y (ii) se suspenderá de comprobarse que «se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida», ora en caso de que "sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente".

Lo anterior explica, así mismo, que la cuantificación judicial de la medida de seguridad no está regida por el sistema de cuartos aplicable a la dosificación de penas. El único criterio legal para su tasación - específicamente en relación con la "internación para inimputable por trastorno mental permanente" - es el de "las necesidades de tratamiento en cada caso concreto"; necesidades para cuya comprensión el juez debe realizar "la valoración... con base en los elementos probatorios, del trastorno mental... que padece el acusado y de la correlación que haya entre este y la comisión del hecho punible".

En todo caso, la medida de seguridad no puede exceder de veinte años, ni del monto de la pena máxima prevista para la infracción».

Inicio

9. ESTAFA - Delito masa: la cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas / **ESTAFA** - Puede concursar con enriquecimiento ilícito de particular: requisitos / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad tácito: explicación

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados H.A.B.S. y M.T.A., contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, mediante el cual revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, para en su lugar condenarlos en calidad de coautores del delito de estafa en masa agravada, en concurso heterogéneo con el reato de enriquecimiento ilícito de particulares.

En esta oportunidad, la Sala casó parcialmente la sentencia condenatoria de segunda instancia y

en su lugar, absolvio a los procesados por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. En consecuencia, modificó el fallo, para condenarlos como coautores responsables del delito de estafa agravada en modalidad de delito masa.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte determinó que la Fiscalía no logró acreditar que lo apropiado como consecuencia del delito de estafa en modalidad masa y el incremento patrimonial del enriquecimiento ilícito de particulares corresponden a haberes provenientes de distinta fuente delictiva; por lo que, en el presente caso, existe un concurso aparente de delitos; convergencia que debe resolverse por la senda del principio de subsidiariedad tácito, según la cual habrá de inclinarse por el delito contra el patrimonio económico, que abarca de manera más extensa el injusto

SP2021-2022(54321) de 15/06/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la ciudad de Pereira -Risaralda-, durante los años 2006 a 2009, H.A.B.S. y M.T.A., crearon una sucesión de empresas simuladas, cuyo objeto social principal era la venta de vehículos nuevos y usados; las comercializadoras en apariencia eran exitosas dado que se encontraban en un sector reconocido de la ciudad, contaban con un número plural de trabajadores y poseían un inventario importante de vehículos, lo que condujo a que múltiples personas confiaran en la seriedad y cumplimiento de los contratos que celebraban con la empresa de turno.

2. Motivados por esa apariencia de seriedad, algunas personas entregaron sus vehículos a cambio de uno mejor; otras, dieron sus vehículos para que fueran comercializados o administrados por la compañía de turno; y unos más, entregaron cuantiosas sumas de dinero para adquirir automotor; sin embargo, todos esos contratos fueron incumplidos.

3. Las víctimas, al advertir los incumplimientos contractuales, en algunos eventos insistieron en la entrega del vehículo prometido, otros, solicitaron la devolución del dinero; sin embargo, los propietarios, con el fin de seguir manteniendo en error a los perjudicados, acudieron a variadas estrategias y excusas, como la utilización de medidas jurídicas dirigidas a evitar el embargo de sus bienes, la utilización de cheques sin fondos, la venta de un mismo vehículo a varias personas y comportamientos amenazantes.

4. Por virtud de tales actividades, los comercializadores obtuvieron provecho económico ilícito en cuantía de cuatrocientos un millón trescientos noventa y cuatro mil doscientos cincuenta pesos (\$401'394.250).

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ESTAFIA - Querella: caso en que no se requiere / **UNIDAD PROCESAL** - Conexidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Interrogatorio al indiciado: no es obligatorio

«[...] debe indicarse que de acuerdo con el principio de unidad procesal, contenido en el artículo 50 de la Ley 906 de 2004 , la regla general es que por cada delito se adelante un proceso penal, -sin importar el número de autores o partícipes, ocurriendo lo mismo frente a las conductas conexas que se deben investigar

y juzgar de manera conjunta-; sin embargo, tal premisa contempla excepciones, entre ellas, la conexidad (artículos 50 y 51, ibidem), figura que admite el juzgamiento conjunto de varios delitos de cumplirse ciertas condiciones, como cuando «2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar», y también, cuando «4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra».

Por lo tanto, en el presente asunto operó la unificación de las investigaciones, en razón a la conexidad existente, debido a que, conforme la teoría de la Fiscalía, se trató de una acción delictiva única con múltiples y reiterativos actos ejecutivos tendientes a la obtención de un solo propósito defraudador, que perduró y se materializó en el tiempo, con fraccionados logros y pluralidad de sujetos pasivos afectados en su patrimonio, por una cuantía global de cuatrocientos ochenta y un millones de pesos (\$481.000.000).

En lo que atañe a que la Fiscalía no recibió interrogatorio a indiciado, pese a que HABS y MTA así lo solicitaron, basta decir que la Corte de manera reiterada ha señalado que no atender en interrogatorio al indiciado no constituye vulneración de derechos o irregularidad alguna, dado que su realización es optativa, tanto para el Fiscal, como para el indiciado o imputado, pues, no existe una norma que imponga tal proceder, de lo que se sigue que su desarrollo no es presupuesto del debido proceso (CSJ SP5278-2014, Rad. 43490; CSJ SP3657-2016, Rad. 46589; CSJ AP 5589-2016, Rad. 44106; CSJ AP626-2017, Rad. 48042, CSJ AP2025-2020, Rad. 57139).

Lo anterior, básicamente, porque dentro de un esquema de adversarios no se puede forzar a una parte a realizar ninguna actividad investigativa en particular; por el contrario, cada una evalúa sus opciones de cara al éxito de su teoría del caso y así programa metodológicamente las labores (CSJ SP5278-2014, Rad. 43490; CSJ SP3657-2016, Rad. 46589)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: no exige la exhibición de elementos materiales probatorios, evidencia física o informes

«Al respecto, debe indicarse que la Corte, de manera pacífica y reiterada ha señalado que en

esa fase preliminar, por regla general, el funcionario investigador no tiene la carga de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, que se encuentren en su poder, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007; CSJ AP5204-2019, Rad. 54814; CSJ SP862-2020, Rad. 56789; CSJ SP2073-2020, Rad. 52227; CSJ SP3988-2020, Rad. 56505, entre otras)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: su indefinición genera nulidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos, parámetros para hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos, parámetros para hacerlo / **ESTAFADA** - Elementos que se deben determinar en los hechos jurídicamente relevantes

«[...] la imputación del delito de estafa agravada previsto en los artículos 246 y 247 numeral 4º del Código Penal, procede cuando la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluye: a) despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima; b) error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; c) obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; d) perjuicio correlativo de otro; e) sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto, que se refleja en daño patrimonial ajeno; y f) que la conducta esté relacionada con contratos de seguros o con transacciones sobre vehículos automotores (CSJ SP3233-2017, Rad. 48279, CSJ SP11839-2017, Rad. 44071).

El examen de los hechos jurídicamente relevantes enrostrados a HABS y MTA en las audiencias de formulación de imputación y acusación, deja en evidencia que, contrario a lo expuesto por el defensor, la Fiscalía sí cumplió con el deber de informarle a los procesados las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos enrostrados, y circunstanció cada uno de los elementos del tipo penal de estafa agravada en modalidad de delito masa».

IDENTIDAD DEL PROCESADO - Individualización e identificación: demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Identificación e individualización del procesado: presupuesto para formular imputación y acusación, es inocuo estipularla o discutir la plena identidad del procesado en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Identificación e individualización del procesado: su prueba es distinta a la que demuestra la responsabilidad en la conducta penalmente relevante

«En este asunto, debe concluirse que la Fiscalía dio cumplimiento a la obligación contenida en el inciso 1º del artículo 128 de la Ley 906 de 2004, dado que en la audiencia de formulación de imputación y en la acusación identificó plenamente a los procesados con sus nombres completos, números de identificación, fecha de nacimiento, edad, nombre de los padres, estado civil, grado de escolaridad y ocupación, por lo que no se incurrió en la irregularidad demandada».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Defensa técnica: Defensor de oficio / **DERECHO DE DEFENSA** - No se vulnera: cuando el defensor de confianza es reemplazado por un defensor de oficio ante la no comparecencia de aquél / **DEFENSA TÉCNICA** - No se vulnera / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano

«[...] el examen de la actuación procesal da cuenta que la audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo el 11 de mayo de 2011, y la preparatoria sólo finalizó el 16 de octubre de 2015, es decir, más de 4 años después, dado que, aun cuando el juzgado fijaba varias fechas para su realización, en la mayoría de las veces la bancada de la defensa solicitaba el aplazamiento de la diligencia.

[...]

El anterior recuento procesal obliga concluir que la abogada de oficio adelantó una adecuada actividad defensiva, llevando a cabo actos positivos de gestión en pro de los intereses de los procesados, por lo que la violación al derecho a la defensa técnica, demandada por el impugnante, es inexistente.

Además, olvida el censor que las maniobras dilatorias deben ser rechazadas de plano, tal cual lo dispone el numeral 2º del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, en cuanto, le impone un deber especial al juez, consistente en «2. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos».

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES - Elementos que se deben determinar en los hechos jurídicamente relevantes / **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES** - Elemento normativo (incremento patrimonial no justificado): demostración / **ESTAFA** - Concepto de provecho ilícito / **ESTAFA** - Elementos: nexo causal, entre la obtención del provecho ilícito y la inducción o mantenimiento en error / **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES** - Concepto / **ESTAFA** - Puede concursar con enriquecimiento ilícito de particular: requisitos / **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES** - Bien jurídico tutelado / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad tácito: explicación

«El artículo 327 del Código Penal tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, de la siguiente manera: «El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión....».

La imputación de este delito procede cuando la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluye: (a) obtención de un incremento del patrimonio propio o ajeno; (b) la no justificación del incremento patrimonial; (c) que ese incremento patrimonial no justificado sea consecuencia de una actividad delictiva antecedente, del mismo sujeto u otro; y (d) cuando la actividad ilícita es cometida por un tercero, basta que el sujeto haya tenido conocimiento del origen ilícito de los recursos.

[...] la Fiscalía no precisó de qué forma los procesados obtuvieron un incremento en su patrimonio o en uno ajeno, pues, el que se hayan hecho transacciones bancarias por más de \$11.000.000.000 no implica, per se, que en ese valor se hubiese aumentado su peculio. Y, tampoco determinó que el aumento patrimonial hubiese sido como consecuencia de una actividad delictiva antecedente, en contrario, refirió que se derivaba de la comercialización de vehículos, labor que, en principio, es lícita.

Tal omisión no solo conspiró contra la claridad que debe caracterizar este acto procesal, sino

que, impidió conocer el componente fáctico de ese específico cargo, lo que generó que el Tribunal condenara a los procesados por dos delitos diferentes, con base en mismo suceso fáctico.

[...]

Como se ve, el Tribunal terminó por amalgamar el elemento normativo concerniente a la obtención del provecho ilícito en el punible de estafa, con el incremento patrimonial injustificado exigido en el reato de enriquecimiento ilícito de particulares, para luego concluir que se encontraban acreditadas las dos conductas punibles de manera autónoma, pese a que la imputación fáctica solo daba cuenta del incremento del patrimonio de los implicados, con ocasión de las estafas que cometieron en la compra y venta de vehículos automotores.

[...]

Con esa comprensión, se tiene que, en este caso, la fiscalía no logró acreditar que lo apropiado como consecuencia del delito de estafa en modalidad masa y el incremento patrimonial del enriquecimiento ilícito de particulares en la suma de \$401.394.250, corresponden a haberes provenientes de distinta fuente delictiva; todo lo contrario, el Tribunal encontró y condenó a los implicados por este último reato luego de considerar que el incremento patrimonial del delito de enriquecimiento ilícito de particulares se derivaba «única y exclusivamente» de las apropiaciones obtenidas por medio de la comisión del delito de estafa agravada en la modalidad de delito masa, bajo la aparente compra y venta de automotores.

Por lo tanto, en el presente asunto existe un concurso aparente de delitos, dado que el provecho económico obtenido y el incremento patrimonial provienen de la misma fuente, a tal punto que no pueden escindir -el delito de estafa agravada en modalidad de delito masa-; convergencia que debe resolverse por la senda del principio de subsidiariedad tácito, porque en el marco de interferencia o intersección parcial de sus elementos normativos existiría una suerte de nexo instrumental que habría de inclinarse por el delito contra el patrimonio económico, que abarca de manera más extensa el injusto (CSJ SP20949-2017, Rad. 45273)».

10. ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES

MENORES - Elementos: no exige su ejecución en un lugar de comercio destinado a tal fin / **ERROR DE TIPO** - Configuración: implica un problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal / **TESTIMONIO** - Retractación: por sí misma no destruye las afirmaciones anteriores

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados R.A.Q.V. y J.H.V., contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que los condenó como coautores del delito de estímulo a la prostitución de menores.

En esta oportunidad, la Corte no casó la providencia impugnada al concluir que, aparece demostrado en la actuación, más allá de toda duda, el delito de estímulo a la prostitución de menores y la responsabilidad de los acusados.

Para el efecto, analizó la estructura del error de tipo, concluyendo que la eximente de responsabilidad penal, carece de acreditación en el proceso, como quiera que la defensa no propuso teoría del caso, no llevó a los acusados al estrado para que ilustraran acerca de la falsa percepción que tuvieron entorno a la edad de la víctima, ni solicitó otras pruebas con potencialidad para demostrar el aparente error, y mucho menos alegó de conclusión solicitando al juez que lo reconociera.

Contrario sensu, la Sala consideró que, conforme lo estableció el Tribunal en la sentencia recurrida, el juez de primer grado declaró la existencia del error, a partir de la valoración mutilada del testimonio de la víctima, desconociendo que, las novedosas afirmaciones de la testigo en el juicio claramente pugnaban por favorecer a los acusados.

SP2404-2022(51624) de 13/07/2022

Magistrado Ponente:
José Francisco Acuña Vizcaya

Aclaración de Voto:
José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En desarrollo de actividades de investigación encaminadas a combatir la explotación sexual infantil, los días 19 y 20 de diciembre de 2013, se practicaron diligencias de registro y allanamiento en dos hoteles ubicados en el centro de Medellín, actuaciones que permitieron

la captura de diversas personas implicadas en los delitos de estímulo a la prostitución de menores y demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

2. Los aprehendidos fueron identificados como R.A.Q.V. y J.H.V., en su orden, administrador y propietario del Hotel D, quienes permitían el ingreso de menores de edad para realizar allí prácticas sexuales con adultos; W.A.M.R., sorprendido en una de las habitaciones de ese establecimiento en compañía de una adolescente cuando se aprestaban a tener relaciones sexuales, por las que le había ofrecido como pago cincuenta mil pesos; A.Á.G., quien destinaba el hotel a la práctica de actividades sexuales con participación de menores de edad y, en forma adicional, se estableció que, mediante promesa de pago, accedió carnalmente a una persona menor de 18 años; H.C.R.R., encargada de las labores de aseo del hotel y sorprendida allí al momento del allanamiento; y M.A.B., el cual había requerido, a cambio de dinero, los servicios sexuales de dos menores de edad, siendo sorprendido por las autoridades en una de las habitaciones de ese hotel con una de las adolescentes, mientras la otra aguardaba en la recepción del establecimiento.

3. El trámite del juicio le correspondió al Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín, el cual absolió a H.C.R.R., R.A.Q.V., J.H.V. y W.A.M.R.

4. El Tribunal, revocó la absolución de R.A.Q.V., J.H.V. y W.A.M.R. y los condenó, con 120 meses de prisión a los dos primeros por el delito de estímulo a la prostitución de menores, y al último a 168 meses de la misma sanción por la conducta punible de demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA - Adición: procedencia, cuando el Juez omite resolver la alzada de una de las partes / **SENTENCIA** - Adición: procedencia, trasciende los aspectos simplemente formales / **JUEZ** - Imparcialidad e independencia: mecanismos de garantía / **JUEZ** - Deberes: corregir actos irregulares / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Sentencia: aclaración, adición o corrección, se remite al Código General del Proceso / **DEBIDO PROCESO** - No se vulnera

«Para el caso, emerge con claridad que la sentencia del 17 de julio de 2017, emitida por el Tribunal Superior de Medellín, omitió resolver la apelación interpuesta por la delegada de la Fiscalía contra la decisión de primera instancia, en orden a que se revocara la absolución favorable a los acusados RAQV, JHV y WAMR y

se modificara la pena del condenado MAB. La providencia del ad quem resolvió exclusivamente la alzada promovida por la defensa de AAG y MAB.

Sin embargo, luego de la lectura de la providencia, verificada en audiencia del 25 de julio de ese año, el Tribunal advirtió que “por un desafortunado error se omitió resolver la apelación del fallo de primera instancia sustentado oralmente por la delegada de la Fiscalía en desarrollo de la segunda sesión de la audiencia de lectura de fallo, [...]

La recurrente, de todos modos, asegura que la decisión es contraria al debido proceso, pues, en su criterio, la adición o complementación de la sentencia procede solo frente a la omisión de aspectos meramente formales, consideración opuesta al artículo 287 del Código General del Proceso, el cual, en sentido diverso, prevé la posibilidad de complementar la sentencia al facultar al juez para pronunciarse sobre el extremo o los extremos sustanciales que olvidó resolver, posibilidad que trasciende los aspectos simplemente formales para dar relevancia a aquellos que, constituyendo el fondo del asunto, o que representando un extremo de la litis, como dice la norma, quedaron sin decidir; de manera que resulta contrario a la razón y lo dispuesto en el ordenamiento, afirmar el desconocimiento del debido proceso cuando se complementa la sentencia mediante otra decisión con la que se resuelva el extremo litigioso omitido.

A lo que se agrega que, siendo la adición o complementación de la sentencia la herramienta prevista por el ordenamiento para solucionar esa clase omisiones y que su oportuna instrumentalización ocurre dentro del término de ejecutoria de la cercenada providencia, carece de sentido la solicitud de la recurrente de declarar nula la decisión complementaria que subsana el error, cuando quiera que el trámite no ha avanzado a otros escenarios ni contiene decisiones sobre las cuales predicar la transgresión del principio antecedente consecuente y la alteración de la reglada progresividad de la actuación procesal, pues, se insiste, la omisión que en realidad aquejaba la actuación, fue advertida dentro del término legal y solucionada con el remedio procesal correspondiente».

ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES - Elementos: no exige su ejecución en un lugar de comercio destinado a tal fin / **ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES** - Bien jurídico tutelado / **DERECHOS DE LOS NIÑOS** - Obligación social, familiar y estatal de asistirlos y protegerlos / **ERROR DE**

TIPO - Configuración: implica un problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: evento en que hay solidaridad con el procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Entrevistas: retractación en el testimonio de lo dicho en ella / **TESTIMONIO** - Retractación: por sí misma no destruye las afirmaciones anteriores / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: confirma condena

«2.1 El Tribunal condenó a JHV y RAQV como coautores del delito de estímulo a la prostitución de menores, descrito en el artículo 217 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1236 de 2008[...]

Según esta descripción legal, el comportamiento está a cargo de un agente indeterminado que destina, arrienda, mantiene, administra o financia casa o establecimiento para la práctica de actividades sexuales en las que intervienen personas menores de 18 años. El inmueble o establecimiento en el que se ejecuta la conducta relativa a la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, corresponde no de manera exclusiva a aquellos donde funcionen establecimientos de comercio, públicos o abiertos al público, refiere por igual los inmuebles o establecimientos privados, como la residencia o sitio de vivienda particular, fincas de recreo, clubes privados, o cualquier recinto en el que de manera permanente u ocasional se desarrollen actividades de explotación sexual comercial, considerada en el concierto internacional una de las peores formas de trabajo infantil y que la OIT concibe como delito asimilable a la esclavitud y el trabajo forzoso , si se entiende que la prostitución y sus redes se vinculan por lo general a otras actividades ilícitas en las que los niños pueden ser fácilmente victimizados, como el narcotráfico, el tráfico de migrantes o la trata de personas.

El tipo penal no exige que la conducta se ejecute con permanencia en un determinado espacio locativo, puede consolidarse en un solo evento, pues lo relevante es que frente al bien jurídico que es objeto de tutela, relacionado con la libertad, integridad y formación sexuales, el legislador pretende sancionar comportamientos afines con la explotación sexual y en este caso el tipo penal constituye una respuesta al empleo de lugares que de manera definida, inequívoca, sean destinados para tal cometido .

[...]

Estas pruebas patentizan que el hotel D constituía un lugar en el que de manera permanente se desarrollaban actividades de naturaleza sexual en la que participaban

personas menores de 18 años y en el que se consolidaba, de paso, la demanda de explotación sexual comercial a la que eran sometidas, según lo revela el testimonio de KMPM, quien siendo menor de edad, casi a diario entregaba allí su cuerpo a extraños a cambio de insignificantes sumas de dinero y veía también a otras niñas menores de edad, que acudían a ese hotel con las mismas finalidades.

Lo acabado de relatar actualiza el tipo penal de estímulo a la prostitución de menores, cuando quiera que, en un sitio concreto de la ciudad de Medellín, el inmueble donde funcionaba el Hotel D, se adelantaba la práctica de actos sexuales en los que participaban menores de edad, quienes ingresaban allí con adultos por disposición o consentimiento del propietario del establecimiento y de la persona que lo administraba.

La edad de la víctima generó perplejidad en el juez de conocimiento quien, guiado por las manifestaciones en juicio de KMPM, consideró que los acusados ignoraban que se trataba de una persona menor de edad, pues allí declaró que para ingresar a los hoteles en los que se la explotaba sexualmente, mostraba un documento falso con el que, supuestamente, acreditaba ser mayor de edad, aserto que le resultó suficiente al sentenciador para concluir que aquellos desconocían "su minoría de edad y que tan solo para la fecha, con ocasión de lo acontecido [registro y allanamiento del Hotel D], se enteraron de que se trataba de una menor de edad y por lo tanto no existe forma de endilgar responsabilidad penal... pues actuaron bajo un error de tipo por cuanto desconocían de la verdadera edad de la joven y ese es uno de los elementos estructurales [del] tipo penal, tratarse de menores de 18 años de edad y siendo ello así sus conductas resultan atípicas..."

Conclusión deleznable si se tiene en cuenta que el error de tipo traduce una falsa percepción de su estructura, de modo que se presenta cuando el sujeto activo actúa bajo la convicción errada e invencible de que en su acción u omisión no concurren las exigencias necesarias para que el hecho se aperciba en la descripción típica, y en la actuación no se acreditan los elementos que llevan a reconocerlo en beneficio de los acusados.

Acerca de la figura la jurisprudencia de la Sala refiere que, se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa.

Con mayor precisión, dice la jurisprudencia de la Sala, "en el error de tipo, la persona o autor desconoce el alcance de sus actos en la medida en que supone erróneamente la ausencia de circunstancias constitutivas del delito que sí están presentes en la realidad objetiva donde se desarrolla su acción. Por consiguiente, tal error se configura cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y por lo mismo, excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Clásicos ejemplos, el que se apodera de cosa mueble ajena (hurto, artículo 239 C.P.), suponiendo que se trata de cosa propia; penetra en habitación ajena (artículo 189 C.P.), creyendo entrar en la propia; o realiza acceso carnal con persona menor de 14 años (artículo 208 C.P.), creyendo que es mayor de edad."

A lo cual agrega que, "la equivocación será invencible cuando no le sea exigible al autor ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, es decir, que la errada interpretación o comprensión no dependa de su culpa o negligencia, circunstancia que produce la atipicidad subjetiva; y, vencible, en caso de que el agente lo pueda superar con un esfuerzo factible y que le era exigible con arreglo a las circunstancias de posibilidad de conocimiento, oportunidad y demás que rodearon la ocurrencia de los hechos."

[...]

Las novedosas afirmaciones de la testigo en el juicio claramente pugnaban por favorecer a los acusados, lo cual no resulta extraño cuando las víctimas por su formación, nivel cultural, socioeconómico, en particular por la pobreza, no se reconocen como tales, resisten admitir que han sido utilizadas, explotadas y no dimensionan el daño causado en sus vidas, a su dignidad y al conjunto íntegro de derechos que les asiste como seres humanos, por lo que asumen actitudes solidarias frente a los victimarios en la distorsionada idea de haber recibido de éstos alguna suerte de beneficios, de tal manera que, en su percepción, antes que explotadores o victimarios, se trata - en el contexto de este caso - de los clientes o bien de benefactores que en sus establecimientos de comercio les permiten ganarse el sustento diario.

De allí se explica que KMPM en juicio modificara apartes de la versión que dio a las autoridades momentos después de ser rescatada durante el registro y allanamiento al Hotel D, por ejemplo: i) que ese día portaba un documento falso con el cual se identificaba como persona mayor de edad, aserto desvirtuado en juicio por el patrullero OFG, quien manifestó que de las personas

presentes en el Hotel D, al momento del operativo, del que hizo parte con otros integrantes del grupo de Infancia y Adolescencia, solamente la citada adolescente informó no portar documento de identidad y, además, que era menor de 18 años; ii) que a ese lugar había ido solo dos o tres veces, cuando en realidad acudía allí casi a diario desde hacía año y medio, al igual que lo hacían otras siete u ocho menores de edad; de la misma manera, iii) que el propietario y el administrador del hotel desconocían que era menor de edad.

En la declaración previa la víctima no mencionó que, para ingresar al Hotel D, se identificara con un documento falso, o que en alguna oportunidad hubiera engañado al dueño y al administrador de ese establecimiento en relación con su edad exhibiéndoles una cédula o contraseña espurias, tampoco la actuación ofrece evidencia de que portara el documento. Al contrario, se insiste, aparece demostrado que estaba indocumentada el día del allanamiento y les indicó a las autoridades que era menor edad, condición que corroboraron mediante el despliegue de actos urgentes.

De esa manera, valorado integralmente el testimonio de la víctima y en conjunto con los restantes medios de demostración, acertó el Tribunal al descartar el error deducido falsamente por el a quo y declarar que los acusados, no obstante conocer que KMPM era menor de edad, consentían su ingreso, así como el de otras niñas menores de 18 años, al Hotel D en compañía de adultos para ser sometidas a explotación sexual.

Los acusados, sin duda, sabían que KMPM era menor de edad, pues la conocían con antelación. Acorde con la declaración de la víctima, año y medio antes de los hechos [aproximadamente con 15 años] ya estaba en situación de prostitución y el Hotel D era el establecimiento primordial para ejercerla (dijo que acudía casi a diario), de modo que desde la época en que comenzó a frecuentar el establecimiento eran conscientes de que se trataba de una menor de edad y estaban obligados a impedir que ingresara con fines de prostitución o para ser explotada sexualmente, según lo dispuesto por el artículo 19-6 de la Ley 679 de 2001 o Estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el

turismo sexual con menores, y el artículo 1-6 de la Resolución 3840 de 2009, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que establece como medida mínima de control a cargo de los representantes legales, directores, administradores, empleados y contratistas vinculados a la prestación de servicios turísticos, impedir el ingreso de niños, niñas y adolescentes a los hoteles o lugares de alojamiento y hospedaje, bares, negocios similares y demás establecimientos en los que se presten servicios turísticos, con fines de explotación o de abuso sexual.

[...]

El testimonio de KMPM ratifica que el Hotel D había normalizado el ingreso de menores en situación de prostitución, pues le consta que acudían allí para ser sometidas a explotación sexual, otras siete u ocho niñas. De igual modo, devela que no existía restricción ni control para entrar en al establecimiento, simplemente “se pagaba la pieza y ya le daban ingreso a uno”. De hecho, refirió que la noche del allanamiento, al acceder al hotel, solo vio a los administradores o dueños, quienes, como siempre, estaban en una especie de sala de espera que tenían, sin ver a nadie más “porque yo entré directamente para la habitación.”

Del mismo modo, su testimonio evidencia que los acusados incentivaban el ingreso de menores de edad con una bonificación (denominada ficha), de 5 mil pesos que descontaban del valor del hospedaje cancelado por los clientes que llevaban al lugar.

En esas condiciones, no cabe duda, sabían que al hotel ingresaban personas menores de edad y voluntariamente les permitían el acceso, conociendo también que serían sometidas a explotación sexual comercial por los adultos con los que llegaban. Es decir, con conocimiento y voluntad, destinaron las instalaciones para la práctica de actos de naturaleza sexual en los que participaban personas menores de 18 años, a pesar de que por disposición legal debían impedir su ingreso y así se los recordaban, además, constantemente los letreros fijados en los pasillos del albergue que anunciaban la prohibición de ingreso de menores de edad para ser explotados sexualmente [...].».

11. FRAUDE PROCESAL - Término de prescripción: Se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto / **DELITOS DE EJECUCIÓN**

PERMANENTE - Tránsito legislativo: se debe elegir el ordenamiento jurídico que haya regido hasta el último acto de consumación y que establezca la sanción de mayor gravedad / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: lo relevante es la consumación, no el agotamiento de la conducta

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de R.O.C., en contra de la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la decisión condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Gachetá, trámite adelantado por el punible de fraude procesal.

La sala no casó la sentencia, al encontrar que, conforme a la postura jurisprudencial de la Corporación, el punible de fraude procesal finaliza cuando los efectos del engaño cesan; es decir, mientras dura el estado de ilicitud, razón por la que, en este asunto, resultaba aplicable el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, y, en consecuencia, no se configuró la prescripción de la acción penal.

Para ello, explicó las características del punible de fraude procesal, y concluyó que, en eventos de tránsito legislativo, se debe imponer la pena establecida en la normatividad en la cual el delito se sigue ejecutando y que, la prescripción inicia su conteo cuando desaparezcan los efectos jurídicos de la inducción en el error al servidor público, y a la sociedad en general.

Finalmente, la Sala de Casación Penal recordó que, no se incurre en falso juicio de existencia por preterición cuando, a pesar de no mencionar expresamente algunas pruebas, el sentenciador asume su análisis, dándole el mérito su asesor que estima pertinente. Además, reiteró que, para la estructuración de la conducta delictiva de falsedad no se requiere que la creación del instrumento apócrifo y su uso relevante con fines probatorios sean efectuados por la misma persona.

SP2879-2022(58685) de 10/08/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

Salvamentos de voto:

Fabio Ospitía Garzón
Myriam Ávila Roldán
Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Por adjudicación en el proceso de sucesión de R.C.O., adelantado ante el Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bogotá, a G.L.O.C. se le asignó en 1997, en común y proindiviso, un derecho de cuota del 12,5% sobre el predio ubicado en zona urbana de esta ciudad.

2. Posteriormente, ante la Notaría 33 del Círculo de Bogotá, se protocolizó la escritura pública de 19 de junio de 2002, a través de la cual se hizo constar que G.L.O.C. vendió el mencionado derecho de cuota a su hermana R.O.C.

3. Para el efecto, R.O.C. exhibió ante la notaría un poder adiado el 24 de mayo de 2002, apócrifo en cuanto ni la firma, ni la impresión dactilar plasmada en el documento como de G.L.O.C., corresponden a la poderdante, aunado a que el memorial fue supuestamente autenticado por G.L.O.C. ante el cónsul de Colombia en Madrid (España), en el que facultaba a L.C.B. a realizar la venta, fecha para la cual G.L.O.C. residía en Melbourne (Australia).

4. El 25 de junio de 2002, R.O.C. inscribió la escritura pública en el correspondiente folio de matrícula de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE - Aplicación de la favorabilidad: se descarta / **DELITO DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Favorabilidad: en tratándose de la vigencia de varias disposiciones legales / **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** - Delito de mera conducta / **DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Tránsito legislativo: se debe elegir el ordenamiento jurídico que haya regido hasta el último acto de consumación y que establezca la sanción de mayor gravedad / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: lo relevante es la consumación, no el agotamiento de la conducta

«Desde el fallo CSJ SP, 25 Ag. 2010, rad. 31407 , la Corte, en ejercicio de la función de unificación de la jurisprudencia, precisó que «cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévolas pero que continúa

cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia».

[...]

De ese modo, la posición pacífica y vigente de la Sala enseña que, de las varias normatividades susceptibles de haber operado durante el lapso en que se desarrolló el delito permanente, se aplica la última de ellas.

En concordancia con las precisiones expuestas en el referido fallo, y con el fin de garantizar la coherencia frente a las consecuencias de tal razonamiento, la Sala considera pertinente señalar que ese reconocimiento del Fraude procesal como delito de carácter permanente implica también sostener que la prescripción de la acción penal para esta clase de delitos inicia su conteo desde la fecha en la cual cesan los efectos del acto que indujo en error al servidor público.

[...]

La referencia jurisprudencial se realiza con el fin de dejar claro que, frente a conductas punibles como la acá descrita (inscripción apócrifa en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos), al delito de Fraude procesal es de mera conducta y también de conducta permanente, esto por cuanto se consuma con la inducción en el error provocada al servidor público (descartando con ello que se trate de un delito “de resultado” que admite el grado de tentativa, impensable en el ordenamiento colombiano para el Fraude procesal), y la agresión al bien jurídicamente tutelado persiste en el tiempo hasta cuando el funcionario salga del error en el que fue inducido.

Es por ello que, para descartar contradicciones jurídicas, debe establecerse que en el delito de Fraude procesal se debe imponer, en eventos de tránsito legislativo, la pena establecida en la normatividad en la cual el delito se sigue ejecutando (en este caso la pena que consagró el artículo 11 de la Ley 890 de 2004), y que la prescripción inicia su conteo desde que desaparezcan los efectos jurídicos de la inducción en el error al servidor público, y a la sociedad en general por cuanto el certificado de libertad y tradición de un bien inmueble es el oponible a terceros.

Si en el presente caso el injusto de Fraude procesal inició el 25 de junio de 2002, fecha en la que ROC, inscribió, ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Centro,

la espuria escritura pública nro. [...], suscrita el [...] de [...] de [...] en la Notaría 33 del Círculo de Bogotá, a través de la cual GLOC supuestamente le vendió su derecho de cuota del 12,5% sobre el predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria nro. [...], conducta punible que se prolongó hasta el 7 de junio de 2016 cuando por orden de la Fiscalía el Registrador inscribió la cancelación de la transferencia fraudulenta del dominio, dada la naturaleza de punible de carácter permanente que la jurisprudencia le ha otorgado al Fraude procesal, es claro que, conforme a la línea jurisprudencial atrás citada, se aplicó acertadamente el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, vigente a partir del 7 de julio de 2004, que contiene un aumento punitivo autónomo para el delito de Fraude procesal.

El artículo 453 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, dispone que el Fraude procesal comporta una pena máxima de doce años, razón por la cual, si la resolución de acusación surtió ejecutoria el 3 de febrero de 2017, en la etapa investigativa apenas si transcurrieron un poco menos de ocho meses del término prescriptivo, situación que obliga a negar la ocurrencia de este fenómeno. Escenario que no cambia en la fase de juzgamiento, toda vez que la mitad de la pena (seis -6- años) contabilizada a partir de la ejecutoria del pliego acusatorio (artículos 83 y 86 del Estatuto Punitivo), se cumpliría el 3 de febrero de 2023.

Sería un contrasentido que en el presente asunto se sostenga que se aplica la pena establecida para el Fraude procesal en el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, precisamente por el carácter permanente del punible, y al mismo tiempo sostener que la acción penal prescribió en la etapa instructiva porque el delito se consumó el 25 de junio de 2002, cuando se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la escritura pública espuria. Las consecuencias que se derivan del carácter permanente de la conducta punible deben aplicarse tanto para la pena a imponer según el principio de legalidad como para la contabilización del término de prescripción de la acción penal.

Por otra parte, con transgresión del principio de corrección material, que exige que entre las piezas procesales en las que se apoyan las censuras y la presentación que de ellas se haga en el escrito de sustentación, debe existir una relación de correspondencia objetiva, respetando siempre su realidad, el censor reprocha la omisión de pronunciamiento del Tribunal frente a la extinción de la acción penal, situación que sí fue analizada por esa judicatura.

A partir de considerar que en el caso concreto resultaba aplicable el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, conforme a la postura jurisprudencial acabada de memorar, y de acoger el criterio de la Corte que explica que el punible de Fraude procesal finaliza cuando los efectos del engaño cesan, vale decir, mientras dura el estado de ilicitud [...]

Idéntico análisis efectuó el a quo, al referirse específicamente al asunto de la prescripción de la acción penal.

Entonces, la argumentación expuesta por el libelista en orden a cuestionar la condena resulta insuficiente, en cuanto se limita a dissentir del análisis de los falladores de instancia, quienes acogieron precedentes jurisprudenciales de esta Sala que zanjaron los temas propuestos en casación.

No se advierte error alguno por el hecho que los juzgadores, al condenar a ROC por el delito de Fraude procesal, cometido entre junio de 2002 y junio de 2016 -conforme a lo explicado párrafos atrás-, le impusieran la pena prevista en el artículo 453 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004.

En otras palabras, en este asunto no le fue desconocido a la procesada el principio de la ley penal más favorable.

El demandante tenía la obligación de justificar que el criterio judicial de esta Corporación no es el llamado a regular la situación examinada, o bien, que las subreglas establecidas en los anotados precedentes son erradas y deben ser recogidas, modificadas o moduladas, pues, sólo así podría sugerir razonablemente que las instancias incurrieron en el error denunciado al elegir la norma sustantiva aplicable al asunto y condenar a ROC por el punible de Fraude procesal.

Esa carga no fue satisfecha por el casacionista quien, a pesar que esgrimió algunas referencias jurisprudenciales y legales que apuntalan su postura, en esencia, simplemente denotan su desacuerdo con la pacífica de la Corte».

ERRORES DE HECHO – Modalidades / **ERROR DE HECHO** - Técnica en casación / **DENUNCIA** - Carácter informativo / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: no se configura cuando el juzgador no enumera la prueba, pero la valora / **FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO** - Creación y uso: Coautoría

«Tal como lo refirió el Tribunal, el argumento de la defensa en la alzada y ahora en sede extraordinaria, se limitó a una simple manifestación que dejó en orfandad probatoria,

pues las pruebas practicadas permiten concluir no sólo que la acusada falseó el anunciado mandato, sino que, además, se comunicó con su prima LCDB, a quien instrumentalizó al otorgarle el poder de vender el derecho de GLOC. Y le hizo creer que esta le encomendó realizar la transferencia de la cuota parte que tenía sobre el bien inmueble.

[...]

Así las cosas, la intervención ante esta sede solo evidencia la inconformidad del demandante frente a la apreciación de la judicatura, pues considera que el conjunto probatorio permitía llegar a un juicio negativo de responsabilidad penal a favor de ROC, en contraposición a lo concluido por los jueces unipersonal y plural, quienes afirmaron la materialidad de la conducta punible objeto de acusación y la responsabilidad en ella de la procesada.

Por otra parte, constituye un contrasentido mencionar que el dictamen pericial de 2011 fue «dejado de apreciar» y, a renglón seguido, afirmar que fue tergiversación, puesto que ello implica necesariamente que fue valorado por parte del juzgador.

Además, nuevamente transgrede el principio de corrección material, habida cuenta que la prueba presuntamente omitida sí fue objeto de estudio por parte del fallador de primer nivel -el cual forma unidad decisoria con el de segundo grado-, pero no en la forma pretendida por el recurrente.

[...]

Aunado a ello, si bien el Tribunal no mencionó específicamente la declaración de OOC, sí se refirió al aspecto echado de menos por el recurrente, esto es, que entre GL y ROC existían discordias. Por demás, el fallo de primera instancia, que forma unidad decisoria con el de segundo grado, sí aludió a ella.

Por ende, conforme a la jurisprudencia de la Sala, se reitera que no se incurre en falso juicio de existencia por preterición cuando, a pesar de no mencionar de expresa alguna o varias pruebas, el sentenciador asume el análisis del aspecto o aspectos cuya omisión se plantea, dándoles el mérito suvisorio que estima pertinente, carga cumplida en el caso concreto.

[...]

El alegato del actor se redujo a que del plenario no se advertía prueba directa que incriminara a la procesada, como quiera que no se demostró que ella hubiese adulterado el poder «base del montaje, ardid, artificio o artimaña» o que

exhibiera la escritura pública ante la oficina de registro correspondiente.

A propósito de la discusión traída a colación por el recurrente, referida a no existir prueba de que la enjuiciada, en el poder, falsificara la huella o la firma de su hermana GL, recuérdese que para la estructuración de la conducta delictiva de falsedad no se requiere que la creación del instrumento apócrifo y su uso relevante con fines probatorios sean efectuados por la misma persona, pues, bien puede ocurrir que un autor altere la verdad y otro emplee el respectivo documento para los fines perseguidos, respondiendo los dos por el resultado finalmente

concretado, gracias a su obrar mancomunado (Cfr. CSJ SP, 16 oct. 2013, rad. 39257).

[...]

En suma, el libelista no demostró la estructuración de algún error específico en el fallo reprobado, sino su simple oposición al mérito que los juzgadores confirieron a los medios de persuasión, pretendiendo extender el debate probatorio agotado en las instancias, escenario no previsto por el legislador para la impugnación extraordinaria».

[Inicio](#)

12. HURTO CALIFICADO - No es delito querellable / **HURTO AGRAVADO** - Cuando se trata de un agravante específico no es delito querellable / **COAUTORÍA IMPROPIA** - Principio de imputación recíproca / **COMUNICACIONES** - Medio de prueba / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: basta con el acuerdo de voluntades y la puesta en peligro del bien jurídico / **COHECHO PROPIO** - Se perfecciona: desde el momento en que el funcionario acepta la promesa remuneratoria

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado J.R.G., contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad que lo condenó como autor penalmente responsable del delito de hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con los reatos de concierto para delinquir y cohecho propio.

En esta oportunidad, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia, al considerar que, se encuentra probado, más allá de toda duda razonable, que el policial condenado aceptó la promesa remuneratoria consistente en el pago del 30% del valor de lo hurtado, a cambio de omitir sus funciones constitucionales y legales.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte analizó las características de los delitos de hurto calificado y agravado, concierto para delinquir y cohecho propio, así como el principio de imputación recíproca en la coautoría impropia.

SP1742-2022(57051) de 25/05/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la ciudad de Bogotá, durante el año 2016, existió una organización criminal liderada por J.O.G.S., alias "G", la cual se dedicaba principalmente a cometer hurtos a residencias y establecimientos de comercio.

2. La referida organización estaba conformada por particulares, quienes se encargaban de ejecutar los hurtos, y, además, por miembros activos de la Policía Nacional, entre ellos J.R.G., quienes bajo la promesa de un pago del 30% del valor de lo hurtado, se apartaban de manera deliberada y dolosa del cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tendientes a proteger la vida, honra y bienes de la ciudadanía, para garantizar la consumación de los hurtos, el acrecentamiento del patrimonio económico de los miembros de la organización criminal, con el correlativo perjuicio para las víctimas, y finalmente, la impunidad total de todos los punibles ejecutados por ellos.

3. Uno de los delitos que cometió esta organización, en el que participó el subintendente J.R.G., ocurrió el 31 de julio de 2016, a partir de las 00:13:20 horas en la ciudad de Bogotá, en un establecimiento de comercio al que ingresaron de manera violenta varias personas y sustrajeron múltiples dijes de plata.

4. El aporte del subintendente J.R.G., a este específico plan criminal consistió, como integrante de la patrulla a cargo del cuadrante en el que se encontraba ubicado el establecimiento

de comercio referido, en (i) cooptar a los miembros de la Policía Nacional que también patrullaban esa noche, para que no interfirieran en el plan criminal; (ii) informar y alertar a los otros integrantes de la organización criminal que estaban ejecutando el hurto, sobre los movimientos que se suscitaban al interior de la Policía Nacional; (iii) retardar la reacción de la autoridad; y (iv) alertarlos sobre cualquier movimiento que podría poner en riesgo la operación delincuencial; todo ello con la finalidad de garantizar la ejecución exitosa del delito y evitar que los coautores fueran sorprendidos en flagrancia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NULIDAD - Debido proceso: delitos querellables / **HURTO CALIFICADO** - No es delito querellable / **HURTO AGRAVADO** - Cuando se trata de un agravante específico no es delito querellable / **COAUTORÍA IMPROPIA** - Principio de imputación recíproca

«El defensor del procesado refiere que se violó el debido proceso porque no se formuló querella dentro del plazo establecido en la Ley, requisito obligatorio dado que la cuantía del hurto fue estimada en la suma de \$3.000.000, por lo que debe declararse la nulidad de lo actuado.

Al efecto, debe partir por señalar la Sala, que el artículo 74 de la Ley 906 de 2004 -aún con las modificaciones introducidas por las leyes 1142/07, 1453/11, 1542/12 y 1826/17-, dispone que se requiere querella, entre otros, para el delito de «hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2º)».

Dicho esto, es necesario precisar que en la audiencia de formulación de imputación se le enrostró a JRG, la comisión del delito de hurto calificado agravado, en calidad de coautor, entre otras conductas punibles, reato que no se encuentra enlistado en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, por lo tanto, no se necesitaba la interposición de la querella para el inicio de la acción penal.

Ahora bien, el defensor aduce que las circunstancias de calificación punitiva -con violencia sobre las cosas- y de agravación -por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto y en establecimiento público o abierto al público- no le pueden ser atribuidas a su representado, porque él no ejerció ninguna violencia sobre las cosas, ni ingresó al lugar donde ocurrieron los hechos.

Con tal postura, el profesional del derecho olvida que los coautores impropios -grado de participación que se le atribuyó a RG- responden por el resultado común acordado y no por su específica contribución o aporte, de conformidad con el principio de imputación recíproca que gobierna la coautoría impropia.

[...]

Por lo tanto, la censura propuesta por el defensor no está llamada a prosperar».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, efectos de no hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, efectos de no hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos, parámetros para hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: parámetros para determinarlos en el delito de concierto para delinquir

«El delegado del Ministerio Público solicitó a la Corte que decrete la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de formulación de acusación, dado que se violó el debido proceso, pues, en las oportunidades procesales pertinentes no se delimitaron de manera clara y completa las circunstancias de tiempo y modo que relacionan al procesado como vinculado con una organización criminal.

La Corte de manera reiterada ha establecido que, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso -congruencia y defensa-, por lo cual, el único remedio posible es la nulidad de la actuación (CSJ SP741-2021, Rad. 54658).

También se ha dicho que para una correcta construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de

la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación -entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras).

El artículo 340 de la Ley 599 de 2000, inciso primero, describe el delito de concierto para delinquir de la siguiente manera: «Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión...».

Conforme la descripción típica, una adecuada estructuración de los hechos jurídicamente relevantes exige que se constate que cada imputado, acusado o condenado:

«(i) participó del acuerdo orientado a generar una empresa criminal, “con vocación de permanencia y durabilidad”, dispuesta para cometer cierto tipo de delitos; (ii) se trata de delitos indeterminados, así sean determinables -homicidios, hurtos-, lo que se contrapone a los acuerdos esporádicos para cometer un delito en particular -el homicidio de X, el hurto en la residencia de Y, etcétera-; (iii) el rol de cada imputado, acusado o condenado en la organización -promotor, director, cabecilla, lo que implica suministrar la mayor información posible acerca de la estructura criminal; (iv) la mayor concreción posible sobre el tiempo de existencia de la organización, así como de su área de influencia» (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311).

En la audiencia de formulación de imputación celebrada el 9 de noviembre de 2017, a JRG se le formuló imputación en calidad de autor del delito de concierto para delinquir [...]

Ahora bien, en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 20 de marzo de 2018, JRG fue acusado por los mismos delitos imputados [...]

[...]

Lo anterior obliga concluir que la fiscalía expuso cómo se conformaba la organización ilegal, quiénes eran sus integrantes y líderes, destacó la finalidad de la conducta y el papel que, conforme su teoría del caso, desempeñaba JRG, indicando

las específicas funciones y el rol que le correspondía realizar en su condición de miembro activo de la Policía Nacional, por lo que, contrario a lo que manifestó el delegado del Ministerio Público, el Fiscal sí estructuró los hechos jurídicamente relevantes relacionados con el delito de concierto para delinquir, de manera adecuada, lo que obliga desechar la existencia de algún tipo de violación al debido proceso y a los derechos de defensa y contradicción del procesado.

Por lo tanto, la solicitud de nulidad elevada por el delegado del Ministerio Público, no está llamada a prosperar».

NULIDAD - Congruencia: acusación y sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Equivalencia personal, fáctica y jurídica: su propósito es asegurar al procesado que no recibirá fallo adverso por aspectos ajenos a los cargos formulados / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Transgresión por acción u omisión / **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 intervenientes

«El procurador manifestó que se violó el principio de congruencia con relación al reato de hurto calificado agravado, dado que en el escrito de acusación «se definió a nivel fáctico fue la ubicación de RG en el lugar de dicho punible, como si hubiera participado en su ejecución material y directa, es decir, como si hubiese sido un ejecutor propio de la conducta»; sin embargo, fue condenado por «facilitar la acción antijurídica de los actores materiales y directos del hecho, demorándose en llegar a la platería afectada con el ilícito, junto con otro compañero de la institución policial igualmente involucrado en los hechos, para procurar la salida de aquellos de manera expedita llevando consigo el botín obtenido», hechos que son disímiles.

La Sala, de manera reiterada, ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913; CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP6354-2015, rad. 44287 - postura reiterada en las decisiones CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015,

rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, la Corte explicó a partir de la sentencia SP, 27 jul. 2007, Rad 26468, que dicho principio no es absoluto, y que, por tanto, resulta jurídicamente posible variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervenientes.

Con esta claridad, se advierte que en la audiencia de formulación de imputación se le atribuyó a JRG el delito de hurto calificado -con violencia sobre las cosas- agravado -por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto y en establecimiento público o abierto al público- en calidad de coautor, por su participación en el hurto ocurrido el 31 de julio del 2016, [...]

El cotejo de los hechos jurídicamente relevantes enrostrados a JRG, relacionados con el delito contra el patrimonio económico, y aquellos por los que fue condenado como coautor del reato de hurto calificado agravado, tienen plena correspondencia, lo que descarta la violación al principio de congruencia alegado por el Ministerio Público, por lo que su solicitud no está llamada a prosperar.

Y si bien, en un apartado de la acusación, después de referenciar la manera en que ingresaron los sujetos al establecimiento y tomaron los bienes, se anotó de manera escueta “En este hurto participó JRG, entre otros”, ello no significa, como de manera descontextualizada concluye el representante del Ministerio Público, que se le esté referenciando alguna intervención material de ingreso al local. Basta contextualizar la totalidad de la acusación, para verificar cuál es

la específica conducta que se le atribuye en su calidad de coautor, desde luego, distinta del ingreso y directa apropiación».

COMUNICACIONES - Medio de prueba / CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO -** Demostración / **HURTO -** Configuración: acreditación de la existencia y características del bien mueble objeto de apoderamiento

«De la demanda formulada por el defensor de JRG, se logra extraer que, en su sentir, el procesado debe ser absuelto por todos los delitos por lo que fue acusado y condenado, esto es, los reatos de concierto para delinquir, hurto calificado agravado y cohecho propio, dado que no se probó más allá de toda duda razonable su responsabilidad en los mismos.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía solicita a la Corte casar de manera oficiosa la sentencia impugnada, para que se absuelva al procesado, por el delito de concierto para delinquir, porque no se probó más allá de toda duda razonable su pertenencia a la organización criminal liderada por alias “G”.

Y, el delegado del Ministerio Público solicita casar de oficio la sentencia impugnada, para que se absuelva a JRG por los delitos de hurto calificado agravado y cohecho propio, porque no se probó cuál fue su específico aporte en ambos delitos.

Las diversas posturas asumidas por las partes e intervenientes en este asunto, obligan de la Sala examinar y valorar las pruebas en su conjunto, a fin de determinar si el Tribunal erró al emitir la sentencia impugnada, en los términos ya reseñados.

Dentro del presente asunto aparece probado que el 31 de julio de 2016, a partir de las 00:13:20 horas, en la carrera (...) de la ciudad de Bogotá, varias personas ingresaron de forma violenta al Almacén y Platería T, y sustrajeron múltiples dijes de plata, con la aquiescencia y participación de miembros activos de la Policía Nacional.

[...]

En el juicio se reprodujeron algunas conversaciones que la Fiscal consideró relevantes; con el testimonio del policial se introdujeron los CD, documentos que fueron descubiertos, decretados e incorporados al juicio en la forma debida y que al ser valorados de manera completa y conjunta con los otros medios de convicción, le permiten a la Sala recrear los hechos más relevantes ocurridos antes, durante

y después del suceso acaecido el 31 de julio de 2016 [...]

Estas dos comunicaciones dejan en evidencia la clara división del trabajo y el aporte específico de cada uno de los coautores al plan criminal, por un lado, los policiales del cuadrante del lugar donde se ejecutaría el hurto, quienes con su participación garantizarían la ejecución exitosa del delito y su impunidad; del otro, las personas que se encargarían de ejecutar el delito, y GS, quien fungía como enlace entre todos los coautores.

[...]

Pues bien, la teoría del caso de la defensa consiste en que el subintendente JRG, no sabía de las actividades ilícitas que desarrollaba su compañero de patrulla MQB, tesis que no pasa de ser una postura entusiasta del defensor, en todo caso, carente de comprobación y del todo contraevidente.

[...]

Además, las conversaciones analizadas se constituyen en la prueba irrefutable del aporte y del compromiso de los policiales a ese específico plan criminal, que consistía precisamente en (i) cooptar a los miembros de la Policía Nacional que también patrullaban esa noche, para que no interfirieran en el plan criminal; (ii) informar y alertar a los otros integrantes de la organización criminal, sobre los movimientos que se suscitaban al interior de la Policía Nacional; (iii) retardar la reacción de la autoridad; y (iv) alertarlos sobre cualquier movimiento que podría poner en riesgo la operación delincuencial. Todo ello, con la finalidad de garantizar la ejecución exitosa del delito y evitar que los coautores fueran sorprendidos en flagrancia.

Dicha pretensión se concretó cuando los policiales informaron que: (i) iban a pasar por la zona a verificar un caso en la calle (...) con carrera (...); (ii) que la otra patrulla que se movilizaba en un carro marca Duster, iba a verificar un caso en la Caracas con calle (...), pero que no se preocuparan porque estaba cooptada; (iii) que el CDA habían lanzado la alerta en el "Almacén y Platería T", pero que ellos pasarían despacio; y, (iv) que debían salir inmediatamente con lo que tuvieran, para evitar ser sorprendidos por el teniente.

Y, por último, se acreditó la respuesta tardía de los policiales, pues, la primera alerta ocurrió a las 00:46, y sólo arribaron al lugar de los hechos a las 01:01:10, hora en la que ya tenían la absoluta certeza de que los autores materiales habían abandonado el lugar.

Ahora bien, el delegado del Ministerio Público solicitó a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para absolver a JRG por el delito de hurto calificado agravado, dado que, en su sentir, no se probó: (i) el ingreso de los autores materiales al establecimiento "Almacén y Platería T"; (ii) «las afectaciones que habría sufrido el mismo por el ejercicio de violencia sobre los mecanismos de seguridad existentes para su ingreso»; y, (iii) «la preexistencia material y del valor de los elementos presuntamente hurtados».

Pues bien, en cuanto a lo primero se debe indicar que, contrario a lo referido por el procurador, el ingreso ilícito de los coautores al establecimiento de comercio "Almacén y Platería T" se encuentra acreditado más allá de toda duda razonable, con las conversaciones sostenidas entre los miembros de la banda, en las cuales dejan al descubierto que ingresaron y salieron del lugar, en el que se apoderaron de múltiples dijes de plata.

Pero, además, se cuenta con los videos de las cámaras de seguridad del establecimiento de comercio, que dejan al descubierto el inicio y la consumación de la actividad criminal.

[...]

Tampoco le asiste razón el delegado del Ministerio Público cuando afirma que no se acreditó el ejercicio de la violencia sobre los mecanismos de seguridad del local, pues, la activación de la alarma se constituye en la prueba evidente de que se violentó la seguridad y los mecanismos que el propietario tenía dispuestos para proteger su patrimonio, sumado a que en la conversación sostenida entre QB y GS, después de ocurridos los hechos, éste último manifestó que los coautores tuvieron problemas para violentar los candados y las cerraduras del lugar.

Por otra parte, no resulta acertado el argumento del delegado del Ministerio Público, según el cual, no se probó «la preexistencia material y del valor de los elementos presuntamente hurtados»; pues, por un lado, las cámaras captaron el momento preciso del apoderamiento de los objetos hurtados, lo que prueba su preexistencia; y, de otro lado, el que no se haya determinado el valor exacto de los objetos hurtados se muestra del todo irrelevante, en este caso, para efectos punitivos y procesales; ello, porque la cuantía del hurto pierde relevancia cuando, como en este caso, la conducta se califica por alguna de las causales establecidas en la ley, misma razón por la que no se exige el requisito de la querella como condición de procedibilidad.

Por último, el argumento del defensor, según el cual, el procesado debe ser absuelto por el delito

de hurto calificado agravado, porque no se probó que hubiese recibido de manera efectiva el 30% del valor de lo hurtado, debe ser desechado, pues, el delito se consuma con el acto del apoderamiento y no con la obtención del provecho económico ilícito pretendido».

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - No se configura si la prueba fue apreciada / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Finalidad / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de peligro / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de mera conducta / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito autónomo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: basta con el acuerdo de voluntades y la puesta en peligro del bien jurídico / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: elemento (acuerdo), vocación de permanencia

«El debate que proponen el defensor del procesado y el delegado de la Fiscalía, radica en que no se probó más allá de toda duda razonable que JRG perteneciera a esa organización criminal.

Pues bien, el representante de la Fiscalía refiere que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, al valorar los testimonios de los investigadores JDCHT y JAMM, dado que, concluyó que ambos declarantes manifestaron que JRG pertenecía a la organización criminal liderada por JOGS alias "G", pese a que ninguno de los dos testigos hizo tal aseveración.

La Corte verifica que los testigos JDCHT y JAMM se refirieron in extenso a los resultados de las labores investigativas que se realizaron en este caso -búsqueda selectiva en base de datos, obtención de documentos, control y monitoreo telemático de las comunicaciones, registro de las comunicaciones del Centro Automático de Despacho de la Policía Nacional, entre otras-, pruebas que fueron introducidas al juicio en la forma debida, con el testimonio del primero.

[...]

Así, entonces, pasó por alto el delegado que la dinámica valorativa emprendida por el Tribunal, para dilucidar la responsabilidad del implicado, no partió de la insular apreciación de los testimonios de los policiales, sino de toda la actividad investigativa que éstos adelantaron, conjugada con los restantes medios de prueba allegados a la actuación, lo que permitió sin lugar

a dudas establecer que efectivamente el aquí procesado hacia parte de la organización delincuencial; valoración que se encuentra acorde con los postulados de la sana crítica.

Por otra parte, el delegado de la Fiscalía manifestó que, si bien, de la conversación sostenida entre GS y MQB, se logra extraer que éste último señaló cómo en el pasado ya había hecho «varias cosas» con él, -refiriéndose al procesado-, no se logró determinar de manera clara y precisa la «participación del acusado en ellos o que indique que hayan sido ejecutados como miembro de un grupo criminal».

Al respecto se debe indicar que la Corte de manera pacífica y reiterada ha señalado que el delito de concierto para delinquir tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se concierta la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos; desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto, se trata de la organización de dichas personas en una sociedad con vocación de permanencia en el tiempo.

También se ha dicho que es un delito de peligro y mera conducta, por lo que, para su configuración basta el acuerdo con dicho propósito, sin necesidad de su ejecución; y, autónomo de los delitos cometidos en virtud del mismo, en razón a la existencia de un concurso material y efectivo de tipos penales, en los términos del artículo 31 del Código Penal, en el que los concertados responderán con sujeción al grado de contribución o aporte en cada uno de los delitos distintos al de la asociación criminal.

Así las cosas, el juicio de reproche por la ejecución del delito de concierto para delinquir, no demanda como presupuesto de su esencia, la atribución coetánea de responsabilidad por los punibles objeto del convenio criminal, en tanto, es una conducta autónoma que únicamente requiere la concertación para la comisión de la infracción penal, independientemente de que ésta alcance o no su consumación.

Por lo tanto, el que no se haya probado la participación de JRG en otros delitos distintos al hurto cometido en el «Almacén y Platería T», cometidos por la organización criminal, de ningún modo descarta su pertenencia a la banda criminal.

[...]

De otro lado, el Fiscal y el defensor coinciden en manifestar que, con el testimonio rendido por MQB, conforme la comunicación sostenida entre este último y GS el 29 de julio de 2016, se probó que JOGS -alias "G" no conocía a JRG, lo que descarta la pertenencia de este último a la organización criminal.

[...]

Como se ve, estas comunicaciones despejan cualquier duda y evidencian que no se trató de una asociación espontánea y fugaz dirigida a cometer un delito en particular, sino de la existencia de un acuerdo ilegal para cometer delitos, con permanencia en el tiempo.

Ahora, es cierto que quien sostuvo las comunicaciones con GS, fue MQB, sin embargo, en ambos casos éste último se encontraba en compañía de su subintendente JRG, lo que permite inferir razonablemente que el procesado estaba al tanto de todo lo que los otros dos integrantes de la organización criminal conversaban, pues, se insiste, debido a la relación superior - subalterno, el patrullero QB no podía actuar de manera autónoma u oculta y sin la aquiescencia de su comandante de patrulla, el subintendente RG.

[...]

Por último, es preciso señalar que la ejecución efectiva del punible de hurto, en las condiciones analizadas, viene a reforzar que, en efecto, el procesado hizo parte de una estructura criminal, con permanencia en el tiempo, enfocada a la ejecución de delitos atentatorios contra el patrimonio económico (indeterminados).

Por lo anterior, en el presente asunto se probó más allá de toda duda razonable que JRG perteneció a la organización criminal liderada por JOGS, alias "G", de donde deviene su responsabilidad por el delito de concierto para delinquir».

COHECHO PROPIO - Elementos / **COHECHO PROPIO** - Consumación: modalidades / **COHECHO PROPIO** - Delito de ejecución instantánea / **COHECHO PROPIO** - Se perfecciona: desde el momento en que el funcionario acepta la promesa remuneratoria

«El defensor solicitó que se absolviera a JRG por el delito de cohecho propio, dado que no se acreditó que su representado hubiera aceptado una promesa remuneratoria a cambio de omitir

un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales.

[...]

Pues bien, dentro del presente asunto aparece probado que el 29 de julio de 2016 MQB llamó a JOGS, alias "G" y, además de referirse a los detalles del hurto que se realizaría en el "Almacén y Platería T", pactaron que él y otros policiales omitirían cumplir con sus deberes oficiales - proteger la vida, integridad física y seguridad de las personas, prevenir el delito y velar por el respeto de los bienes jurídicos- a cambio de recibir un 30% del valor de lo hurtado.

Por lo tanto, a partir del momento en que MQB aceptó la promesa remuneratoria a cambio de omitir un acto propio de sus funciones como policía de vigilancia, se consumó el delito de cohecho propio, pues, como se vio, este reato es una conducta de ejecución instantánea que se consuma «con la recepción del dinero o la utilidad o con la simple aceptación de la promesa remuneratoria, sin necesidad de obtener la finalidad propuesta» (CSJ AP1938-2017, Rad. 34282A, CSJ SP14985-2019, Rad. 50366, CJ SP977-2020, Rad. 54509).

Lo anterior, porque a partir del momento en que el servidor público acepta para sí o para otro una promesa remuneratoria, a cambio de retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes, se vulnera el bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, en tanto se deteriora la imagen de irreprochabilidad, impecabilidad y rectitud que debe caracterizar a las instituciones públicas y sus integrantes en un Estado de derecho que tenga la sociedad sobre la administración pública.

[...]

En este punto, no se puede desconocer que, quien se involucra en una estructura criminal, con ánimo de permanencia, con la finalidad de cometer delitos indeterminados de contenido patrimonial, y además, participa activamente en una especie delictiva cometida para la organización, pretende recibir una remuneración a cambio de su contribución, pues, nada distinto explica el riesgo que se corre.

Ello permite dar por probado más allá de toda duda razonable que JRG aceptó la promesa remuneratoria consistente en el pago del 30% del valor de lo hurtado en el "Almacén y Platería T", a cambio de omitir sus funciones constitucionales y legales».

13. JUSTICIA TRANSICIONAL - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, no se aplican de manera inmediata sino que deben de cumplirse los requisitos (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005) / **SUBROGADO PENAL** - Requisitos: pago de la multa, no supedita el otorgamiento del subrogado penal / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Multa: su concesión no está supeditada al pago de la multa (Ley 1709 de 2014)

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación presentado por la Procuradora 163 Judicial II de Santa Marta contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, mediante la cual confirmó la proferida en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en la que D.A.T.L. fue condenado como autor de concierto para delinquir agravado.

La Sala casó parcialmente la sentencia de segunda instancia, en el sentido de: redosificar la pena impuesta al procesado y, en consecuencia, concederle el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Lo anterior, dado que, la motivación de la individualización de la pena fue deficiente en relación con los criterios de gravedad de la conducta y la magnitud del daño causado, al mencionar indistintamente y, de cualquier manera, los parámetros previstos en el artículo 61, inciso tercero, de la Ley 599 de 2000.

Sin embargo, la Corte consideró impróspero el cargo principal formulado, ya que, en la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, no existe disposición que consagre como beneficio la concesión de sustitutos de la pena intramuros para quienes hayan sido condenados o estuviesen siendo procesados por el delito de concierto para delinquir agravado. Además, los beneficios de indulto, auto inhibitorio, preclusión de la instrucción y cesación de procedimiento, requerían de un trámite administrativo previo por parte del interesado ante el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, que no fue adelantado.

SP1511-2022(61499) de 15/06/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. A la fiscalía sexta delegada ante los jueces promiscuos municipales de Ciénaga (Magdalena), con sede en la vereda Quebrada El Sol, corregimiento de Guachaca (Santa Marta), se presentó el 29 de enero de 2006, D.A.T.L., quien informó que desde el año 2002 pertenecía al Bloque Resistencia Tayrona de las Autodefensas Unidas de Colombia (como operador de radio), y que deseaba abandonar esa organización voluntariamente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 3360 de 2003.

2. El 22 de julio de 2007, un Fiscal Seccional de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, al considerar que de conformidad con el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, la acción ilegal confesada por D.A.T.L. configuraba el delito de sedición, profirió resolución inhibitoria con sujeción a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 782 de 2002, prorrogado por el artículo 1º de la Ley 1106 de 2006.

3. Antes de que quedara en firme esa decisión el agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, y mediante pronunciamiento de 31 de mayo de 2011, la Fiscal Treinta y uno Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, acogió el criterio del impugnante y revocó la resolución inhibitoria, para, en su lugar, ordenar la continuación de "la investigación por el delito de concierto para delinquir agravado, con la posibilidad de dar aplicación a la Ley 1424 de 2010; de modo que la determinación de inhibirse, nunca cobró firmeza material.

4. Al regresar la actuación a primera instancia, el funcionario al que le fue asignada, el 3 de agosto de 2012, abrió formalmente la instrucción y ordenó vincular mediante indagatoria a D.A.T.L., diligencia que se practicó el 24 de junio de 2016, tras conocerse que este renunció voluntariamente al trámite que se le adelantaba para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

5. En la injurada, asistido por un defensor público, aquél, por un lado, ratificó su militancia en el grupo armado ilegal, en funciones de operador de radio de comunicaciones ("radio chispa"); y de otra parte, al informarle que según la actividad confesada el delito atribuido era el de

concierto para delinquir agravado, descrito en el artículo 340, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 733 de 2002, artículo 8, se declaró culpable, y manifestó acogerse a la figura de sentencia anticipada .

6. El mismo 24 de junio de 2016 le fue resuelta de manera provisional la situación jurídica a D.A.T.L., por la conducta punible endilgada en la indagatoria, decisión en la que el instructor se abstuvo de imponer detención preventiva por no estar satisfechos los fines que con apego a la Ley y la Constitución hacen necesaria esa medida cautelar.

7. Luego de esa actuación, el 21 de julio de 2016, el fiscal instructor celebró con el citado la diligencia de aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, trámite en el que fueron reiterados, en los términos ya puntualizados, los condicionantes fácticos y jurídicos frente a los cuales el procesado, en forma consciente, libre y voluntaria, asistido por un defensor, reconoció su responsabilidad en el injusto imputado.

8. A raíz de medidas de descongestión adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue remitido para fallo al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, cuyo titular, el 13 de septiembre de 2019, emitió sentencia condenatoria contra D.A.T.L., en calidad de autor del delito por el que aceptó cargos; y, en tal virtud, le impuso las penas principales de cuarenta (40) meses de prisión y multa equivalente a mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la privativa de la libertad.

9. Respecto de los mecanismos sustitutivos de la pena intramuros el juez de primer grado: (i) Negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción prevista en la Ley 1424 de 2010, artículo 8; (ii) Tampoco le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la condena desde la perspectiva del artículo 63 de la Ley 599 de 2000; y (iii) Finalmente, negó también el subrogado de la prisión domiciliaria.

10. El agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, en esencia, por considerar que debió concedérsele al procesado la condena de ejecución condicional, de conformidad con el artículo 63 del Código Penal, con la modificación de la Ley 1709 de 2014, artículo 29, pero sin tener en cuenta la restricción que para ese beneficio prevé el artículo 32 del citado compendio por

ser norma posterior a los hechos y desfavorable al acusado , inconformidad que no halló eco, pues mediante fallo de 15 de noviembre de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta confirmó integralmente la sentencia de primera instancia.

11. Contra el citado fallo de segundo grado el delegado del Ministerio Público, en la oportunidad prevista en la ley, interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JUSTICIA TRANSICIONAL - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, indulto, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación y cesación de procedimiento (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005)

/ **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, no se aplican de manera inmediata sino que deben de cumplirse los requisitos (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005) / **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, proceden para delitos políticos y aquéllos descritos en la norma (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005)

«[...], es palmar que la inconformidad planeada en el reproche analizado carece de precisión y fundamento objetivo, dado que la censora no atinó a puntualizar si la solicitud de quebrar la declaración de justicia, tiene como finalidad que la Corte, u otra autoridad, otorgue al procesado alguno de los beneficios previstos en la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, vigentes para el 28 de enero de 2006, fecha en que individual y voluntariamente se entregó a las autoridades TL y, por tanto, dejó de pertenecer al grupo de autodefensas en el que militaba.

O si lo pretendido es una casación parcial con el fin de que, con base en el mismo marco normativo, se revoque el fallo en cuanto negó al citado procesado los subrogados penales y, en su lugar, se le conceda uno cualquiera de ellos.

13. Con todo, una u otra aspiración deviene inconsistente. La última, fundamentalmente, porque en la legislación citada por la recurrente no existe disposición que consagre como beneficio la concesión de sustitutos de la pena intramuros para quienes hayan sido condenados

o estuviesen siendo procesados en ese entonces por las conductas punibles a las que les es aplicable el régimen jurídico supuestamente pretermitido.

En efecto, los beneficios contemplados en el aludido marco legal, son, exclusivamente, el indulto, la resolución inhibitoria, la preclusión de la investigación y la cesación de procedimiento, según el estado de la actuación, y únicamente son procedentes para delitos políticos y por los de: concierto para delinquir simple (artículo 340-1°, Ley 599 de 2000); utilización ilegal de uniformes e insignias (346 ídem); instigación a delinquir simple (348-1 ibídem), y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones (365 ídem).

Dicho con palabras más directas: aquellas subvenciones no las contempló para el delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340-2°, Ley 599 de 2000), el marco legal que la actora califica de pretermitido por los juzgadores.

14. Además, también carece de fundamento la afirmación de la actora relativa a que para cuando se desmovilizó el procesado y en versión libre confesó su militancia en las llamadas Autodefensas Unidas de Colombia, existía un acuerdo en virtud del cual, y por mandato legal, las autoridades judiciales estaban obligadas, sin ninguna otra verificación, a adoptar una decisión distinta a la que fue declarada en las sentencias de primera y segunda instancia.

Los aludidos beneficios (indulto, auto inhibitorio, preclusión de la instrucción y cesación de procedimiento) pasibles de emitir con sujeción a lo dispuesto en los artículos 57 y 60 de la Ley 418 de 1997, en armonía con el 69 de la Ley 975 de 2005, requerían de un trámite administrativo previo por parte del interesado ante el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, tal y como esta Corporación lo tiene pacíficamente decantado en criterio sentado desde el año 2007, el cual se encuentra vigente y ha sido reiterado en diferentes decisiones:

[...]

Ahora bien, de cara a lo anterior, la revisión objetiva del devenir procesal permite constatar que los funcionarios que impulsaron las fases de instrucción y juzgamiento, tampoco desconocieron la garantía de favorabilidad, ni el principio de confianza legítima, ni la teoría de los derechos adquiridos, sencillamente porque TL no adelantó las diligencias que le correspondían para obtener del entonces el Ministerio del Interior y de Justicia el pronunciamiento respectivo.

Y es igualmente claro que aquel no podía promover un trámite semejante en atención a la

naturaleza del delito por él cometido, consistente en concierto para delinquir agravado, ya que, de acuerdo con decantado criterio de esta Sala, como coincidieron en indicarlo las instancias, la simple “pertenencia a un grupo armado ilegal se entiende como concierto para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley. Así lo aseveró en auto de 17 de octubre del 2001 (radicado 18.790), auto de 18 de abril de 2007 (radicado 26.470) y sentencia de 12 de septiembre de 2007 (radicado 24448)”.

Por esa razón debía, entonces, esperar a ser postulado por la Fiscalía General, con sujeción a su desmovilización individual y en armonía con el artículo 11 de la Ley 975 de 2005, a la obtención de la pena alternativa establecida para ese trámite, la cual no podía ser inferior a cinco (5) ni superar los ocho (8) años de prisión.

[...]

Sin embargo, dado que el aquí procesado, como lo dejaron explicado los juzgadores en sus fallos con apoyo en las constancias procesales, renunció al trámite adelantado con sujeción a la Ley 975 de 2005, tampoco se hacía mecedor a reclamar un específico beneficio con base en esa legislación.

De suerte que para regular y resolver la situación jurídica de TL resultaba perentoria la aplicación de la Ley 1424 de 2010, tal y como en este asunto, con razonado criterio y abundante fundamento jurídico y jurisprudencial, lo dejó resuelto la Unidad de Fiscalías Delegada en Segunda Instancia, en decisión del 31 de mayo de 2011, al revocar la resolución inhibitoria que se había emitido en favor del precitado con estribo en el marco normativo que ahora pretende la demandante nuevamente sea considerado.

En suma, como el trámite y beneficios previstos en ese compendio normativo fue el aplicado a la actuación adelantada contra TL, y con sujeción a sus lineamientos, en armonía con las normas pertinentes de la Ley 600 de 2000, se consolidó legalmente la decisión condenatoria, la Sala advierte que la pretensión de la censora, inherente a la indeterminada solicitud de casar el fallo atacado con base en la alegada violación directa de la ley, carece de fundamento jurídico, motivo por el que se impone la improsperidad de la respectiva queja».

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Motivación / DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos: criterios de valoración / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único: ministerio público / PENA - Debido proceso sancionatorio: se vulnera, cuando el fallador

estando obligado a ello, no expresa con claridad y precisión los factores que tuvo en cuenta para fijarla / **CASACIÓN** - Redosificación punitiva

«En el reproche subsidiario la vía de cuestionamiento invocada fue la prevista en el artículo 207, numeral primero, inciso segundo, de la Ley 600 de 2000, y se relaciona con desatinos protuberantes en el ejercicio de valoración de los medios de prueba, los cuales habrían determinado la violación indirecta de la ley.

Desde ya la Sala advierte que, a pesar de la explícita vía de ataque seleccionada por la recurrente, con la cual, también, coincidió la agente del Ministerio Público Delegada ante esta Corporación, en los respectivos argumentos que sustentan la queja —y el concepto— se percibe, con absoluta objetividad, que la inconformidad estriba en la errada dosificación punitiva por ausencia de una adecuada motivación.

En efecto, según se lee en el fallo de primer grado, avalada tácitamente en segunda instancia, el respectivo funcionario aseguró acoger las reglas de graduación de la pena previstas en los artículos 60 y 61 de la Ley 599 de 2000, y tras aludir la ausencia de causales específicas de agravación, se situó en el primer cuarto mínimo.

Luego de ello, con referencia al inciso tercero del último precepto, advirtió que en atención a: “la gravedad de la conducta que le fue endilgada, que a no dudarlo causó grave estado de zozobra en el conglomerado social, no sólo por la afectación directa al bien jurídico de la seguridad pública, sino también por el potencial daño que esta clase de comportamientos generan a otros bienes jurídicos”, no podía imponer el mínimo de setenta y dos (72) meses, sino ochenta (80) meses, monto que, con base en la actitud procesal del encausado, al acogerse a la sentencia anticipada (Ley 600 de 2000, art. 40), redujo a la mitad, gracias a la aplicación que por favorabilidad, de antaño, la jurisprudencia había reconocido del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Como se advierte, la referida motivación, en cuanto hace a la individualización del condigno castigo, resulta deficitaria por cuanto los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del Código Penal brindan al funcionario un conjunto de factores o criterios, con el objeto de que el ejercicio de esa labor devenga acertado por la expresa y suficiente ponderación, sino de todos, de aquellos que el caso amerite resaltar.

[...]

Como lo ha venido precisando la Sala, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la

legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de montos mínimos de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

[...]

La motivación del proceso de individualización de la pena —en lo cuantitativo y lo cualitativo— no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3º y 4º idem. La simple transcripción de éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto sub júdice es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular.

20. Al aplicar el anterior marco teórico al asunto debatido la Sala constata que el fallador de primer grado, en el ejercicio de individualizar la pena para el procesado, como ya se indicó (supra 19), se limitó justificar el distanciamiento en ocho (8) meses del mínimo (72 meses), con la precaria afirmación en el sentido de que ese incremento obedecía a “la gravedad de la conducta que le fue endilgada, que a no dudarlo causó grave estado de zozobra en el conglomerado social, no sólo por la afectación directa al bien jurídico de la seguridad pública, sino también por el potencial daño que esta clase de comportamientos generan a otros bienes jurídicos”.

Con tal razonamiento el fallador, al parecer, quiso aludir, simultáneamente, a “la mayor o menor gravedad de la conducta” y al “daño real o potencial creado”. Sin embargo, la consideración transcrita carece de idoneidad para justificar, per se, el distanciamiento del mínimo.

20.1. En cuanto tiene que ver con la gravedad de la conducta, no reparó el fallador en que era su deber explicar por qué el obrar delictivo atribuido al procesado merecía un reproche adicional al que es inherente al mismo injusto, pues, en el tipo penal de concierto para delinquir vigente al tiempo de los hechos, el legislador establecía una progresión en la severidad de la sanción, dependiendo si se trataba de una concertación simple para cometer delitos indeterminados (inciso primero), o si el convenio criminal era para realizar unas especiales conductas punibles, entre ellas, la de “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”

(inciso segundo), hipótesis que fue la atribuida al procesado, y en la que la mayor gravedad, desde la perspectiva de la compensación, quedó expresada, justamente, en su punición más severa, en contraste con la del primer supuesto básico reseñado en la norma.

Luego, si el fallador, por el criterio inherente a la gravedad quería incrementar la sanción, separándola de los límites mínimos, estaba obligado a justificar por qué razón la específica conducta reprochada al acusado, caracterizada por sus particulares circunstancias de configuración, requería un mayor grado de reproche en términos retributivos, ejercicio de ponderación que no se satisface con la huera y redundante afirmación de que la conducta, en abstracto, “causó grave estado de zozobra en el conglomerado social”.

20.2. Acerca del “daño real o potencial creado”, va de suyo que, en tratándose de los tipos penales que causan afrenta a la seguridad pública, y que se caracterizan por ser de peligro presunto por la amenaza que representan para ese bien jurídico, esa sola característica también ya ha sido tomada en consideración por el legislador al momento de erigir o definir la respectiva conducta como antijurídica, dado que por la especial connotación de aquella garantía social —la seguridad pública—, se anticipa su protección y no se espera a que devengan efectivamente destruidos o disminuidos.

De suerte que tampoco era suficiente frente al caso debatido la incierta aseveración del juez en cuanto a que el obrar del acusado representó “un potencial daño”, bien para la seguridad pública, ya “para otros bienes jurídicos”, pues, lo primero, se insiste, ya ha sido estimado por el legislador desde la perspectiva preventivo general al elevar el comportamiento a la categoría de delito, y lo segundo requería de agotar un ejercicio argumentativo que hiciera evidente cómo, en el caso particular, el actuar del acusado puso en peligro o amenazó en forma real o concreta otras garantías del conglomerado social.

[...]

Como en el asunto analizado es evidente que la motivación del fallo, en cuanto hace al proceso de individualización de la pena fue indebida al ser deficiente en relación con los criterios de gravedad de la conducta y magnitud del daño causado, expresamente, lo anterior constituye vulneración del debido proceso sancionatorio y devela que los juzgadores, consideraron que estaban facultados para individualizar la pena discrecionalmente o a su arbitrio, bajo el pretexto de aludir o mencionar indistintamente y de

cualquier manera los parámetros previstos en el artículo 61, inciso tercero, de la Ley 599 de 2000.

En consecuencia, por una indebida motivación, el aumento en el término de prisión y el monto de multa en este caso devienen ilegítimos, motivo por el que en cumplimiento de su función constitucional y legal esta Sala debe corregir ese agravio atendida la prosperidad del cargo segundo subsidiario.

21. Por lo tanto, como la Corte no puede desmejorar la situación del procesado, pues la impugnación extraordinaria fue elevada a su favor por el agente del Ministerio Público, y en esa medida está amparado por la prohibición de reforma en peor, la Sala impondrá los mínimos punitivos previstos para las sanciones privativa de la libertad y de carácter pecuniario previstas en el artículo 340, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, con la reforma que a ese precepto introdujo la Ley 733 de 2002, artículo 8, esto es, setenta y dos (72) meses de prisión, y multa en cuantía equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Ahora bien, con observancia del mismo razonamiento expuesto por el juez de primera instancia, dado que el procesado se acogió a la figura de sentencia anticipada regulada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, por favorabilidad, según la doctrina jurisprudencial en vigor para cuando expresó esa voluntad de sometimiento (el 24 de junio de 2016), le es aplicable el máximo descuento para los casos de allanamiento a cargos regulado en la Ley 906 de 2004, artículo 351, es decir, el cincuenta por ciento (50%), luego, en definitiva, se impondrá a T.L. las penas principales de treinta y seis (36) meses de prisión, y multa equivalente a mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época de los hechos.

La pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas igualmente se ajustará al lapso señalado para la sanción privativa de la libertad».

SUBROGADO PENAL - Requisitos: pago de la multa, no supedita el otorgamiento del subrogado penal / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Multa: su concesión no está supeditada al pago de la multa (Ley 1709 de 2014) / **FAVORABILIDAD** - Aplicación de norma sustancial permisiva o favorable

«Con ocasión de la redosificación de la pena privativa de la libertad, la viabilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción debe analizarse desde la perspectiva del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, con la

modificación del artículo 4 de la Ley 890 de 2004, en vigor para la época de los hechos, es decir, para el 29 de enero de 2006, fecha en que el procesado se entregó a las autoridades.

Acerca de la modificación legislativa últimamente aludida, la Sala reitera el criterio recientemente expresado, según el cual:

[P]ese a que el art. 4º de la Ley 890 de 2004, que adicionó el inciso penúltimo al art. 63 del C.P., preceptúa que la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena estará supeditada al pago total de la multa, por favorabilidad (Cfr. CSJ SP16180-2016, rad. 46.755) ha de darse aplicación al art. 3º de la Ley 1709 de 2014, que modificó el art. 4º de la Ley 65 de 1993. Esta última norma señala: “En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo podrá estar condicionado al pago de la multa”.

Por lo tanto, como en el presente caso se cumple a cabalidad el primer requisito señalado en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 —pena impuesta no superior a 36 meses—, y respecto del segundo, esto es, que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la gravedad y modalidad de la conducta punible, no sean indicativos de que existe necesidad de ejecutar la pena, la Sala encuentra que también está satisfecha esa exigencia.

Con referencia al primer aspecto, de acuerdo con informe rendido en la fase instructiva por un investigador de la Fiscalía General de la Nación , el procesado no tiene registros por antecedentes penales o policivos, ni cuenta con otras investigaciones en curso; además, el mismo documento refiere la constatación de las actividades licitas para entonces desarrolladas por aquél en aras de proveer el sustento propio y el de su núcleo familiar, situación que igualmente fue puesta de presente por aquel en su injurada, circunstancias positivas a las que se les suma la conducta procesal del sentenciado, quien, debe

resaltarse, se desmovilizó de manera individual y, tras su vinculación a este trámite, al acogerse a sentencia anticipada, observó una conducta de cooperación con la Administración de Justicia, no solo por ese acto, sino porque desde entonces ha estado pendiente del desarrollo de su situación, con lo cual ha evitado un mayor desgaste de aquella.

Y en cuanto a la modalidad y gravedad de la conducta, aun cuando el acusado hizo parte de una organización criminal, de acuerdo con su relato, en ausencia de pruebas que lo desvirtúen, su función dentro de la misma se limitó a ser un operador de radio, sin que se sepa de su participación en algún concreto proceder delictivo —secuestro, homicidio, extorsión, narcotráfico, etc.— de los que común mente desplegaban esas organizaciones en ejecución del concierto para delinquir.

En suma, la ponderación positiva de los antecedentes de todo orden del sentenciado permite colegir la viabilidad de favorecerlo con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, subrogado que estará supeditado a que el procesado garantice el cumplimiento de las siguientes obligaciones previstas en el artículo 65 de la Ley 599 de 2000, mediante caución prendaria que, atendidas sus condiciones económicas, la Sala fija en cuantía de doscientos mil pesos:

- (a) No cambiar de residencia, sin autorización previa del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad;
- (b) Observar buena conducta;
- (c) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo;
- (d) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello; y
- (e) No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena».

14. LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados / **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable / **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto conoce el valor real del producto y adquiere uno de precio irrisorio / **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto por su experiencia conocía sobre la venta engañosa de compuestos inidóneos para la inoculación / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No aplica para quien aporta dolosamente a la realización de la conducta / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No se configura: si el sujeto tiene sospechas de la ocurrencia del hecho / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Consentimiento informado: cubre lo que informa el médico al paciente

La Sala de Casación Penal decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, al revocar el fallo de primer grado, absolvio a M.H.C.G. de los cargos que le fueron imputados como autor del delito de lesiones personales cometidas con dolo eventual.

La Corte casó la sentencia impugnada y, en consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia, con la modificación oficiosa de fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en seis (6) meses.

Para el efecto, analizó las características del dolo eventual, el cual encontró demostrado a través de, entre otras, la prueba indiciaria, concluyendo que el *ad quem*, incurrió en errores de hecho por virtud de los cuales dejó de reconocer que el galeno procesado sabía que la sustancia inyectada a la ofendida en sus glúteos no era en realidad ácido hialurónico.

SP3006-2022(55593) de 24/08/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. A principios de 2009, el médico M.H.C.G. sugirió a J.E.C.S. -de quien era amigo personal y esteticista de confianza- que se aumentara los glúteos con inyecciones de ácido hialurónico de la marca Hialucorp. Le explicó insistentemente las bondades e idoneidad de la sustancia

(diciéndole incluso que él mismo la había puesto en su propio cuerpo) y le ofreció hacerle el procedimiento como una «cortesía» a cambio de publicitar sus servicios profesionales en las redes sociales.

2. La nombrada accedió a la propuesta y, en tal virtud, el 20 de marzo de ese año acudió al consultorio de M.H.C.G., ubicado en Bogotá, con el fin de someterse al referido procedimiento. Este último, sin embargo, no le inoculó ácido hialurónico sino silicona líquida en cantidad de cien centímetros cúbicos (cincuenta en cada músculo).

3. Como consecuencia de ello, J.E.C.S. desarrolló una patología conocida como alogenosis iatrogénica y sufrió lesiones corporales por las cuales se le dictaminó la incapacidad médica legal de veinticinco días con secuelas transitorias de deformidad física en el cuerpo y permanentes de perturbación psíquica.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: funciones en el sistema procesal, delimitar la situación fáctica inmodificable / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se predica de las actuaciones pre procesales

«Desde el principio del trámite, pues, fue inequívoca la arista subjetiva específica de la sindicación elevada contra CG. La oscuridad que la defensora suplente atribuye ahora a los actos de imputación y acusación (en manifiesta y desleal contradicción con la postura asumida por quien agenció los intereses del nombrado como apoderado principal durante esas audiencias) está objetivamente descartada.

Y aunque es verdad que antes de imputar cargos a MHC la Fiscalía convocó una audiencia de conciliación entre aquél y la víctima (en la que no se llegó a ningún acuerdo), ello no tiene ninguna incidencia en la posterior decisión de procesarlo por una conducta dolosa. De una parte, porque el agotamiento de ese mecanismo compositivo no constituye requisito de procedibilidad de la acción penal sólo respecto de las lesiones personales culposas, como parece entenderlo la abogada, sino también, dependiendo del resultado, en algunos eventos de lesiones dolosas. De otra, y principalmente, porque en todo caso la congruencia (que por demás en su arista jurídica es flexible) no se predica de las actuaciones pre procesales, sino de la imputación, la acusación y las sentencias. De

todas maneras, es apenas natural que en una fase tan primigenia del trámite (previa, incluso, al comienzo de la investigación misma) no esté aún decantada con total claridad la modalidad subjetiva del comportamiento denunciado.

[...]

En la primera diligencia, la Fiscalía señaló que las lesiones corporales sufridas por CS son jurídicamente atribuibles al nombrado porque no le inyectó “ácido hialurónico sino biopolímeros”, indicando que “por eso la Fiscalía ha adecuado esto como dolo eventual”. Luego, en la acusación escrita, la conducta típica se hizo consistir, coherentemente con lo anterior, en que el enjuiciado “no le aplicó (a la víctima) el mencionado ácido hialurónico a cambio de ello le aplicó en sus glúteos biopolímeros, lo cual trae consecuencias graves en la humanidad de las personas”. En la verbalización del llamamiento a juicio la funcionaria reiteró que a la ofendida “se le aplicó otra sustancia diferente que le causó esa deformación”.

De lo expuesto se sigue que la denunciada violación del principio de congruencia no ocurrió, pero además, que el hecho discutido ahora por el casacionista no es novedoso; muy por el contrario, le fue comunicado a CG desde el comienzo del proceso como pilar fáctico primordial de la sindicación jurídica que se le hizo. Consecuencia obvia de lo anterior es que esa conducta sí fue analizada por las instancias (y también debatida probatoriamente por la defensa y la Fiscalía).

LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Tiene relevancia respecto a la imputación culposa de un comportamiento / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)**

- Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación:

marco de delimitación del juicio y del tema de prueba

«La Fiscalía, como quedó visto, atribuyó a CG ser quien causó -con dolo eventual- las lesiones corporales sufridas por CS, específica y concretamente por haberle inyectado en los glúteos una sustancia con el conocimiento de que no era ácido hialurónico.

Definida en esos términos la hipótesis de cargo, y siendo claro que el criterio a partir del cual se pretende la imputación del resultado típico al procesado es, justamente, el dolo eventual, para proferir condena debía verificarse si (i) MHC sabía que el compuesto utilizado en el procedimiento efectuado sobre CS no era ácido hialurónico; (ii)

con base en ese conocimiento se representó como probable la ocurrencia de las lesiones investigadas, y (iii) a pesar de esa representación, siguió adelante con su conducta con indiferencia por la materialización de los daños que eventualmente podría ocasionar a la ofendida.

Es ese, y no otro, el concreto debate jurídico y probatorio al que remiten la imputación y acusación formuladas contra el nombrado.

A pesar de los anterior, en el juicio fueron dedicadas decenas de horas a discutir cuestiones como (i) la idoneidad de CG para realizar el procedimiento (pues aunque es médico de la Universidad Industrial de Santander e hizo estudios de medicina estética en España, el título de postgrado allí obtenido no le fue convalidado en Colombia); (ii) cuáles eran las zonas del cuerpo y cantidades en las cuales el INVIMA autorizaba la utilización de Hialucorp; (iii) las características y condiciones sanitarias del consultorio en el cual el acusado atendía a sus pacientes; (iv) el título con el cual se anunciaba y ofrecía sus servicios; (v) las irregularidades en el diligenciamiento de la historia clínica de CS y los defectos en la elaboración de su consentimiento informado, y (vi) lo que la práctica médica enseñaba sobre las inyecciones de ácido hialurónico en los glúteos (esto último, a pesar de que lo atribuido al procesado es, precisamente, no haber usado esa sustancia sino otra).

Ninguna de tales circunstancias -a las cuales las partes, se reitera, dedicaron muchas horas del juicio, varios testimonios y buena parte de sus alegaciones en las distintas fases del proceso- atañe al tema de prueba fijado por la Fiscalía.

Es que esos aspectos, en tanto aluden a la ley del arte médica, tienen relevancia fundamentalmente de cara a la imputación culposa de resultados típicos causados por los profesionales de la salud en el ejercicio de su práctica.

En efecto, aquella - la ley del arte - establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados; en otras palabras, define cuál es el deber objetivo de cuidado exigible en el ejercicio de los diferentes oficios y profesiones (en este caso, la médica), o lo que es igual, fija un “criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”.

Así las cosas, es claro que los extensos debates suscitados en las distintas etapas del trámite respecto de tales cuestiones -sobre las cuales gira la mayoría de argumentos del casacionista, y en las que insisten también los no recurrentes-

resultan inanes para discernir si la absolución debe sostenerse o revocarse. De ellos, por consecuencia, no habrá de ocuparse la sala.

Esta contrariedad, no sobra decirlo, fue causada por la propia Fiscalía, la cual, no obstante haber definido en la imputación y la acusación que el cargo concreto formulado contra CG lo es por haberle inyectado a JCS con conocimiento y voluntad una sustancia que no era ácido hialurónico dejando al azar la ocurrencia del resultado típico representado (§ 2.1 y § 2.2), hizo en ambas oportunidades extensa alusión a estas otras circunstancias, quizás al modo de información contextual. Y aunque ello resulta insuficiente para afectar la validez del trámite (pues de todas maneras, como quedó visto, la sindicación fáctica y jurídica fue clara, la defensa la entendió y se opuso a ella de manera razonada), es evidente que una dirección adecuada y atenta por parte de los jueces de control de garantías y de conocimiento hubiese evitado que el proceso se ocupara de controversias irrelevantes y se dilatara tanto como lo hizo».

DOLO - Clases / **DOLO** - Directo / **DOLO** - Indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **DOLO EVENTUAL** - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Diferente al dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable / **DOLO EVENTUAL** - Demostración / **DELITO DE RESULTADO** - Conductas especialmente aptas y conductas neutras: concepto

«En reciente fallo (CJS SP-1680 de 18 de mayo de 2022), la sala realizó las siguientes precisiones que, por su pertinencia al caso acá examinado y en tanto no existen razones determinantes de su revisión, basta simplemente recordar:

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

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 sutilidad volitiva que es irrelevante para la caracterización del injusto. En otras palabras,

“[d]entro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende. Las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se pretendía”.

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.

En ese orden, 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.

Desde luego, 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 de las reglas científicas y empíricas y de las conductas especialmente aptas y las neutras.

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

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

En esta distinción influyen cuestiones muy diversas, como la utilidad social de determinadas actividades, la habituación que existe a ellas o la frecuencia estadística con la que su ejecución

lleva al acaecimiento del resultado. En el caso del homicidio, por ejemplo, pueden citarse como especialmente aptas para causar una muerte conductas como disparar contra el cuerpo de otra persona o hacer explotar una potente bomba en un lugar concurrido. En cambio, otros comportamientos como conducir un automóvil son sólo neutros en relación con el resultado, pues, aunque objetivamente pueden ocasionar una muerte, en la experiencia social esta consecuencia no es algo indisociablemente ligado a su realización’.

Por supuesto, cada caso debe analizarse con atención a sus particularidades: de un hombre adulto ordinario que causa la muerte a otro de similares características físicas y etarias tras propinarle un puñetazo en el rostro es plausible que no se haya representado ese resultado, pues una agresión como aquélla no es especialmente apta para ocasionarlo. Tal análisis, sin embargo, puede variar si el golpeador resulta ser un boxeador profesional y el ofendido, por ejemplo, un anciano. En igual sentido, si una persona dispara a otra con un arma de fuego en el pecho con el fin de lesionarla pero lo que hace es matarla, difícilmente podrá asumirse como verosímil, ante la especial aptitud de ese acto para quitar la vida, que no se representase la probabilidad del deceso. Pero el razonamiento puede ser distinto si el disparo no lo dirige a torso de la víctima sino a una de sus extremidades, y el fallecimiento se produce por la circunstancia de haberse impactado una arteria”».

INDICIO - Se estructura / **INDICIO** - Apreciación probatoria / **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto conoce el valor real del producto y adquiere uno de precio irrisorio / **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto por su experiencia conocía sobre la venta engañosa de compuestos inidóneos para la inoculación / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Concepto / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No aplica para quien aporta dolosamente a la realización de la conducta / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No se configura: si el sujeto tiene sospechas de la ocurrencia del hecho

«[...], la sala advierte que las pruebas practicadas permiten inferir razonablemente que CG sabía que el líquido inyectado a la víctima no era ácido hialurónico. El tribunal entendió que existen dudas sobre si “tenía conocimiento de que la sustancia que estaba aplicando en realidad era otra” como consecuencia de ciertos errores de hecho en la apreciación de los medios suyasorios.

Véase:

En el juicio se indicó que el precio de venta del ácido hialurónico para la época de los hechos oscilaba, según la marca, entre \$700.000 y \$1.000.000 por mililitro o centímetro cúbico. En ello coincidieron los cirujanos ÓTD e IASG, ambos testigos de la Fiscalía. El también cirujano ACCG, quien declaró a instancias de la defensa, dijo que el valor de ese elemento podía variar, de acuerdo con la casa fabricante, entre \$325.000 y \$1.000.000.

Partiendo de la estimación más moderada -esto es, la ofrecida por el testigo de la defensa-, tendría que concluirse que el frasco de 250 mililitros de Hialucorp adquirido por CG para el procedimiento de CS, si en realidad se hubiese tratado de ácido hialurónico, habría tenido un valor cercano (descontando los excipientes) a los \$80.000.000. La cantidad inoculada, de cien mililitros, habría tenido un costo aproximado de \$32.500.000 y la desechada -ciento cincuenta mililitros-, uno de \$48.750.000.

Esto, se insiste, tomando la conservadora estimación efectuada por el testigo de la defensa. De acogerse en cambio las elaboradas (concurrente y contestemente) por los cirujanos TD y SG, tales montos ascenderían, en su orden, a \$175.000.000, \$70.000.000 y \$105.000.000.

Por otro lado, en la vista pública quedó demostrado que MHC adquirió varios frascos de 250 mililitros de Hialucorp en los días posteriores a los hechos pagando \$226.500 por cada uno. De ello dio cuenta CFCR, proveedor oficial del producto, [...]:

Desde luego, ninguna de esas transacciones -en tanto todas ellas fueron realizadas después del procedimiento de CS- corresponde a la adquisición del frasco utilizado en esa ocasión. El comprobante de esa negociación específica no fue aportado como prueba. Y aunque en criterio del censor ello es indicativo de que el compuesto inyectado a la ofendida fue obtenido de un proveedor diferente -es decir, de uno no autorizado-, esa hipótesis no puede darse por cierta porque subsisten varias explicaciones alternativas para la no presentación de dicha factura (para comenzar, su simple extravío).

Lo cierto es que, aun a pesar de no haberse allegado el recibo de esa compra, las pruebas permiten deducir fundadamente que la sustancia aplicada a CS sí fue adquirida del mismo CFCR y que lo fue, en concreto, el 19 de marzo de 2009. Así se afirma por cuanto (i) la propia asistente administrativa de CG, DMSC, aseguró que aquél no compraba Hialucorp de nadie distinto al distribuidor oficial para Bogotá, esto es, el mencionado CR ; (ii) tanto el enjuiciado como la recién citada SC explicaron contestemente que

dicha sustancia se ordenaba, pagaba y recibía en el consultorio máximo veinticuatro horas antes del procedimiento en que habría de utilizarse, pues no tenían donde almacenarla, y; (iii) según el acusado, todo Hialucorp sobrante era siempre y en todo caso desechado, lo cual descarta que a la víctima se le injectase el remanente de otro paciente.

Siendo así - esto es, dando por cierto, a partir de esos contenidos probatorios, que MHC compró el Hialucorp inoculado a la denunciante de CFCR el día anterior a la intervención, es decir, el 19 de marzo de 2009 -, aparece obvio que el precio tuvo que ser igual (o muy similar) del que canceló cinco días después: \$226.500 por 250 mililitros.

Si cada centímetro cúbico de verdadero ácido hialurónico, en su presentación más económica, tenía para entonces un costo de \$325.000, de lo expuesto en precedencia se sigue que CG obtuvo el líquido usado en CS por un precio 358 veces menor del que esa molécula tenía en el mercado.

Tan marcada diferencia hacia obvio para cualquier persona, y más aún para un profesional de la salud involucrado por varios años en la práctica de la medicina estética, que ese fluido en realidad no era, ni podía ser, ácido hialurónico.

Dicha deducción se ratifica con lo atestado por IASG en el sentido de que el Hialucorp efectivamente era "dimetil polisiloxano, eso es mezcla de silicona", [...]

De igual modo, con los resultados del examen que se hizo sobre otro frasco de Hialucorp comprado por CG después de los hechos y remitido al Instituto Nacional de Medicina Legal para su estudio, del cual se concluyó así mismo que su contenido "corresponde a silicona", y de los hallazgos efectuados precedentemente por el INVIMA con ocasión de que "desde el 12 de mayo de 2008, la unidad especializada de la SIJIN... solicitó el análisis de unas muestras de un envase", con lo cual se estableció "que no era ácido hialurónico".

A lo anterior podría oponerse -y así lo insinúa la defensora suplente- que, en tanto el propio fabricante del Hialucorp indicaba que su producto sí era ácido hialurónico (presupuesto bajo el cual, de hecho, le fue concedida la licencia sanitaria por la autoridad administrativa competente), CG, siguiendo el denominado principio de confianza, podría haber obrado con la convicción de que así era.

Tal postura, sin embargo, no es de recibo, pues el referido principio -según el cual "el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales dentro de su

competencia"- pierde entera aplicabilidad si quien lo invoca, "aún sin conocer concretamente el hecho doloso o culposo del tercero, tiene razones para sospechar de su ocurrencia".

Ante la ostensible diferencia en los precios del verdadero ácido hialurónico y el Hialucorp, la creencia de que uno y otro eran lo mismo no pudo razonablemente haberse suscitado en el procesado; esa realidad necesariamente conducía a sospechar -si no a concluir de plano- que se trataba de compuestos diferentes y, por ende, anulaba cualquier atisbo de confianza que pudiese depositarse en la información ofrecida por el fabricante a ese respecto.

Ello se hace aún más evidente si se considera que ya para 2009, conforme lo explicó el cirujano SG, en el gremio de la medicina estética era ampliamente conocida la existencia en Colombia de un "drama social" derivado de la recurrente utilización de polímeros (entre ellos, la silicona) en procedimientos como el acá investigado. [...]

Estas circunstancias -el conocimiento concreto sobre el uso frecuente de silicio para la realización de procedimientos estéticos, la información generalizada sobre la venta engañosa de compuestos inidóneos para la inyección y, sobre todo, el irrisorio precio al que obtenía el Hialucorp- negaban a CG toda posibilidad de confiar razonablemente en la información ofrecida por el fabricante de dicha sustancia en cuanto a que era ácido hialurónico, tanto más porque admitió tener «mucha experiencia» en la utilización de esta última molécula y conocía, por consecuencia, su verdadero valor de mercado.

El tribunal dejó de reconocer lo anterior porque cercenó y distorsionó algunos testimonios. [...]

Nótese cómo, en primer lugar, el juzgador colegiado alteró el testimonio de CFCR. Conforme quedó explicado (§ 3.3.1.1), éste, con apoyo directo en las facturas de venta, indicó que en los días inmediatamente posteriores a los hechos investigados vendió a CG Hialucorp en presentación de 250 mililitros por \$226.500, no \$650.000 (valor que, en todo caso, sería de todas maneras muy inferior al del ácido hialurónico).

[...]

El declarante, entonces, nunca dijo, contrario a lo señalado por el tribunal en manifiesta distorsión de su dicho, que CG pagara \$650.000 por cada 250 mililitros de Hialucorp. Lo aseverado, no sobra insistir, es que él -CR- obtenía el litro de esa sustancia por \$650.000, es decir, a \$162.500 por cuarto, y que -como es obvio- lo vendía más caro para ganar la plusvalía (lo cual aparece coherente con que se lo

expendiera al acusado al mayor valor de \$226.500).

Ahora, la corporación también entendió que el precio al cual MHCG dijo comprar el Hialucorp coincide con lo informado en juicio por el cirujano IS al respecto: "el mismo testigo Dr. IS declaró que el Hialucorp se conseguía en el mercado por un valor que oscilaba entre 700 mil y un millón de pesos".

Pero también acá la alteración de la prueba es evidente, pues este profesional nunca dio una estimación del precio de ese producto. De hecho, expresamente dijo «yo no sé cuánto vale el Hialucorp». Lo que sí afirmó es que "el ácido hialurónico... en ampolla o jeringa de un mililitro en ese momento valía de \$700.000 a \$1.000.000 dependiendo de la casa".

En todo caso, este argumento del tribunal, a más de apoyarse en una distorsión de la declaración citada, en nada refutaba la elaboración indiciaria que al invocarlo pretendía desestimar: lo debatido no es si CG compró el Hialucorp inyectado a CS por un valor inferior al que se vendía ese producto, sino si lo adquirió por un precio tan bajo que descartaba necesaria y fatalmente cualquier creencia razonable de que fuese verdadero ácido hialurónico.

En suma, para la sala no cabe duda de que MHCG sabía que el fluido introducido en los glúteos de JC no era ácido hialurónico. Esta comprobación habilita dos hipótesis ulteriores alternativas sobre el aspecto cognitivo del comportamiento investigado: o bien el acusado (i) ignoraba qué era la sustancia inyectada a la ofendida, ora (ii) sabía que se trataba de silicona líquida.

Si lo sucedido es que MHC no sabía qué era la mezcla inoculada a la perjudicada, la representación probable del resultado típico es incontrovertible: es notorio para cualquier persona a partir de la experiencia e intelección común más elemental que la inserción en el cuerpo humano de una sustancia desconocida es especialmente apta para causar lesiones o, incluso, la muerte, máxime en la considerable cantidad de cien mililitros. Inyectar en otro ser vivo un compuesto cuya naturaleza se ignora, que bien puede ser inocuo, pero también resultar tóxico y letal, constituye quizás la más clara descripción fáctica de lo que es «dejar librada al azar» la eventual configuración de un resultado típico.

Con todo, la hipótesis más plausible es que CG no ignoraba cuál era la composición del Hialucorp inyectado a JC, sino que sabía que se

trataba de silicio o de algún químico de características análogas.

En efecto, según quedó explicado, para el momento de los hechos era ampliamente discutido en el gremio de la medicina y la cirugía estéticas el uso y venta extendido de polímeros, como el “dimetil polisiloxano” u otros similares, para el relleno corporal (§ 3.3.1.2). El mismo CG admitió saber que ello estaba sucediendo desde su estadía en España. Si se considera además que, de acuerdo con lo dicho por IASG, la silicona líquida “es una sustancia baratísima”, es razonable inferir que el acusado tenía presente que el fluido injectado a CS (el cual adquirió a un precio, justamente, muy reducido) era silicona o un compuesto parecido».

DOLO EVENTUAL - Demostración / **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable / **DOLO EVENTUAL** - Se configura/ **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Consentimiento informado: cubre lo que informa el médico al paciente / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Es una obligación de medio y no de resultado / **LESIONES PERSONALES** - Dolo / **LESIONES PERSONALES** - Demostración / **LESIONES PERSONALES CULPOSAS** - Se configura

«La muy consolidada difusión que para la época había en el gremio médico estético sobre la problemática de la silicona líquida no estaba limitada a su uso en procedimientos como el acá investigado: comprendía también lo relativo a las graves e incorregibles consecuencias que ello causa a la salud de los pacientes.

[...]

Como se ve, en el juicio quedó probado que varios años antes de los sucesos acá juzgados existía un saber documentado, consolidado y ampliamente difundido sobre la peligrosidad de injectar silicona como método estético, esto es, sobre la relación causal probable entre la inoculación de esa sustancia y la ocurrencia de lesiones personales o, lo que es igual, sobre la especial aptitud para causar daños en la salud de la introducción de ese líquido en el cuerpo humano (§ 3.1). Y aunque podría alegarse que lo anterior es insuficiente para afirmar con certeza que MHCG estaba al tanto de esa información, cualquier incertidumbre al respecto queda superada por cuanto él mismo admitió contar desde antes con ese discernimiento:

[...]

Siendo así, y a no dudarlo, la decisión de CG de injectar silicona líquida a CS comprendió la representación de que con ello probablemente le causaría daños personales.

Por supuesto, todo procedimiento médico, por mínimamente invasivo que sea, acarrea para el paciente riesgos que el profesional de la salud, antes de su realización, se ha representado porque los conoce y tiene que conocer; y si esos riesgos se concretan en un resultado típico (de lesiones o muerte), serán indiferentes para el derecho penal en tanto el galeno -cuya obligación es de medio y no de resultado- haya obrado con la diligencia exigible, juzgada con base en la ley del arte, para evitar su ocurrencia. Eso no está en discusión. Lo que sucede es que la conducta acá valorada es ajena a las situaciones de riesgo inherente a la práctica médica porque, según quedó establecido, CG actuó con el conocimiento de estar utilizando una sustancia de cuya especial nocividad estaba al tanto, distinta de la prometida a la paciente y sin habérselo informado, de manera que esa representación probable del resultado se adscribe al dolo eventual y no a los parámetros cognitivos y conductuales corrientes de la práctica médica.

Para la sala no pasa desapercibido que al proceso fue aportada una relación de historias clínicas de algunos pacientes a quienes el sentenciado, entre 2008 y 2009, realizó el procedimiento denominado “rehidratación de glúteos con Hialucorp”, ninguno de los cuales, a su decir, le manifestó tener padecimiento alguno. Esos antecedentes, como lo presentó la defensa en el juicio, quizás sembraron en CG la confianza de que la sustancia inoculada a CS era segura y, por tanto, le impidieron representarse la probabilidad del resultado lesivo. Sin embargo, tal planteamiento no puede acogerse.

En primer lugar, y principalmente, porque lo probado (§ 3.3.2.1) es que (i) las afectaciones corporales causadas por la silicona líquida no siempre se manifiestan de inmediato y pueden aparecer varios años después de su inoculación y (ii) no todos los receptores de esa sustancia necesariamente sufren lesiones, en tanto hay personas cuyos cuerpos, por sus características de todo orden, no la rechazan con tanta agresividad. Ambas cosas, como también se acreditó, estaban ampliamente documentadas para la época de los hechos y tenía que conocerlas el enjuiciado. En esas condiciones, aún de ser cierto que los pacientes anteriores no exteriorizaron dolencias, ello nada dice sobre el grado de representación del resultado típico que aquél alcanzó.

En todo caso, el azar no es acumulativo. Sabiendo el imputado, como en efecto lo sabía (§ 3.3.2.1), que un porcentaje importante de pacientes inoculados con silicio sufren lesiones corporales graves y permanentes, una racha previa de procedimientos exitosos nada

implicaba frente a la representación de la peligrosidad real de su comportamiento.

Y aunque CG también adujo que él mismo se inyectó Hialucorp en los glúteos a finales de 2007 antes de empezar a usarlo en sus pacientes (lo cual, según lo alegó el fiscal delegado ante la Corte, generaría dudas sobre la representación probable del resultado, pues sería implausible que lo hubiese hecho aun conociendo el alto chance de causarse daños), tal aserción quedó desvirtuada de plano con el dicho del distribuidor CFCR, quien, apoyado en las facturas correspondientes, atestó que aquél empezó a comprarle ese producto “desde junio 10 de 2008”. Como el sentenciado, con la corroboración de su asistente administrativa, fue vehemente y enfático en que nunca adquirió Hialucorp de alguien que no fuera el nombrado CR (§ 3.3.1.1), no es posible que haya sido esa misma sustancia (de admitirse que alguna) la que introdujo en su propio cuerpo.

En síntesis, de los hechos demostrados también puede inferirse más allá de toda duda que MHCG se representó como probable que CS podía eventualmente sufrir lesiones corporales derivadas de la inoculación de silicona líquida en los glúteos. Para efectos de su adscripción en el dolo eventual, no sobra enfatizar, basta con que dicha representación comprenda el resultado típico básico (un «daño en el cuerpo o en la salud»), sin abarcar su calificación. Ello es cierto igualmente del aspecto cognitivo de las lesiones causadas con dolo directo (para cuya verificación basta que el autor conozca que está dañando la salud de un tercero, así no sepa cuál será la calificación pericial de ese perjuicio), pues la valoración posterior de la afectación ataña exclusivamente a la punibilidad de la conducta (no a su configuración).

DOLO EVENTUAL - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Dejar al azar el resultado que se prevé como probable solo puede evaluarse ex ante, no ex post a las consecuencias de la conducta

«[...] según lo demostrado en la vista pública, se tiene que la ocurrencia o no de lesiones derivadas de la inoculación de silicona líquida depende de circunstancias imposibles de controlar, medir o mitigar por el médico, de manera que está supeditada enteramente al azar.

En efecto, con el dicho del cirujano IAS se estableció que, una vez cierta persona ha recibido silicio en su cuerpo, la aparición o no de afectaciones físicas (y el nivel de su gravedad cuando efectivamente suceden, que puede ir desde simples cambios de coloración de la piel a

daños linfáticos, dolor crónico, deformidades severas y necrosis) está supeditada a (i) la cohesividad del compuesto inyectado, lo cual determina el modo en que interactuará con los tejidos, y (ii) las características individuales del sujeto, específicamente las autoinmunes, pues aquéllas derivan, en esencia, del rechazo de ese cuerpo extraño (“todos los organismos van a tener diferentes tipos de reacción, algunos tendrán tolerancia, la gran mayoría tratarán de sacarlo más”). Ninguno de esos dos factores, dijo, se puede “predecir”.

De ello se sigue lógicamente que una vez inyectada esa sustancia, nada puede hacer el profesional para reducir la probabilidad de configuración del resultado típico, mucho menos para anularla. La ocurrencia del daño estará librada, con total independencia de su conducta, a la más pura eventualidad.

Lo expuesto basta para afirmar que CG, al introducir silicona en el cuerpo de CS con el conocimiento de que era tal y habiéndose representado el probable daño a la salud que con ello podía causarle, dejó a la suerte si aquella lo sufrió o no. En otras palabras, asumió con apatía la probabilidad de que la nombrada fuese una de las personas cuyos cuerpos no rechazan esa sustancia de manera agresiva, ora que, en cambio y por estricto albur, estuviese dentro del significativo porcentaje de pacientes que desarrollan condiciones patológicas de mayor o menor gravedad.

Ello, como es obvio, excluye la posible imputación del resultado típico a modo de culpa consciente o con representación, la cual supone que el agente, no obstante haberse representado el resultado típico, “sigue adelante con el curso comportamental negligente porque confía (equivocadamente) en poder evitarlo”. No podría CG haber confiado en truncar la ocurrencia de un daño cuya materialización dependía, se repite, de variables aleatorias imposibles de administrar.

La defensora suplente adujo, al intervenir como no recurrente, que el procesado denunció ante las autoridades lo sucedido tan pronto fue informado por la víctima de sus afectaciones médicas. A partir de ello concluyó que aquél “no dejó librado nada al azar, pues inmediatamente hizo lo que jurídicamente podía realizar”.

Tal argumento no refuta de ninguna manera la conclusión recién esbozada. El elemento de indiferencia o desidia -esto es, de azar, chance o suerte- que configura el dolo eventual refiere a la postura volitiva asumida por el agente respecto del probable resultado típico antes de su ocurrencia. Nada tiene que ver con las medidas

que, después de materializado dicho resultado, aquél asuma por cualesquiera razones, y menos aún si ni siquiera apuntan a reducir o mitigar el daño, sino apenas a evitar su repetición futura en otras personas mediante un llamado a las autoridades».

CASACIÓN - Sentencia: la Sala casa la absolutoria del Tribunal, para restablecer la condenatoria de primera instancia

«De acuerdo con lo explicado, y como lo conceptuó con acierto la delegada del Ministerio Público, la sala concluye que el a quo atinó al dar por demostrada la responsabilidad de CG por la comisión del delito de lesiones personales con dolo eventual. El tribunal, se reitera, llegó a la conclusión contraria como consecuencia de errores de hecho por virtud de los cuales dejó de reconocer que el procesado sabía que la sustancia inyectada a la ofendida no era en realidad ácido hialurónico (lo cual, naturalmente, implicó que no se ocupara del grado de representación del resultado típico y la indiferencia con la cual lo asumió)»

PENA ACCESORIA - Dosificación punitiva: aplica el sistema de cuartos / **CASACIÓN**

OFICIOSA - Redosificación de la pena

«La juzgadora de primer grado, con la confirmación silente del tribunal, fijó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en un monto igual -48 meses- de la principal de prisión (cuya ejecución suspendió condicionalmente). Con ello incurrió en un yerro normativo, pues, como lo tiene pacíficamente sentado la sala de tiempo atrás, las sanciones accesorias deben tasarse conforme el sistema de cuartos establecido en el artículo 61 del Código Penal.

El dislate, aunque ninguna de las partes o intervenientes lo haya denunciado, debe

corregirse de oficio, pues comportó la irrogación de una inhabilitación profesional significativamente mayor de la que en derecho correspondía.

De acuerdo con el artículo 51 ibidem, la duración de dicha pena accesoria oscila entre «seis (6) meses (y) veinte (20) años». Como la principal se fijó en el mínimo del primer cuarto de movilidad, lo propio habrá de hacerse con la secundaria, la cual, por consiguiente, se tasará en seis meses.»

COMPULSACIÓN DE COPIAS - Fiscalía: para que investigue por presuntas conductas punibles cometidas

«[...] aunque el ad quem ya dispuso compulsar copias de la actuación contra «AP y AGP titulares del registro sanitario correspondiente al Hialucorp y OJA y WZ, personas encargadas del área comercial de la compañía importadora» -la sala reiterará esa orden para que la Fiscalía, si es que aún no lo ha hecho, tome todas las medidas pertinentes para el esclarecimiento de las responsabilidades a que haya lugar.

También para que, de estimarlo pertinente, se ocupe de investigar la posible responsabilidad de los funcionarios del INVIMA que, en el marco de sus competencias, omitieron librar las alertas sanitarias correspondientes cuando se percataron -desde 2008- de los riesgos para la salud que el uso de dicha sustancia acarreaba para la salud de las personas. Si desde esa época se conocía que el Hialucorp, al cual se le otorgó licencia bajo el presupuesto de ser ácido hialurónico, era en realidad silicona líquida, resulta incomprensible que no se haya lanzado ninguna alarma al respecto (sobre lo cual coincidieron los testigos de ambas partes y quedó demostrado con la información otorgada al respecto por esa entidad), como también que la cancelación de la licencia no se hubiera hecho hasta el año 2011».

Inicio

15. LEY 782 DE 2002 - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, imposibilidad de investigar nuevamente por los mismos hechos / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, sólo puede ser revocada de constatarse que el nombrado delinquió dentro de los dos años siguientes a su emisión

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de J.A.M.L., condenado en ambas

instancias como autor del delito de concierto para delinquir agravado., la Corte Suprema de Justicia concluyó que, como el procesado no cometió ningún delito en los dos años siguientes a haberse proferido resolución inhibitoria, su situación quedó definida y no era posible revocar de oficio esa decisión para investigarlo por los mismos hechos.

En consecuencia, la Corte casó la sentencia impugnada para, en su lugar, dejarla sin efecto y anular el trámite desde la resolución que inició la instrucción contra J.A.M.L., inclusive, de manera que quede a salvo y produciendo plenos efectos jurídicos la resolución de 24 de noviembre de

2006, por la cual la Fiscalía resolvió inhibirse de abrir investigación formal contra el recurrente.

SP2227-2022(59734) de 29/06/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. J.A.M.L. militó como patrullero del Bloque Mineros de las Autodefensas Unidas de Colombia hasta principios de 2006, cuando se desmovilizó voluntariamente para acogerse a las previsiones de la Ley 782 de 2002.

2. Mediante resolución No. 198 de 2005, el entonces ministro del interior designó a R.V.M. como representante del Bloque Mineros de las A.U.C. y éste, en tal calidad, presentó al comisionado de paz el listado de integrantes de esa organización, uno de ellos, J.A.M.L.

3. Consecuente con lo anterior, J.A.M.L. concurrió voluntariamente ante las autoridades el 16 de enero de 2006 y manifestó su intención de reincorporarse a la vida civil bajo las condiciones de la Ley 782 de 2002.

4. En decisión del mismo día, la Fiscalía dispuso la apertura de investigación preliminar contra el nombrado y ordenó escucharlo en versión libre. En esa diligencia, que se llevó a cabo en horas de la tarde, J.A.M.L. reconoció haber sido patrullero de la aludida estructura delictiva por más de seis años.

5. El 24 de noviembre de 2006, el despacho profirió resolución inhibitoria en favor de J.A.M.L.

6. Pasados más de seis años, el asunto fue reasignado a otro despacho instructor, el cual, mediante decisión de 12 de marzo de 2013, resolvió revocar de oficio la resolución inhibitoria de 24 de noviembre de 2006 y, en su lugar, iniciar la instrucción contra J.A.M.L.

7. Luego de declarar a J.A.M.L. persona ausente y una vez resuelta su situación jurídica, la Fiscalía, en resolución de 18 de septiembre de 2017, lo acusó como autor del delito de concierto para delinquir agravado definido en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal, tal como fue modificado por la Ley 733 de 2002. El pliego de cargos quedó en firme el 9 de noviembre siguiente.

8. Agotada la fase de conocimiento, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia profirió la sentencia de 21 de marzo de 2019, por la cual condenó a J.A.M.L. a la pena de 72 meses de prisión.

9. El fallo de primer grado fue apelado por la defensa y el Tribunal de Antioquia, en decisión mayoritaria de 29 de enero de 2021, lo confirmó, con la modificación de reconocer al procesado una rebaja de una sexta parte de la pena impuesta por razón de su confesión. En tal virtud, la fijó en 60 meses de prisión.

10. El mandatario de J.A.M.L. presentó y sustentó el recurso extraordinario de casación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY 782 DE 2002 - Beneficios jurídicos / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, naturaleza / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, imposibilidad de investigar nuevamente por los mismos hechos / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, sólo puede ser revocada de constatarse que el nombrado delinquió dentro de los dos años siguientes a su emisión / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, diferente a la resolución inhibitoria contemplada en la Ley 600

«Desde ya la Sala anticipa que le asiste razón al demandante en su censura. En consecuencia, se casará la sentencia impugnada para dejarla sin efectos y se declarará la nulidad de la actuación desde la resolución de 12 de marzo de 2013, por la cual la Fiscalía, con ostensible violación de los derechos del procesado y de la estructura del procedimiento, dejó sin efectos la inhibitoria emitida en beneficio de J.A.M.L. más de seis años antes.

Mediante la Ley 782 de 2002, el Congreso de la República prorrogó la vigencia de la 418 de 1997 (ya extendida anteriormente con la Ley 548 de 1999) y modificó algunas de sus disposiciones.

Con ello, y en cuanto interesa resaltar ahora, quedó establecido en el artículo 60 de la norma base que se proferiría «resolución inhibitoria a quienes confiesen y hayan sido o fueron denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título - es decir, delitos políticos - y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada». De igual manera, el artículo 61 ibidem previó que esa determinación «(quedaría) sin efecto alguno si el beneficiario cometiere

cualquier delito doloso dentro del término que dure su proceso de reintegración», en cuyo evento entonces "el funcionario judicial (revocaría) la providencia y (abriría) el proceso".

Después, con el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 se modificó el 468 del Código Penal y se fijó como regla que "incurrirá(n) en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos de guerrilleros o autodefensa".

El propósito de esos mandatos no era otro que el de «promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la paz» y establecer las condiciones jurídicas para «entablar conversaciones y diálogos con las Organizaciones Armadas al margen de la ley», o lo que es igual, "facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley". En otras palabras, impulsar la finalización consensuada del prolongado conflicto que por décadas ha sufrido esta la nación.

De acuerdo con ese sistema normativo, la Fiscalía favoreció a J.A.M.L. con resolución inhibitoria.

[...]

En el estado actual de la discusión, ninguna duda cabe de que esa resolución fue equivocada, pues la aplicación por favorabilidad del desaparecido artículo 71 de la Ley 975 de 2005 (así en la sentencia que lo declaró inconstitucional no se le hayan dado efectos retroactivos a la decisión) no era admisible. Ello lo dejó decantado la Sala tiempo atrás (aunque mediante providencias posteriores a la emisión de la resolución inhibitoria acá examinada [...])

Sin embargo, más allá de la admitida incorrección de tal determinación, lo cierto, como atinadamente lo manifiesta la procuradora que intervino en esta sede, es que la misma, luego de transcurridos dos años, no podía ya ser revocada porque la situación jurídica de M.L. se encontraba consolidada, así fuere mediante una decisión cuyas premisas normativas ahora puedan afirmarse equivocadas.

[...] en la Ley 418 de 1997 la condición fijada por el legislador para la revocatoria de dicha resolución es que "el beneficiario cometiere cualquier delito doloso dentro de los dos (2) años siguientes a su concesión". En cambio, en el procedimiento ordinario puede rescindirse "de oficio o a petición del denunciante o querellante, aunque se encuentre ejecutoriada, siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla".

Por último - y esto es lo más importante para el caso que acá se examina -, en la legislación transicional se establece inequívocamente que de transcurrir dos años desde la emisión de la resolución inhibitoria sin que la persona investigada cometa otro delito de doloso «no (podrá) ser procesad(a) o juzgad(a) por los mismos hechos que dieron lugar a su otorgamiento». La decisión, pues, tiene ejecutoria material y produce efectos análogos a los de la cosa juzgada. Ninguna regla similar existe en el sistema de la Ley 600 de 2000, en el cual, por el contrario, la inhibición no consolida ningún derecho sustancial para el procesado, de modo que su revocatoria procede en cualquier momento, sin otro límite temporal que el impuesto por la prescripción de la acción penal.

Así, la decisión de inhibición establecida en la Ley 418 de 1997 no es, aun cuando tenga igual denominación, la misma figura consagrada en el trámite penal ordinario. Se trata de una resolución inhibitoria sui generis, a la cual, valga enfatizar, se le atribuye legalmente el efecto diferenciado y especial de impedir definitivamente la investigación cuando, transcurridos dos años desde su emisión, la persona beneficiada con ella no ha cometido otro delito.

[...]

De lo expuesto deviene evidente la violación del debido proceso de J.A.M. - al igual que la perversión de la estructura del proceso - porque, como ya se dijo, una vez proferida la resolución inhibitoria, sólo podía ser revocada de constatarse que el nombrado delinquió dentro de los dos años siguientes a su emisión. Ello no sucedió. En el expediente no existe ninguna indicación de que M.L. haya incurrido en comportamientos delictivos luego de su desmovilización; por el contrario, y como lo anota acertadamente la procuradora, se constató que no registra ningún antecedente. En esas condiciones, no había lugar a revocar la inhibición - así quien asumió el caso después la reputare incorrecta o equivocada -, pues para entonces ya se encontraba en firme y produciendo el efecto jurídico atribuido por la ley (cuál es, se reitera, el de truncar terminantemente la investigación por los mismos hechos).

El Tribunal reconoció la ocurrencia del vicio ("... el ente investigador... había revocado el auto inhibitorio anteriormente proferido por ilegalidad, toda vez que el delito que debía investigarse era el de concierto para delinquir... como lo dejó claro la jurisprudencia") pero no le atribuyó el efecto anulatorio que le corresponde,

por el cual sí propugnó con tino la magistrada disidente».

Inicio

16. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, por regla general cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: Exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, posteriores a la desmovilización pero previas a la postulación por el Gobierno

La Corte Suprema de Justicia decidió los recursos de apelación interpuestos por R.S.G. y su defensa, contra la providencia dictada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual resolvió excluirlo del proceso transicional, de conformidad con solicitud presentada por la Fiscalía General de la Nación.

La Sala confirmó el Auto de segunda instancia, al considerar que, acreditada la causal objetiva relacionada con que el postulado fue condenado, con posterioridad a su desmovilización, por delito doloso, lo que corresponde es la terminación del proceso de justicia transicional.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, por los que el postulado fue condenado, no son de escasa entidad en la medida que afectaron en forma real y directa los bienes jurídicos del patrimonio económico y la seguridad pública; además, de conformidad con el numeral 5º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, el cumplimiento del requisito de elegibilidad consistente en cesar toda actividad ilícita es exigible a partir de la desmovilización y no de la fecha de postulación.

SP2498-2022(59938) de 21/07/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El postulado R.S.G. perteneció a la estructura paramilitar de las Autodefensas Campesinas de Santander y del Sur del Cesar – AUSAC – desde el 13 de enero de 1996 hasta

diciembre de 1998; en el 2000 ingresó al Bloque Central Bolívar -BCB-, Frentes Patriotas de Málaga y Walter Sánchez. El 31 de enero de 2006 se desmovilizó colectivamente, encontrándose privado de la libertad.

2. Mediante comunicación del 24 de febrero de 2010, R.S.G. fue postulado por el Gobierno Nacional al Sistema de Justicia Transicional.

3. El 19 de diciembre de 2018 la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, profirió sentencia parcial condenatoria en su contra y de otros miembros del BCB, decisión confirmada por la Sala, en lo que corresponde a este postulado.

4. La Fiscalía 52 delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz, solicitó la terminación del proceso en esa jurisdicción por exclusión del postulado, en los términos de los artículos 10, numeral 10.4 y 11 numerales 2 y 5 de la Ley 975 de 2005, incorporados por el canon 5º de la Ley 1592 de 2012, por no haber cumplido con la obligación de no cesar toda actividad ilícita, pues registra una sentencia condenatoria por conductas cometidas luego de la desmovilización.

5. En decisión del 3 de junio de 2021, el Tribunal excluyó a R.S.G. del procedimiento de la Ley 975 de 2005, misma que fue recurrida por el postulado y su defensor.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, causales / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, naturaleza objetiva de la causal / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, excepcionalmente no procederá la terminación del proceso cuando la condena por conducta punible dolosa cometida con posterioridad a la desmovilización, se refiera a circunstancias de escasa trascendencia frente a los fines de la Ley de Justicia y Paz / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, excepción, cuando la entidad del hecho punible sea mínima deberá ponderarse frente a los

derechos de las víctimas y la sociedad a conocer lo sucedido / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, por regla general cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: Exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, posteriores a la desmovilización pero previas a la postulación por el Gobierno / **RECURSO DE APELACIÓN** - Sala de Casación Penal: confirma providencia

«La Ley 975 de 2005, en su texto original, no reguló la posibilidad de solicitar la exclusión de los postulados del proceso de Justicia y Paz, por lo que fue a través de la jurisprudencia de esta Corporación que se trazaron las pautas para obrar en los casos en los que ameritaba finiquitar el proceso transicional e, incluso, distinguió entre archivo de diligencias, preclusión, desistimiento y exclusión propiamente dicha (CSJ AP, 23 de ago. 2011, rad. 34423 y CSJ AP, 11 mar. 2009, rad. 31162).

La Ley 1592 de 2012, por su parte, adicionó el artículo 11A a la Ley 975 de 2005, el cual reglamenta el instituto de la terminación del proceso como mecanismo para expulsar al postulado del sistema de justicia transicional, [...]

La causal 5^a prevé la exclusión del postulado que incumple el compromiso de cesar las actividades delictivas, el cual es asumido por los aspirantes a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz como lo dispone el numeral 4º del artículo 11 de la Ley 975 de 2005. En tal sentido si contra un postulado se profiere sentencia de condena por hechos cometidos después de la desmovilización, se verifica el incumplimiento del compromiso adquirido.

No obstante, esta Corporación ha indicado que de manera excepcional la exclusión resulta desproporcionada si el delito cometido con posterioridad a la desmovilización es de escasa entidad, el postulado ha cumplido o se encuentra cumpliendo las restantes obligaciones adquiridas al someterse al Estado y ha contribuido al esclarecimiento de los hechos ocurridos en desarrollo del conflicto armado.

Por ello se estableció que, por regla general, esta causal tiene un carácter objetivo, dado que al acreditarse que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por un delito doloso, procede su exclusión del proceso transicional. Ahora, de manera excepcional, cuando la entidad del hecho punible sea mínima, se debe ponderar esa situación frente a los

derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer lo sucedido a efectos de determinar si procede la exclusión.

[...]

3.1. Siendo así, de manera preliminar se debe indicar que en este caso aplica la regla general que impone la expulsión del postulado que ha delinquido con posterioridad a la desmovilización, en virtud a que el proceder de RSG se aparta de las obligaciones adquiridas al ingresar al proceso de Justicia y Paz y no cumple los presupuestos mencionados por la jurisprudencia para, de manera excepcional, morigerar el criterio objetivo de exclusión previsto en el numeral 5º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 [...] Lo anterior en razón a lo siguiente:

i). RSG se desmovilizó de manera colectiva del BCB el 31 de enero de 2006.

ii). El 28 de mayo de 2007 SG fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, dentro del proceso N°. [...], tras hallarlo responsable de los delitos de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa, en concurso con porte ilegal de armas de fuego, por hechos ocurridos el 10 de enero del mismo año.

iii). Los referidos delitos no son de escasa entidad en la medida que afectaron en forma real y directa los bienes jurídicos del patrimonio económico y la seguridad pública. Pues no se puede desconocer que el aquí procesado fue capturado tratando de huir del interior de la Cooperativa de Trabajo Asociado C, ubicada en el barrio El C del municipio de Puerto Wilches, luego de que en compañía de otras personas redujeran por la fuerza a varios trabajadores de dicho lugar, herir a uno de ellos y atar de manos a los demás; siendo incautados en el operativo dos revólveres calibre 38.

3.2. Ahora bien, en cuanto a la fecha a partir de la cual le es exigible a RSG el cumplimiento del requisito de elegibilidad consistente en cesar toda actividad ilícita, esta Sala ha indicado que, de conformidad con el numeral 5º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, lo es a partir de la desmovilización y no de la fecha de postulación.

Por ello, cualquier infracción penal que cometa con posterioridad a la dejación de armas (lo cual acaeció en el presente caso el 31 de enero de 2006), configura la causal de exclusión examinada, siempre que se haya emitido sentencia de condena; sin que pueda justificarse, como pretende la defensa, con el argumento de que el postulado delinquió pocos días después de la desmovilización, pues los hechos punibles se

ejecutaron el 10 de enero de 2007, esto es casi un año después de la desmovilización.

Por otra parte, aunque arguye el defensor que para el momento de la desmovilización SG no contaba con la asesoría jurídica que le permitiera conocer las implicaciones de dicho acto y que para entonces la Ley 975 presentaba múltiples vacíos, lo cierto es que desde el 31 de enero de 2006 se comprometió a cesar cualquier actividad ilícita, aspecto que resulta extremadamente relevante para el proceso transicional, pues sin la voluntad decidida por parte del postulado de no volver a cometer ilícitos, el mismo no tendría sentido.

Por tanto, al incurrir en los punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, incumplió con el compromiso adquirido y con las exigencias que le permitían acceder a los beneficios consagrados en el procedimiento de Justicia y Paz; sin que sea admisible considerar que, en otros casos en los cuales, según el postulado se presentaron los mismos

presupuestos, ello no condujo a la exclusión, pues la Corte analiza la particularidad de cada postulado.

Además, desde la promulgación de la Ley 975 de 2005, en su artículo 10, numeral 10.4 se tenía contemplado como requisito para la desmovilización, el cese de toda actividad ilícita, con lo que queda zanjado el tema de falta de claridad en la norma.

3.3. Finalmente, el hecho que RSG haya contribuido a la verdad al rendir múltiples versiones, se profiriera sentencia parcial condenatoria en su contra y de otros miembros del BCB en la justicia transicional, no lo habilita para recibir, sin más, los beneficios contenidos en el proceso transicional, pues el incumplimiento del compromiso adquirido por éste de cesar las actividades ilícitas impide mantenerlo en el procedimiento especial».

Inicio

17. LIBERTAD CONDICIONAL - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, la readaptación y resocialización del interno, prevalecen sobre la gravedad de la conducta

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de M.P.H.A., contra el auto proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que denegó, por segunda vez, la libertad condicional.

La Corte revocó el proveído impugnado para, en su lugar, conceder la libertad condicional a M.P.H.A., previo pago de la caución y la suscripción del acta de compromiso.

En tal sentido, sostuvo que, aun cuando se trata de conductas graves, el propósito resocializador de la pena se satisfizo, por lo que era imperioso que, el Ejecutor, hubiese tenido en cuenta además de lo concerniente a la gravedad de la conducta, el proceso de resocialización de la privada de la libertad, quien ha estado recluida desde el 31 de enero de 2015, mostrando allí, un buen desarrollo intracarcelario, sin reporte de incidentes disciplinarios; y, además, desempeñándose en programas de trabajo y

estudio, todo lo cual apunta a afirmar que, su comportamiento, mientras purgó su sanción, fue ejemplar; razón por la que, estimó no necesaria la culminación del cumplimiento de la pena en establecimiento de reclusión, sumado a que convergen los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014..

AP2977-2022(61471) de 12/07/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia SP5065-2015, Rad. 36784, de 28 de abril de 2015, la Sala de Casación Penal declaró penalmente responsable a M.P.H.A., en su condición de Directora del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), como autora de los delitos de peculado por apropiación, concierto para delinquir agravado, concurso de dos falsedades en documento público, coautora de plurales delitos de violación ilícita de comunicaciones y varios delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

2. Le impuso una sanción de 14 años de prisión; multas principal y accesoria por valor equivalente a 43.33 y 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes; inhabilitación intemporal de derechos y funciones públicas, de acuerdo con lo previsto en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política e inhabilitación de los demás derechos políticos, conforme lo prevé el artículo 44 del Código Penal, por idéntico término de la sanción privativa de la libertad. En el mismo fallo le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

3. Por los hechos que dieron origen a la condena, M.P.H.A., ha estado privada de la libertad desde el 31 de enero de 2015.

4. Por concepto de redención de pena, el Juzgado Ejecutor ha reconocido a M.P.H.A. 31 meses y 20,715 días.

5. El 11 de octubre de 2018, el apoderado de M.P.H.A., solicitó se le concediera el permiso administrativo de hasta 72 horas, el cual fue concedido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, el 19 de noviembre de 2018.

6. Previa solicitud elevada por el apoderado de la condenada , el 14 de octubre de 2020, mediante auto interlocutorio número 812 , el Juez ejecutor negó la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del Código Penal (Ley 599 de 2000), por expresa prohibición legal.

7. La solicitud de la defensa, en la que pretendía se le concediera a M.P.H.A., la prisión domiciliaria en calidad de madre cabeza de familia, fue resuelta el 6 de noviembre de 2020. Contra esa decisión, su apoderado judicial interpuso recurso de reposición, que fue resuelto con auto 1009 del 28 de diciembre de 2020, en el que se confirmó la negativa.

8. Con memorial radicado el 25 de febrero de 2021, el apoderado de M.P.H.A, solicitó al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, la libertad condicional en su favor.

9. La solicitud fue resuelta mediante auto del 7 de abril de 2021, en el que se le negó la pretensión y se reconoció redención por el equivalente a 1 mes y 7,81 días.

10. El defensor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, exclusivamente en cuanto a la negativa de la libertad condicional.

11. Mediante auto del 15 de septiembre de 2021, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la negativa de conceder la libertad condicional.

12. El 3 de diciembre de 2021, el abogado que representa los intereses de M.P.H.A, solicitó por segunda vez, se le concediera la libertad condicional.

13. Mediante auto del 14 de enero de 2022, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, se pronunció sobre el cómputo de la restricción efectiva de la libertad, redención de la sanción por trabajo y negó nuevamente la libertad condicional.

14. Contra esa determinación, el 18 de enero de 2022 la defensa interpuso recurso de apelación, únicamente en lo atinente a la negativa de la libertad condicional.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LIBERTAD CONDICIONAL - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Finalidad/ **PENA** - Fines / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Aplicación Ley 1709: Favorabilidad

«En este caso, los hechos por los cuales fue condenada M.P.H.A., se ejecutaron entre los años 2007 y 2008, lo que en principio impondría la aplicación de la modificación introducida por la Ley 890 de 2004, en tanto que era la norma vigente para esa época.

Sin embargo, por favorabilidad, el estudio de la libertad condicional deprecada se abordará de acuerdo con los parámetros contenidos en el artículo 64 del Código Penal (Ley 599 de 2000) con la modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, tal como lo ha sostenido pacíficamente esta Corporación.

[...]

Ha indicado la jurisprudencia de esta Sala, que la concesión de la libertad condicional depende del cumplimiento de todos los requisitos enlistados en el precepto transcritos; pues, en su examen, el juez no puede prescindir de ninguna de las condiciones fijadas por el legislador, incluida, la valoración de la conducta, cuyo análisis es preliminar.

En torno a la valoración previa de la conducta punible, resulta pertinente recordar que es el fundamento basilar del recurso de alzada, pues fue este el requisito por el que el Juez ejecutor negó el subrogado.

En consecuencia, se ofrece pertinente tener en consideración lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-757 de 2014,

mediante la cual examinó la constitucionalidad de la anotada expresión. [...]

Así las cosas, bien puede afirmarse que, la finalidad de la previsión contenida en el artículo 64 del Código Penal con sus respectivas modificaciones, no es otra, que relevar al condenado del cumplimiento de una porción de la pena que le hubiere sido impuesta, cuando el concreto examen del tiempo que ha permanecido privado de la libertad, de sus características individuales y la comprobación objetiva de su comportamiento en prisión o en su residencia, permiten concluir que en su caso resulta innecesario continuar con la ejecución de la sanción.

[...]

Así, se tiene que: i) en la fase previa a la comisión del delito prima la intimidación de la norma, es decir la motivación al ciudadano, mediante la amenaza de la ley, para que se abstenga de desplegar conductas que pongan en riesgo bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; ii) en la fase de imposición y medición judicial debe tenerse en cuenta la culpabilidad y los derechos del inculpado, sin olvidar que sirve a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal y a la intimidación individual; y iii) en la fase de ejecución de la pena, ésta debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción sociales.

[...]

Lo anterior, está indicando que el solo análisis de la modalidad o gravedad de la conducta punible no puede tenerse como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal, como pareció entenderlo el A quo, al asegurar que “no se puede pregonar la procedencia del beneficio denominado Libertad Condicional, pues ese pronóstico sigue siéndole desfavorable, en atención a la valoración de la conducta, circunstancia que no cambiará, (...) su comportamiento delictivo nació grave y no pierde sus características con ocasión del proceso de resocialización y rehabilitación dentro del tratamiento penitenciario”.

Por el contrario, se ha de entender que tal examen debe afrontarse de cara a la necesidad de cumplir una sanción ya impuesta, por lo que no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad actual y los antecedentes de todo orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social; por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el “impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la

pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes”».

LIBERTAD CONDICIONAL - Requisitos / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Resocialización del interno: prevalece sobre la gravedad de la conducta/ **PENA** - Funciones: prevención general y especial / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, la readaptación y resocialización del interno, prevalecen sobre la gravedad de la conducta/ **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: se aplica a un sujeto que recibió una condena, pero, del que se concluye que en su caso no es necesario la ejecución, o continuidad de la ejecución de la pena

«Aclarado tal aspecto, entra la Sala a estudiar todos y cada uno de los requisitos establecidos por el legislador para la concesión de la libertad condicional, en el caso concreto de M.P.H.A., anticipando que, la decisión objeto de impugnación, será revocada.

Análisis previo de la gravedad de la conducta

Conforme se estableció en el auto del 15 de septiembre de 2021, en la sentencia CSJ SP5065-2015, Rad. 36784 mediante la cual la Sala condenó a M.P.H.A., para el ejercicio de individualización e imposición de la sanción, fueron tenidos en cuenta aspectos como la naturaleza de los punibles, la intensidad del dolo y el daño causado [...]

Elementos que sin duda han de ser considerados en la ponderación de la necesidad de continuación de la privación de la libertad.

Sin embargo, como ya indicó, el análisis de la modalidad de las conductas no puede agotarse en su gravedad y tampoco se erige en el único factor para determinar la concesión o no del beneficio punitivo, pues ello contraría el principio de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento penal, dado el carácter antropocéntrico que orienta el Estado Social de Derecho adoptado por Colombia en la Constitución Política de 1991; y al mismo tiempo desvirtuaría toda función del tratamiento penitenciario orientado a la resocialización.

La anterior es una de las maneras más razonables de interpretar lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-757 de 2014 (declaró exequible la expresión: “previa valoración de la conducta” del artículo 64 del Código o Penal), en el sentido que al analizar la procedencia de la libertad condicional el Juez de Ejecución de Penas deberá:

“establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado.”

Es así como el examen de la conducta por la que se emitió condena debe ponderarse con el fin de prevención especial y el de readaptación a la sociedad por parte del sentenciado, pues no de otra forma se cumple con el fin primordial establecido para la sanción privativa de la libertad, que no es otro distinto a la recuperación y reinserción del infractor, tal como lo estipulan los artículos 6º numeral 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10º numeral 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrados a nuestro ordenamiento interno por virtud del Bloque de Constitucionalidad (Artículo 93 de la Constitución Nacional).

Corolario de ello, un juicio de ponderación para determinar la necesidad de continuar con la ejecución de la sanción privativa de la libertad, debe asignarle un peso importante al proceso de readaptación y resocialización del interno, sobre aspectos como la escueta gravedad de la conducta (analizada en forma individual); pues si así no fuera, la retribución justa podría traducirse en decisiones semejantes a una respuesta de venganza colectiva, que en nada contribuyen con la reconstrucción del tejido social y anulan la dignidad del ser humano.

[...]

Bajo ese entendido, la prisión debe entenderse como parte de un proceso que busca, no solamente los aspectos draconianos de las sanciones penales; entre ellos, que el conglomerado se comporte normativamente (prevención general); y que, tras recibir la retribución justa, el condenado no vuelva a delinquir (prevención especial); aunado a tales aspectos, las penas, en especial las restrictivas de la libertad, también se deben encaminar a que el condenado se prepare para la reinserción social, fin este que conlleva necesariamente a que el tratamiento penitenciario y el comportamiento del condenado durante este, sea valorado, analizado, estudiado y tenga consecuencias en la manera en que se ejecuta la sanción.

Lo anterior, justamente con el fin de incentivar en el infractor, esperanza y motivos para participar en su proceso de reinserción, asegurar la progresividad del tratamiento penitenciario, así como para brindar herramientas útiles al penado que le permitan prepararse para retornar a la vida en sociedad cuando recobre la libertad.

Entenderlo de otra manera, sería tanto como establecer una prohibición generalizada que no

ha sido prevista por el legislador para todos aquellos eventos en los que la conducta se evidencie objetivamente grave.

En efecto, la exclusión de subrogados y beneficios para algunas conductas punibles ha sido materia de legislación expresa cuando así lo ha determinado la política criminal del Estado. A manera de ejemplo, el artículo 68 A del Código Penal (Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014), contiene una lista de delitos afectados por esas restricciones; norma que, en este aspecto concreto, no aplica al caso de M.P.H.A., por lo siguiente:

Es cierto que en el artículo 68 A, se excluye, entre otros delitos, al concierto para delinquir agravado, que es una de las conductas por las cuales se condenó a la implicada. No obstante, el parágrafo 1º de la misma norma establece:

“Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el Art. 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el Art. 38G del presente Código.”

De igual manera, lo consideró la Sala de Casación Penal en auto CSJ AP3439 de 25 de junio de 2014, radicado 41752.

En ese orden de ideas, entender que la gravedad objetiva de la conducta es sinónimo de negación de la libertad condicional, equivaldría a extender los efectos de una prohibición normativa específica, sobre todos los casos que se estimen de notoria gravedad, sin haber sido así previsto en la ley; y tal expansión no es compatible con los derechos fundamentales de los condenados; pues los dejaría sin la expectativa de que su arrepentimiento e interés de cambio sean factores a valorar durante el tratamiento penitenciario, erradicando los incentivos y con ello, el interés en la resocialización, pues lo único que quedaría, es el cumplimiento total de la pena al interior de un establecimiento carcelario».

LIBERTAD CONDICIONAL - (Ley 1709): factor objetivo, que la persona haya cumplido las tres quintas partes de la pena, acreditación / **REDENCIÓN DE PENA** – Cómputo

Esta exigencia no es otra que el cumplimiento de las tres quintas partes de la pena. En el caso en concreto, la condena impuesta fue de 14 años o lo que es lo mismo, 168 meses de prisión; por consiguiente, las tres quintas partes de 168 meses, equivale a 100,8 meses.

La procesada se encuentra privada de la libertad desde el 31 de enero de 2015, por lo que ha purgado en tiempo físico un total de 89 meses y 7 días.

Por redención de pena de conformidad con el cuadro incorporado en esta providencia, le han sido reconocidos un total de 31 meses y 20.715 días.

En suma, la procesada ha purgado un total de 120 meses y 27.715 días de prisión, por lo que, se concluye, que M.P.H.A., cumple con el requisito objetivo previsto en la normatividad».

LIBERTAD CONDICIONAL - Factor subjetivo / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: factor subjetivo, reparación del daño a la totalidad de las víctimas / **LIBERTAD CONDICIONAL** – Procedencia

«[...] en lo que tiene que ver con el factor subjetivo, consistente en que de su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario pueda el Juez suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar ejecutando la pena, se anticipa que tal exigencia también concurre.

Lo anterior, en razón a que el tratamiento penitenciario que ha enfrentado M.P.H.A., ha cumplido con la finalidad resocializadora fijada al momento de la imposición de la sanción privativa de la libertad, pues durante el tiempo que ha permanecido recluida se ha dedicado a la reconstrucción de sus acciones mediante el trabajo y el aprendizaje.

En efecto, de lo consignado en el expediente se advierte que, estando en el establecimiento carcelario (desde el 31 de enero de 2015), la sentenciada ha desarrollado labores de agricultura urbana de manera continua (desde el mes de julio de 2015), lo que le ha representado redención de la sanción.

De manera responsable, adelantó el trabajo comunitario autorizado para amortizar la multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes que le fue impuesta por la comisión del delito de acto arbitrario e injusto; labor que desempeñó en la Secretaría de Integración Social con la modalidad de teletrabajo.

Aunado a lo anterior, como muestra de su interés por reintegrarse a la sociedad, efectuó labores artesanales en la confección de “Rosarios”, que donó a diferentes Parroquias de esta ciudad; y participó en cursos ofrecidos por el SENA, sobre “mentalidad de líder, formulación de proyectos en mi profesión, formación de líderes con talento, integrales y competitivos, manejo herramientas Microsoft office 2010 y catedra virtual de pensamiento empresarial”, actividades que, aun cuando no le han sido reconocidas para redimir la sanción, sí fueron consideradas por las

autoridades penitenciarias como condiciones de “interés personal y enriquecimiento intelectual”.

En las certificaciones de conducta expedidas por las autoridades penitenciarias la han calificado como buena, sobresaliente y ejemplar, lo que sumado a la demostrada existencia de arraigo familiar y social, le ha permitido disfrutar del beneficio administrativo consistente en el permiso de salida del sitio de reclusión por 72 horas, desde el 19 de noviembre de 2018, tiempo en el que ha acogido los lineamientos establecidos sin transgredir las normas de la autorización.

Del contenido de los autos de 23 de mayo y 20 de junio de 2017, se colige que pidió excusas públicas por los hechos en que se involucró y pagó los daños morales causados a Y.M.P., circunstancias que en la decisión pasada, se extrañaron y llevaron a que, junto con la valoración de la gravedad de la conducta, el beneficio se negara.

[...] como en párrafos anteriores se expresó, ella ya consolidó su proceso de readaptación y resocialización, al haber satisfecho la reparación del daño a la totalidad de las víctimas, requisito éste que, en su momento, la Corte analizó para concluir que su proceder no generaba un pronóstico favorable para su reintegración social.

En consecuencia, luego del análisis que de cada uno de los requisitos se ha adelantado, para la Sala, si bien la gravedad de la conducta resulta clara, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 4º del Código Penal, según el cual, la prevención especial y la reinserción social son las finalidades que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión; las exposiciones sobre la prevención general y la retribución justa hacen parte del análisis que debe atender el fallador en escenarios previos.

Y ello es así, ya que acoger los planteamientos formulados en la providencia recurrida, apuntaría a la imposibilidad de conceder el mecanismo sustitutivo en todos aquellos eventos en que la actuación se siga por delitos contra la administración pública; pues, precisamente, la tipificación hecha por el legislador de estas conductas como delitos, obedece a ese decoro y reproche que merece a quien se confiere la posibilidad de representar al Estado y que, pese a ello, actúa en contra de la institución que representa.

[...]

En esos términos, al no estimarse necesaria la culminación del cumplimiento de la pena en establecimiento de reclusión, sumado a que convergen los requisitos establecidos en el

artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, se revocará la decisión de primera instancia; y, en su lugar,

se concederá la libertad condicional en favor de M.P.H.A».

Inicio

18. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Detención preventiva: pierde vigencia a partir de la emisión del sentido de fallo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Detención preventiva: es diferente a la privación de la libertad originada en el anuncio del sentido de fallo condenatorio / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** - Anuncio del sentido del fallo o lectura de la sentencia condenatoria: efectos

La Corte Suprema de Justicia confirmó la providencia mediante la cual un magistrado de la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal negó el habeas corpus invocado por H.O.L.V.

Para el efecto, indicó que la medida de aseguramiento privativa de la libertad que afectaba a H.O.L.V., perdió vigencia cuando se anunció el sentido del fallo, razón por la que su reclusión se sustenta en esa última actuación y en tal razón, no ha sido prolongada ilícitamente su privación de la libertad.

En tal sentido, explicó que, las solicitudes que se fundamentan en el artículo 1º de la Ley 1786 de 2016 y las que se efectúen antes del anuncio del sentido del fallo corresponden a los jueces de control de garantías, mientras que, las que se hagan con posterioridad competen a los jueces de conocimiento, siendo este último y no el juez constitucional, el competente para conocer de la solicitud de libertad presentada por el procesado

AHP3845-2022(62294) de 30/08/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 20 de febrero de 2021, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva (Casanare), se legalizó la captura de H.O.L.V., al tiempo que se le formuló imputación por el delito de feminicidio (art. 104A del Código Penal) en calidad de autor. Allí mismo se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 20 de abril de 2021, la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de H.O.L.V., por la presunta comisión del delito en mención, el cual se verbalizó ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal, en audiencia del 3 de agosto de 2021.

3. El 22 de septiembre de 2021 se efectuó la audiencia preparatoria y el 22 de noviembre del mismo año, se instaló el respectivo juicio oral, el cual se llevó a cabo en sesiones del 16 de diciembre siguiente, 1º de febrero, 4 y 15 de marzo, 6, 19, 21 y 25 de abril, 24 de junio y 29 de julio de 2022, última en el que se anunció sentido de fallo condenatorio.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HABEAS CORPUS – Procedencia / **HABEAS CORPUS** - Improcedencia: finalidades que no protege

«El artículo 1º de la precitada ley establece que el habeas corpus tutela la libertad personal cuando alguien es privado de ella: i) con violación de las garantías constitucionales o legales y ii) en el evento de prolongación ilegal de la restricción de la libertad.

Cuando existe un proceso judicial en trámite, el habeas corpus no puede utilizarse para: i) sustituir los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad; ii) reemplazar los recursos ordinarios de reposición y apelación a través de los cuales deben impugnarse las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal; iii) desplazar al funcionario judicial competente; y iv) obtener una opinión diversa - a manera de instancia adicional - de la autoridad llamada a resolver lo atinente a la libertad de las personas.

La única excepción a tales reglas, se presenta cuando la decisión judicial que interfiere en el derecho a la libertad personal se califique como constitutiva de vía de hecho o se vislumbre la prosperidad de alguna de las otras causales genéricas que hacen viable la acción».

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Detención preventiva: pierde vigencia a partir de la emisión del sentido de fallo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Detención preventiva: es diferente a la privación de la libertad originada en

el anuncio del sentido de fallo condenatorio / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** - Anuncio del sentido del fallo o lectura de la sentencia condenatoria: efectos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: a partir de este momento el debate sobre la libertad del condenado es competencia del juez de conocimiento / **HABEAS CORPUS** - No sustituye el trámite del proceso ordinario / **HABEAS CORPUS** - Improcedencia: cuando se cumplen los requisitos legales de privación de la libertad, en virtud de anuncio del sentido condenatorio del fallo

«Confrontados los lineamientos expuestos en precedencia con el caso sometido a consideración, se anticipa que no tiene vocación de prosperidad, tal como lo concluyó el a quo.

Para resolver la pretensión del demandante es preciso tener en cuenta que:

El 20 de febrero de 2021, el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva (Casanare) impuso medida de aseguramiento en su contra, al interior del proceso penal n.o [...] que se le sigue por la conducta punible de feminicidio.

El 21 de noviembre siguiente se dio inicio a la audiencia de juicio oral y, luego de múltiples sesiones el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio y corrió el traslado de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, sin que hasta la fecha se pudiera realizar la lectura de la respectiva sentencia, la cual se encuentra programada para el 9 de septiembre del año en curso.

Del anterior recuento, se concluye que no existe una prolongación indebida de la privación de la libertad de HOLV por haberse superado el plazo máximo de vigencia de la medida de aseguramiento que le fue impuesta, pues actualmente, su reclusión no obedece a la medida cautelar que en principio se le endilgó, sino al anuncio del sentido condenatorio del fallo que el 29 de julio de 2022 hizo el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal.

Es que, la medida de aseguramiento solo tiene vigencia hasta ese instante, como pacíficamente lo ha expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en auto CSJ AP4711 - 2017 indicó:

“(...) en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo condenatorio, allí el juez puede hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, pero si omite hacer una manifestación al respecto en

esa oportunidad, la vigencia de la medida se extenderá hasta la lectura de la sentencia, momento en el que, por mandato legal, no sólo debe imponer la pena de prisión, sino que ha de resolver sobre la libertad; en particular, sobre la concesión o negativa de los sustitutos y subrogados penales.

Tales razones impiden, entonces, afirmar que el cumplimiento del mandato de juzgar al detenido dentro del plazo máximo legal -genérico- (art. 1º de la Ley 1786 de 2016, que modificó el art. 307 de la Ley 906 de 2004) se cumple con la lectura del fallo de segundo grado, como lo comprende la jurisprudencia constitucional.

Esta errónea conclusión también estriba en que, para los efectos del art. 7-5 de la C.A.D.H., concretados en el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, no es lo mismo juzgar al procesado privado de la libertad que entender agotado el proceso penal como tal. Éste se prolonga más allá de las instancias ordinarias (arts. 205 y ss. de la Ley 600 de 2000 y arts. 180 y ss. de la Ley 906 de 2004); inclusive, en estricto sentido, comprende etapas posteriores a la ejecutoria de la sentencia, como lo es la de ejecución de la pena (arts. 469 y ss. de la Ley 600 de 2000 y arts. 459 y ss. de la Ley 906 de 2004).

Si el principal objeto del proceso penal es la determinación de la responsabilidad penal del acusado, tal propósito se concreta en la decisión sobre tal aspecto, contenida en la sentencia. Cuestión diferente es que ese juicio -positivo o negativo- sobre la responsabilidad pueda ser sometido a controversia por la vía del derecho de impugnación. La indeterminación sancionable con la pérdida de la potestad estatal para investigar y juzgar con privación de la libertad es aquella donde el estado de acusación se prolonga indefinidamente sin que se defina la situación jurídica del procesado, en relación con su situación de culpabilidad o de inocencia. Como lo clarifica la Corte I.D.H., “el principio del plazo razonable al que hacen referencia los arts. 7-5 y 8-1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”.

Claro, ello no habilita a que el trámite de los recursos sea indefinido, más el establecimiento de plazos para la decisión de aquéllos en instancias ordinarias y extraordinarias, así como la implementación de sanciones al Estado por el desconocimiento del principio de celeridad, en tanto componente del debido proceso, no sólo es cuestión que igualmente pertenece al ámbito de configuración legislativa, sino que se orienta por una teleología distinta, debido a que al existir

sentencia de primera instancia, ya se cuenta con un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad (énfasis agregado).

Por consiguiente, como la medida de aseguramiento privativa de la libertad que afectaba a HOLV perdió vigencia cuando se anunció el sentido del fallo, su reclusión se sustenta en esa última actuación y en tal razón, no ha sido prolongada ilícitamente su privación de la libertad.

Adicionalmente, de los elementos de convicción aportados al trámite no se observa que la parte actora, haya radicado alguna solicitud de libertad por vencimiento de términos ante el funcionario judicial competente.

Recuérdese que el habeas corpus al instituirse como medio excepcional no puede desconocer los trámites dispuestos al interior del proceso en curso, ni el juez constitucional encargado de resolverlo está habilitado para sustituir a los funcionarios encomendados del conocimiento de tales procedimientos, al punto que le está vedado cuestionar situaciones del resorte exclusivo de la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior, por cuanto toda solicitud de libertad de quien se encuentra privado de la misma en virtud de decisión judicial debe ser elevada al juez encargado de resolverla. Así, en el marco de la Ley 906 de 2004, si se trata de una privación de la libertad en virtud de una orden judicial provisional, como la ocurrida con una medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, el debate liberatorio debe surtirse ante un juez de control de garantías; mientras que lo relativo a la privación de la libertad con posterioridad al anuncio del sentido del fallo - siendo ese el momento en que deja de surtir efectos jurídicos la medida de aseguramiento-, es de competencia del juez con funciones de conocimiento.

[...]

De igual manera, en providencia CSJ AP5052-2017, rad. 50861, la Corte examinó la competencia para conocer de las solicitudes que se fundamentan en el artículo 1º de la Ley 1786 de 2016 y ratificó que las que se efectúen antes del anuncio del sentido del fallo corresponden a los jueces de control de garantías, mientras que las que se hagan con posterioridad competen a los jueces de conocimiento.

Bajo esta perspectiva, es claro que la acción promovida no cumple el requisito de

subsidiariedad, consistente en el agotamiento de la discusión sobre los temas relativos a la libertad ante el juez competente y en el ejercicio de los medios de defensa judicial con los que legalmente se cuenta para controvertir la decisión en el evento de ser desfavorable, antes de acudir a la acción constitucional.

De modo que, no le corresponda al juez constitucional, en sede de acción de habeas corpus, sustituir al ordinario, salvo que agotados los medios y los recursos legales, se considere que la privación de la libertad del detenido legalmente se prolonga de manera ilícita.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el actor está recluido en establecimiento carcelario en virtud del anuncio del sentido del fallo condenatorio, y que el reclamo de su libertad aún no se ha efectuado dentro de la causa seguida en su contra, resulta claro que, en el caso concreto, no procede la acción constitucional invocada y, la ineludible consecuencia es la confirmación del proveído impugnado.

Al margen de lo anterior, se aclara que, si bien, la audiencia de lectura de fallo estaba programada para el 25 de agosto de 2022, se advierte que el aplazamiento de la diligencia, se generó por una causa externa al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal, según se expuso en el auto de la misma fecha emitido por ese despacho -problemas de conexión con el establecimiento carcelario-.

Por tal razón, resulta de plena aplicación al caso lo previsto en el inc. 2º del parágrafo 3º del mencionado artículo 317 de la Ley 906 de 2004, cuyo texto normativo expone lo siguiente: «Cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar o terminar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia, la audiencia se iniciará o reanudará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en los numerales 5 y 6 del artículo 317.

Ello habilitó que el despacho de conocimiento fijara, como nueva fecha para la diligencia, el 9 de septiembre de 2022. Lo anterior, no es óbice para exhortar al precitado despacho para que, en la fecha programada para dicha diligencia, adelante el trámite pertinente en el proceso seguido contra HOLV, sin ningún tipo de dilación adicional».

19. PENA - Principios / PENA - Funciones:
Prevención general y especial / **SUBROGADO PENAL** - Procedencia / **PENA** - Fines:
resocialización / **PENA** - Funciones:
prevención especial positiva / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado R.A.L., contra el auto proferido por el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, mediante el cual le negó el subrogado de la libertad condicional.

La Corte revocó el proveído impugnado para, en su lugar, conceder la libertad condicional a R.A.L., previo pago de la caución prendaria o de su garantía a través de póliza de seguros y la suscripción del acta de compromiso, por un periodo de prueba equivalente al tiempo que resta para el cumplimiento de la pena.

En tal sentido, reitero que, cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la gravedad de la conducta punible por la valoración de la conducta, acentuó el fin resocializador de la pena que, apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción.

Por tanto, para la Sala, asociar que la sola gravedad de la conducta es suficiente para negar el subrogado de la libertad condicional, sería tanto como asimilar la pena a un deshonroso castigo o dotarla de un sentido de retaliación social que, en contravía del respeto por la dignidad humana, cosifica al individuo que purga sus faltas y con desprecio anula sus derechos fundamentales.

AP3348-2022(61616) de 27/07/2022

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. Mediante providencia CSJ SP14985-2017, rad. 50366, expedida el 20 de septiembre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a R.A.L., a las penas de 109 meses y 6 días de prisión, multa en cuantía equivalente a 75,495 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por

el término de 131 meses y 28 días. Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

2. Al resolver el recurso de impugnación especial, en ejercicio de la garantía de la doble conformidad judicial, a través de sentencia CSJ SP4238-2021, la Corte modificó parcialmente la condena, en cuanto confirmó la atribución de responsabilidad en contra del procesado, pero redujo las penas a 104 meses y 15 días de prisión, multa de 73,491 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 126 meses y 28 días. El resto del fallo se mantuvo incólume.

3. El 2 de marzo de 2022, el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, despacho judicial que vigila la pena de R.A.L., le negó la libertad condicional, decisión contra la cual aquél interpuso recurso de apelación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PENA - Fines / PENA - Principios / PENA - Funciones: Prevención general y especial / **PENA - Criterios para fijarla / SUBROGADO PENAL - Procedencia**

«En nuestro sistema jurídico, la pena tiene diversas finalidades en cada una de sus fases, que van desde su previsión hasta su ejecución (Cfr. CC C-430-1996):

(i) preventiva o disuasiva, que en esencia se concreta en el momento en que el legislador fija la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal por el daño que se hace a la sociedad ante la violación de la prohibición normativa. Es la fase de conminación legal y responde a un objetivo de prevención general que se justifica en la protección de diversos bienes jurídicos, necesarios para preservar la coexistencia de la colectividad,

(ii) retributiva, que se exterioriza en la imposición judicial de la pena. En esta fase se entremezclan fines preventivos generales y especiales, aunque prevalecen los primeros. La individualización e imposición de la sanción confirma la vigencia de la norma y actualiza la amenaza abstracta tipificada en la ley. La prevención especial se patentiza en los casos en que el funcionario judicial, del catálogo de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, valora el cumplimiento de los requisitos legales que provean una alternativa a la ejecución intramural. Y,

(iii) resocializadora, propia de la fase de ejecución de la pena, orientada a la prevalencia de

principios que respeten la autonomía y dignidad de los condenados y, por ende, persigue un objeto preventivo especial que decididamente influye en su readaptación social. Este fin es el que hace que la pena privativa de la libertad sea constitucionalmente válida.

[...]

Explíquese que la connatural afectación de garantías fundamentales, producto de la limitación de la libertad, apareja complejas dinámicas que muchas veces impiden que la pena cumpla su cometido constitucional, escenario en el que los mecanismos alternativos o sustitutivos se presentan como la mejor manera de afrontar el proceso de resocialización.

La función preventiva especial se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración, siempre y cuando se orienten a: (i) la efectiva resocialización de los sentenciados, (ii) favorezcan el desestímulo de la criminalidad, y (iii) promuevan la reinserción del delincuente a la vida en sociedad.

Especificamente en lo atinente al principio de necesidad y a la prevención especial de la pena, la Corte Constitucional ha explicado (Cfr. CC C-806-2002) que si un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de su libertad para readaptarse a la comunidad, ha de brindársele la oportunidad de cumplir su condena mediante instrumentos que comporten una menor aflicción, lo cual no implica que no sean eficaces.

Ello, en sintonía con lo afirmado de vieja data, en el sentido que «la pena debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención [,] retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil» (Cfr. CC T-596-1992).

Por ende, sin llegar al extremo de corrientes abolicionistas, el legislador colombiano ha contemplado el instituto de los subrogados penales como una forma de evitar que los condenados a pena privativa de la libertad permanezcan en los centros de reclusión, con la finalidad de aplicar, en concreto, la función resocializadora de la pena.

En otras palabras, el fundamento que inspira los subrogados penales es el derecho del sentenciado a su resocialización, a rectificar y readecuar su conducta al estándar que el legislador ha previsto como de obligatorio cumplimiento para la convivencia en sociedad, buscando no excluirlo

de ella, sino propiciando su reinserción a la misma».

PENA - Fines: resocialización, concepto / **PENA** - Fines: resocialización, evolución constitucional / **PENA** - Funciones: Prevención general y especial / **PENA** - Funciones: prevención especial positiva / **PENA** - Fines: resocialización, fases

«El concepto de resocialización ingresó a la Carta Política de 1991 con la promulgación del Acto Legislativo n° 01 de 2020 «por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable».

Aquella reforma constitucional fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C-294-2021, en la que se realizó un escrupuloso examen de la política criminal colombiana y de la resocialización como función principal de la pena en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana del condenado, a quien el Estado ha de brindarle alternativas que le permitan reconocer el daño causado al conglomerado social, pero, de igual manera, incentivar un nuevo inicio afuera del centro de reclusión, de regreso a la comunidad y bajo el acatamiento de normas mínimas de convivencia.

La providencia explicó que la «resocialización puede ser entendida como un conjunto de medidas, actividades o técnicas de tratamiento social o clínico que pretenden «cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad, esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno»

[...]

Como los sistemas penal y penitenciario están teleológicamente vinculados, en consonancia con las actividades de resocialización se halla el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), cuyo texto -de hecho, anterior al actual Código Penal- contempla importantes expresiones del reconocimiento de la dignidad humana en el propósito de retornar al delincuente al seno de la sociedad.

[...]

Las fases de rehabilitación y resocialización en el proceso penitenciario preparan a los sentenciados para la reincorporación a la vida en comunidad y conforme a su carácter progresivo,

permite concluir que en los diferentes períodos por los que atraviesan va disminuyendo la rigidez en la limitación del derecho a la libertad, en especial el de locomoción al interior del establecimiento de reclusión y paulatinamente por fuera de él (Cfr. CC T-895-2013 y T-581-2017).

De ese modo, el tratamiento penitenciario posee dos aspectos basilares, de un lado, la readaptación social del condenado y, del otro, la relación que hay entre el derecho a acceder a programas de estudio y trabajo que permitan redimir pena e incidir en el derecho a la libertad.

Es a través de la resocialización que la permanencia en los establecimientos de reclusión pasa de ser una simple consecuencia jurídica por las conductas del pasado, a convertirse en una oportunidad de integración social de la persona que ha incurrido en una conducta lesiva de un bien jurídico penalmente relevante (Cfr. CC A-121-2018).

[...]

En conclusión, el fin resocializador de la pena se inscribe dentro de lo que se conoce como función de prevención especial positiva, eje articulador central de nuestro sistema penal donde se abandonan las ideas de intimidación, retaliación social o venganza. En su lugar, la noción de resocialización del sentenciado, como principio legitimador y objetivo supremo de la ejecución de la pena, constituye el centro de gravedad, consecuencia obligada de la definición de Colombia como Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Política)».

SUBROGADO PENAL - Procedencia / **SUBROGADO PENAL** - Concepto / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Concepto / **LIBERTAD CONDICIONAL** - carácter: moral y social / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Evolución legislativa / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal

«Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a los condenados, siempre y cuando cumplan, de forma concurrente, los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en la ley.

Para lo que a este asunto interesa, uno de esos mecanismos es la libertad condicional, instituto que brinda la oportunidad al sentenciado privado

de la libertad (en establecimiento carcelario o en prisión domiciliaria) de recobrarla antes del cumplimiento total de la pena intramural impuesta en la sentencia, sin que ello signifique la modificación de su duración, menos su extinción.

Es decir, repítase, previo el cumplimiento de todos los presupuestos legales, la figura en comento permite al condenado cumplir la pena privativa de la libertad por fuera del sitio de reclusión bajo ciertas obligaciones, restricciones o condiciones, so pena de su revocatoria, en una especie de libertad a prueba.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, la libertad condicional posee un doble carácter: (i) moral, en cuanto estimula positivamente al condenado que ha dado verdadera muestra de readaptación y enmienda y, (ii) social, pues motiva a la restante población carcelaria a seguir su ejemplo, con lo cual se logra la finalidad rehabilitadora de la pena.

El análisis que adelanta el juez de ejecución de penas a la hora de resolver una solicitud de libertad condicional apunta a una finalidad específica: establecer la necesidad de continuar el tratamiento penitenciario, a partir del comportamiento carcelario del condenado.

El subrogado de la libertad condicional en el Código Penal de 2000 (Ley 599), ha sufrido distintas modificaciones a través del tiempo.

[...]

Del recorrido normativo efectuado, amén de las modificaciones a los diversos requisitos que apuntan: (i) al término de cumplimiento de pena (dos terceras o tres quintas partes), (ii) al desempeño, conducta o comportamiento durante el tratamiento penitenciario, (iii) a la acreditación de un arraigo familiar y social, (iv) a la reparación de la víctima, (v) el aseguramiento del pago de la multa o, (vi) la duración del periodo de prueba, lo cierto es que fácilmente se advierte que se pasó de una primigenia prohibición a considerar "circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena", a la valoración previa de la "gravedad" de la conducta punible, para finalmente establecerse una "previa valoración de la conducta punible".

Ese conciso parangón insinúa que sólo el legislador de 2000 se atuvo a los contornos históricos de la figura de la libertad condicional que, en atención al carácter progresivo del sistema penitenciario, acentúa el comportamiento carcelario del condenado como el principal elemento subjetivo a verificar a la

hora de permitir que termine de cumplir su pena en libertad. Sobre ello se volverá más adelante».

LIBERTAD CONDICIONAL - Evolución jurisprudencial / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal

«Toda conducta punible es considerada un acto grave contra la sociedad, al punto que el legislador reprime su comisión a través de la punición. De cualquier manera, a raíz del resquebrajamiento de las relaciones humanas, ella afecta los valores que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la vida en comunidad. En últimas, además del daño privado, el delito siempre ocasiona un daño público directamente relacionado con la transgresión de las normas establecidas por el legislador penal, necesarias para la convivencia pacífica.

La condición de grave o leve de una infracción delictiva da lugar a intensos e inacabados debates. Nadie ha de negar que existen cierto tipo de comportamientos que por su naturaleza -o por lo menos desde una perspectiva simplemente objetiva-, implican una mayor afectación a valores sensibles para el conglomerado social, verbigracia, los vinculados a bienes jurídicos que tutelan la vida, la integridad personal, la libertad en todas sus aristas o la administración pública, para citar solo algunos, lo que de contera genera unánime rechazo social. Sin embargo, ello no soluciona la problemática a la hora de calificar el injusto.

La praxis judicial enseña que en torno a la valoración de la conducta punible se elaboran múltiples reflexiones para justificar su gravedad -todas válidas si se quiere-, una por cada tipo penal que el Estatuto Punitivo contempla, pero en el fondo sólo confluyen en un argumento circular que asume por punto de partida las razones que tuvo en cuenta el legislador para considerar que determinado proceder debía ser objeto de represión por el Estado.

La previa valoración del injusto típico introduce a la discusión argumentos de índole subjetivo que en nada contribuyen a superar la ambigüedad generada por el legislador de 2014 en el artículo 64 del Código Penal.

[...]

Algunos argumentan que un criterio que permite identificar la gravedad del delito está dado por la severidad de la pena a imponer. No obstante,

nuevamente la práctica judicial enseña lo contrario, en virtud de un fenómeno que ha dado en llamarse hiperinflación o populismo punitivo, producto de la irreflexiva política criminal colombiana , que en la vehemente búsqueda de encontrar en el derecho penal la solución a todos los problemas de la sociedad, simplemente ofrece sanciones graves, retribución -por no decir venganza- y castigos ejemplarizantes, dejando de lado la noción de resocialización y acercándose en mucho a criterios de segregación y exclusión del penado del entramado social.

[...]

Importa acotar que la Sala, por obvias razones, no se refiere a aquellas conductas que el propio legislador, en uso de su libertad de configuración normativa, excluyó del subrogado de la libertad condicional, asunto que ocupó la atención de la Corte Constitucional en sentencia CC C-073-2010, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, “[p]or la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.

[...]

Sustentar la negación del otorgamiento de la libertad condicional en la sola alusión a la gravedad o lesividad de la conducta punible, solo es posible frente a casos en los cuales el legislador ha prohibido el otorgamiento del subrogado por dicho motivo, como sucede con los previstos en los artículos 26 de la Ley 1121 y 199 de la Ley 1098 de 2006, pues, como se dijo en la decisión CSJ STP15806-2019, 19 nov. 2019, rad. 107644, atrás citada, “no puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos”

El artículo 64 del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014), con la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional en la sentencia CC C-757-2014, enseña que la finalidad del subrogado de la libertad condicional es permitir que el condenado pueda cumplir por fuera del centro de reclusión parte de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia, cuando la conducta punible cometida, los aspectos favorables que se desprendan del análisis efectuado por el juez de conocimiento en la sentencia -en su totalidad-, el adecuado comportamiento durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad y la manifestación que el proceso de resocialización

ha hecho efecto en el caso concreto -lo cual traduce un pronóstico positivo de rehabilitación-, permiten concluir que en su caso resulta innecesario continuar la ejecución de la sanción bajo la restricción de su libertad (artículo 64 numeral 2º del código penal).

Sólo de esa forma se hace palpable la progresividad del sistema penitenciario, cuya culminación es la fase de confianza de la libertad condicional, que presupone la enmienda y readaptación del delincuente y efectiviza su reinserción a la sociedad, lográndose la finalidad rehabilitadora de la pena.

La perspectiva en clave de libertad principalmente apuesta por las posibilidades de resocialización o reinserción social de la persona que ha cometido una infracción delictiva, acorde a máximas de rehabilitación, mientras la visión de seguridad apunta a su exclusión social, propias de políticas intimidatorias e inocuidadoras o de aislamiento del condenado, que contrarrestan su reintegro a las dinámicas comunitarias.

Por supuesto, sólo el primer enfoque posee efectos personales y sociales favorables al condenado, toda vez que persigue objetivos de prevención especial cifrados en la confianza en neutralizar el riesgo de reincidencia criminal a través de la incorporación del infractor a la sociedad. Al paso que el segundo pretende alcanzar objetivos preventivos, pero a través de la exclusión del delincuente del conglomerado social.

La integración holística que el artículo 64 del Código Penal impone al juez vigía de la pena, conduce a que la previa valoración de la conducta no ha de ser entendida como la reedición de ésta, pues ello supondría juzgar de nuevo lo que en su momento definió el funcionario judicial de conocimiento en la fase de imposición de la sanción. Tampoco significa considerar en abstracto la gravedad de la conducta punible, en un ejercicio de valoración apenas coincidente con la motivación que tuvo en cuenta el legislador al establecer como delictivo el comportamiento cometido. Menos implica que el injusto ejecutado, aun de haber sido considerado grave, impida la concesión del subrogado, pues ello simplemente significaría la inoperancia del beneficio liberatorio, en contravía del principio de dignidad humana fundante del Estado Social de Derecho.

Una lectura diferente de lo pretendido por el legislador y de lo definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la norma en cuestión: (i) la aleja del talante resocializador de

la pena, (ii) desvirtúa el componente progresivo del tratamiento penitenciario, (iii) muta el norte rehabilitador que inspira el mecanismo sustitutivo, hacia un discurso de venganza estatal, y (iv) obstaculiza la reconstrucción del tejido social trocado por el delito.

La previa valoración de la conducta no puede equipararse a exclusiva valoración, sobre todo en aspectos desfavorables como la gravedad que con asiduidad se resaltan por los jueces ejecutores, dejando de lado todos los favorables tenidos en cuenta por el funcionario judicial de conocimiento. Si así fuera, el eje gravitatorio de la libertad condicional estaría en la falta cometida y no en el proceso de resocialización. Una postura que no ofrezca la posibilidad de materializar la reinserción del condenado a la comunidad y que contemple la gravedad de la conducta a partir un concepto estático, sin atarse a las funciones de la pena, simplemente es inconstitucional y atribuye a la sanción un específico fin retributivo cercano a la venganza.

La Corte ha de reiterar que cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la gravedad de la conducta punible por la valoración de la conducta, acentuó el fin resocializador de la pena, que en esencia apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción.

En suma, no es el camino interpretativo correcto, asociar que la sola gravedad de la conducta es suficiente para negar el subrogado de la libertad condicional. Ello sería tanto como asimilar la pena a un oprobioso castigo, ofensa o expiación o dotarla de un sentido de retaliación social que, en contravía del respeto por la dignidad humana, cosifica al individuo que purga sus faltas y con desprecio anula sus derechos fundamentales».

SUBROGADO PENAL - Improcedencia: cuando haya sido condenado por los delitos enlistados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 /

LIBERTAD CONDICIONAL - Requisitos /

LIBERTAD CONDICIONAL - (Ley 1709):

valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Resocialización del interno:

prevalece sobre la gravedad de la conducta/

JUSTICIA RESTAURATIVA - Fines / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: se aplica a un

sujeto que recibió una condena, pero del que se concluye que en su caso no es necesario la ejecución, o continuidad de la ejecución de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL**: Obligaciones: garantía, mediante caución prendaria /

RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación

Penal: revoca providencia

«De lo expuesto hasta ahora, surgen las siguientes conclusiones:

(i) las consideraciones del a quo sobre la gravedad de las conductas cometidas por R.A.L. son acertadas, pues en su comisión actuó en contravía de las normas cuyo cumplimiento le correspondía acatar y pese a su condición de funcionario judicial y servidor público, antepuso sus propios intereses a los de la sociedad. Y,

(ii) durante su privación de la libertad, el penado ha honrado sus obligaciones ante las autoridades penitenciarias, tanto en el establecimiento carcelario como en su domicilio, actual sitio de reclusión.

Adicional, ha tenido una conducta ejemplar, cuenta con arraigo social y apoyo familiar, mostró arrepentimiento por su falta y redimió pena a través de la educación, lo cual evidencia que el propósito resocializador de la sanción afflictiva de la locomoción y la expectativa de reinserción social del sentenciado, se vienen observando a cabalidad hasta el momento.

Entonces, contrario a lo afirmado por el a quo, como consecuencia de este específico requisito no se muestra necesario que R.A.L. continúe con el cumplimiento total de la pena en prisión.

Luego del examen de cada una de las anteriores exigencias, para la Corte, si bien las conductas punibles ejecutadas son graves, en virtud de lo previsto en el segundo inciso del artículo 4º del Código Penal, según el cual, la prevención especial y la reinserción social son las finalidades que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, es dable acceder a la libertad condicional peticionada.

De acogerse la argumentación esgrimida en la providencia recurrida, apuntaría a la imposibilidad de conceder el mecanismo sustitutivo en todos aquellos eventos en que la actuación se siga por delitos contra la administración pública. Precisamente la tipificación de estas conductas como delitos, obedece a ese decoro y reproche que merece a quien se confiere la posibilidad de representar al

Estado y que, pese a ello, actúa en contra de la institución a la que sirve.

En ese orden, era imperioso que el juez vigia, hubiese tenido en cuenta, además de lo concerniente a la gravedad de la conducta, el proceso de resocialización del privado de la libertad.

Insistase, el análisis integral revela que, aun cuando se trata de conductas graves, en todo caso, se evidencia que el propósito resocializador de la pena se ha satisfecho, pues es evidente que, sumado a la significativa proporción de la sanción total superada, el comportamiento del reo durante su reclusión permite predicar razonablemente que el cumplimiento total de la condena en confinamiento no resulta necesario.

De los restantes requisitos

Como quiera que la gravedad de las conductas analizadas, aunado a las funciones y finalidad de la pena impuesta, no conducen a la negativa de conceder la libertad condicional en el caso concreto, bastaría entonces confirmar el cumplimiento de las demás exigencias para acceder a dicho subrogado, descritas en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000.

Sobre el particular, el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá afirmó que R.A.L.: (i) cumplió las 3/5 partes de la pena impuesta, (ii) cuenta con calificación de conducta “ejemplar” y resolución favorable expedida por el Consejo de Disciplina del COMEB, (iii) acreditó debidamente el arraigo familiar y social, y (iv) reparó integralmente a la víctima. Todos estos requisitos se corroboran del examen del expediente digital.

En suma, al no estimarse necesaria la culminación de la totalidad de la pena en prisión, sumado a que convergen los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014, se revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, se concederá la libertad condicional a R.A.L.».

20. PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos:

elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), explicación / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Captura en flagrancia: deber de valoración por parte de la Fiscalía, juicio de ponderación previo a llevarlo al juez de control de garantías / **SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS**

EXTREMAS - Requisitos: deben ser profundas y extremas / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Comiso: deber funcional del fiscal de solicitar el control del Juez de Control de Garantías respecto de la incautación de bienes sobre los que recae

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de J.O.B.B., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que lo condenó como autor penalmente responsable de un concurso de delitos de Cohecho Propio y 3 prevaricatos por acción en la modalidad agravada, a las penas de 150 meses de prisión y multa de 350 s.m.l.m.v.

En esta oportunidad, la Corte confirmó la providencia impugnada al concluir que, no se vulneró el principio de congruencia; por el contrario, evidenció una confusión del abogado defensor frente a los conceptos de imputación fáctica, hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, por lo que explicó cada uno de estos conceptos.

Además, consideró que se logró demostrar la configuración de los 3 prevaricatos por acción, a saber: 1) En la expedición de la orden de libertad de uno de los capturados en flagrancia, al no haberlo llevado ante el juez de control de garantías; 2) Por el reconocimiento de las circunstancias de marginalidad en la formulación de imputación, desconociendo sus requisitos esenciales; y 3) Por disponer la devolución de los dineros incautados, abrogándose competencias que corresponden al funcionario que ejerce control de garantías.

Finalmente, analizó que, de la valoración conjunta de los hechos indicadores, así como de los elementos probatorios estipulados con la defensa, y con base en las pruebas que se practicaron en la audiencia de juicio oral, era dable concluir que, el fiscal condenado realizó los 3 prevaricatos por acción, motivado por una promesa remuneratoria, incurriendo con ello en el punible de Cohecho Propio.

SP2129-2022(54153) de 25/05/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En calidad de Fiscal 40 Local de Tumaco (Nariño), adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata, J.O.B.B., conoció las diligencias seguidas en contra de 5 hombres capturados el 16 de diciembre de 2015 a las 20:50 horas aproximadamente, por personal de la Unidad de Guardacostas de la Armada Nacional, en el área denominada Candelilla de la Mar, del municipio de Tumaco, a bordo de dos embarcaciones.

2. En la primera motonave se trasportaban C.J.C.Q. y E.E.B.V. a quienes incautaron siete mil novecientos noventa (US\$7.990) y mil novecientos noventa dólares (US\$1.990) dólares americanos, respectivamente, y en la que se encontraron 280 kilogramos de cocaína. A bordo de la segunda embarcación, iban I.M.G., E.A.B. y S.F.O.C. a quienes se les incautaron doscientos sesenta y siete (267) kilogramos de cocaína y cuatrocientos noventa (490) dólares a los dos primeros y ochenta (80) dólares al último.

3. El 17 de diciembre de 2015, el Fiscal B.B., realizó las siguientes actuaciones:

a. Concedió libertad a C.J.C.Q, quien inicialmente se identificó como C.C.C., sin presentarlo ante el juez de control de garantías conforme lo ordena el artículo 302 del C.P.P, indicando que en su caso no se configuraba la flagrancia porque en el interrogatorio rendido por E.E.B.V, indicó que aquél, como pasajero accidental, desconocía que en la lancha en la que se transportaba se llevaba la sustancia estupefaciente.

b. Presentó ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tumaco a E.E.B.V, I.M.G., E.A.B. y S.F.O.C., solicitó legalización de captura y les formuló imputación como presuntos coautores del punible de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado, reconociendo a todos la circunstancia de menor punibilidad de la marginalidad o pobreza extrema consagrada en el artículo 56 del Código Penal. Los cargos fueron aceptados por todos los imputados a quienes se afectó con detención preventiva en establecimiento carcelario.

c. Sin someter a control judicial la incautación de la moneda extranjera incautada, ordenó la entrega definitiva de once mil cuarenta

(US\$11.040) dólares americanos al defensor de los cinco capturados.

4. Las anteriores decisiones fueron adoptadas mediante promesa remuneratoria de la organización criminal.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Congruencia personal, fáctica y jurídica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: eventos en que se vulnera por acción u omisión / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia fáctica: el núcleo central de la imputación es intangible / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: imputación fáctica, no puede ser objeto de modificación sustancial

«En relación con el principio de congruencia, ha dicho la Corte desde la sentencia del 25 de mayo de 2016, SP6808-2016, radicado 43837 que “...es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción”.

Este postulado implica que la sentencia guarde correlación con la acusación en sus tres componentes básicos. Personal: identidad entre los sujetos acusados y los sentenciados (es absoluta). Fáctico: correspondencia en los hechos jurídicamente relevantes fijados en la acusación con los que sirven de sustento al fallo (también es absoluta). Y jurídico: consonancia en la denominación jurídica de uno y otro acto, tiene carácter relativo (el juez puede condenar por delitos diferentes a los contemplados en los cargos de la acusación, siempre que la pena sea inferior). De manera que el fallador no puede sustentar su decisión de condena incluyendo acciones o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, jamás hayan hecho parte de la imputación fáctica.

[...]

Recientemente esta Sala insistió que “la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, de manera que el núcleo central se mantenga desde la formulación de imputación hasta la sentencia” (SP660-2022, radicado 58850)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes,

diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba / **SENTENCIA** - Error involuntario e inconsciente (lapsus calami)

«En el presente caso no se observa quebranto alguno al principio de congruencia. Lo que si se advierte es una confusión del abogado defensor frente a los conceptos de imputación fáctica, hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba.

Para esclarecer las censuras realizadas al fallo de primer grado, en cuanto a las nulidades deprecadas, basta recordar las definiciones que de dichos conceptos dio la Corte en sentencia SP3168-2017 (radicado 44599):

[...]

Los anteriores conceptos son fundamentales para establecer que, frente a los temas de nulidad por vulneración al principio de congruencia fáctica, los argumentos del censor resultan equivocados, y que confunde los hechos indicadores que planteó el A Quo en la sentencia para llegar a las conclusiones de que el procesado incurrió en las conductas punibles imputadas por la Fiscalía con los hechos jurídicamente relevantes que se establecieron en la acusación y que se concretaron en el fallo.

En relación con el error en la fecha de expedición de la orden de libertad de CJCQ, el tema no tiene trascendencia alguna y no deja de ser un argumento inane para la solución del caso, pues si bien es cierto se consignó en la sentencia que tal orden se expidió el 20 de noviembre de 2010, para la Sala, en coincidencia con el Agente del Ministerio Público, es evidente que se trata de un error constitutivo de un lapsus calami, que en manera alguna implica el desconocimiento del principio de congruencia.

[...]

En relación con la solicitud de nulidad estimar que el fallador “sorprendió al procesado con hechos que no le fueron deducidos en el pliego de cargos” y frente a los cuales no tuvo la oportunidad de controvertir, tales como (i) la última ratio de derecho penal, (ii) la duda que se generó sobre la participación del liberado CQ en el delito, y (iii) la información policial que le alertó sobre la posible ajenidad de aquél, debe decirse que el argumento es más que confuso. Sin embargo, la Corte en orden a verificar posibles yerros de la primera instancia, deberá acotar que no se sorprendió al exfiscal BB cuando el Tribunal hizo referencia a tales conceptos, debido

a que los mismos están plasmados en el fallo con la única intención de desvirtuar las hipótesis defensivas propuestas a lo largo del proceso.

[...].

Es claro, entonces, que no se presenta la vulneración de garantías procesales alegada por el defensor. En consecuencia, se negará esta solicitud de nulidad.

El hecho indicador construido a partir de la potencia de los motores de las embarcaciones como alerta de que no se trataba de pescadores en condición de marginalidad o pobreza y que debió ser considerado por el Fiscal acusado, nada tiene que ver con una incongruencia fáctica.

Es en este punto donde el recurrente equivoca los conceptos de hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores, pues en la acusación si se plasmó que el Fiscal procesado incurrió en el delito de Prevaricato por Acción al reconocer la marginalidad a quienes resultaron capturados en flagrancia con una gran cantidad de sustancia estupefaciente y de dinero representado en dólares. Ese fue el hecho jurídicamente relevante, el cual se acopla a la hipótesis de hecho general y abstracta consagrada en el artículo 413 del Código Penal. La potencia de las lanchas las refirió el A Quo para hacer alusión a uno de los varios hechos indicadores que permitieron establecer la consumación de uno de los delitos de prevaricato y del Cohecho Propio.

Además, se observa que lo que por esa errada vía presenta el apelante es un ataque a la valoración de los hechos por parte del Tribunal, que coincidiendo con la Fiscalía cuando acusó al procesado, llegó a una deducción razonable: A partir de las características de los vehículos náuticos no era razonable concluir que sus tripulantes eran unos simples y marginales pescadores, por ende, era contrario a la evidencia estructurar en una circunstancia inexistente el reconocimiento de la atenuante de la marginalidad o pobreza extrema.

[...]

Se reitera, la intención del apelante es controvertir, en sede de nulidad, los indicios estructurados por el Tribunal en la sentencia, a partir de las circunstancias modales de los hechos enrostrados en la acusación. De allí que no se advierta la incongruencia fáctica denunciada».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo

«De acuerdo con el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comete el ilícito de prevaricato por acción el servidor público que en ejercicio de sus funciones plenamente determinadas, profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

[...]

En ese orden, la manifiesta ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y precisa es posible verificar que lo resuelto es opuesto a lo que revelan las pruebas o a lo que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado, de manera que la determinación que se adopta resulta arbitraria y caprichosa al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público de contrariar la ley.

Por tanto, la discrepancia entre el mandato legal y lo resuelto debe ser notoria, como lo ha dicho reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia “que salte de bulto”, es decir, que sea tan evidente que sea apreciable sin mayores juicios ni elucubraciones. De tal forma, se excluyen de reproche penal aquellas decisiones respecto de las cuales surja discusión o diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley, máxime si la misma se apoya en criterios lógicos y razonablemente admisibles.

El prevaricato por acción únicamente es atribuible a título de dolo, así lo ha reiterado de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura en flagrancia: deber de valoración por parte de la Fiscalía, juicio de ponderación previo a llevarlo al juez de control de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Captura en flagrancia: procedimiento / **DETENCIÓN PREVENTIVA** - Procedencia / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Demostración

«En criterio del defensor, el procesado concedió la libertad a CJCQ por considerar, con fundamento en el interrogatorio rendido por el capturado EEBV , que aquel era una persona ajena a la actividad delictiva, pues era simplemente un pasajero que provenía del Ecuador y que regresaba en las lanchas donde fueron incautadas la droga y los dólares, después de vender una embarcación, pero sin tener conocimiento del transporte de la sustancia estupefaciente. Dice el recurrente que por esa situación BB, sostuvo que la captura fue ilegal, al no cumplirse ninguno de los presupuestos de la flagrancia, y que por esa razón se vio compelido a liberarlo sin presentarlo previamente ante el juez de control de garantías.

Refirió también la defensa, que no era cierto que para el momento en el que se le concedió la libertad al señor CQ se le tuviera como jefe de una banda delincuencial, ya que lo único que se tenía probado en ese momento era que se trataba de un pasajero accidental de la embarcación, ajeno a la actividad ilícita que los demás desarrollaban.

[...]

En un sistema donde la fuente formal preferente es la ley, y esta se define como un enunciado de carácter general cuyo fin es mandar, permitir, prohibir o castigar, que naturalmente se expresa en palabras, estas son susceptibles de ser interpretadas. Por eso la misma ley establece reglas de interpretación, una de las cuales señala que cuando el sentido de la norma sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil Colombiano que fue declarado exequible en sentencia C-054 de 2016).

Lo anterior, para dilucidar que el inciso 4º del artículo 302, establece de forma prística que cuando no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva en consideración al delito o cuando la captura en flagrancia sea ilegal, el Fiscal podrá liberar al aprehendido sin acudir ante el juez de control de garantías. Sólo establece esos dos eventos de manera objetiva.

Así lo confirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, que declaró exequible esta norma de manera condicionada, justamente para establecer los límites precisos que sobre la captura en flagrancia ejerce la Fiscalía General de la Nación. [...].

De conformidad con las decisiones transcritas, es claro que cualquier cuestión que supere una comprobación meramente objetiva sobre las circunstancias que permiten calificar una captura en situación de flagrancia, escapa del control de la Fiscalía General de la Nación, y debe ser analizada por el respectivo juez con función de control de garantías.

En el presente asunto según consta en la actuación, el 15 de diciembre de 2015, a las 20:50 horas aproximadamente, CJCQ, quien inicialmente se identificó como CCC, y EEBV, fueron aprehendidos por miembros de la Unidad de Guardacostas de la Armada Nacional en altamar, en el sitio denominado Candelillas de la Mar (municipio de Tumaco) cuando se movilizaban en una lancha rápida, en la cual se encontraron 14 costales negros amarrados, que por “la forma de empaque y olor” correspondía a clorhidrato de cocaína, por lo cual se procedió a su captura en flagrancia. Estas personas tenían

en su poder USD\$7.990 y 1.990 dólares, respectivamente.

Ante ese escenario el estudio que le correspondía realizar al entonces Fiscal JOBB, se restringía a la verificación de si el delito por el que fueron aprehendidos comportaba detención preventiva y si concurría alguna de las situaciones descritas en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal que refiere a la flagrancia:

[...]

En las condiciones señaladas, era obligación del Fiscal realizar de inmediato la solicitud de legalización captura ante el juez de control de garantías, como lo establece el artículo 302 en cita, para que examinara la legalidad del procedimiento.

Por consiguiente, los argumentos que esgrimió el fiscal acusado para liberar a uno de los indiciados no justifican la decisión en cuestión, como quiera que su conclusión acerca de la presunta ilegalidad de la captura, obedece a la apreciación sesgada de una declaración cuya veracidad habría sido puesta en duda por cualquier otro funcionario judicial. [...].

A tales argumentos debe sumársele que el fiscal BB desde el año 2010 se encontraba vinculado al servicio de la Fiscalía, por lo que sus cinco años de experiencia al servicio de esa entidad le daban el conocimiento suficiente para percibirse que el interrogatorio que rindió EEB era sospechoso debido a que una persona que lleva consigo una gran cantidad de cocaína en sus lanchas no se va a arriesgar a que un tercero extraño a la organización criminal los acompañe en el recorrido criminal, pues esa simple situación generaría un riesgo para los fines delictivos que perseguían.

Además, el fiscal procesado desconoció intencionalmente, que para justificar la ausencia de responsabilidad de CQ se anexó un contrato de venta de una embarcación que resultó contener un nombre diferente al del capturado, y por si fuera poco, también para el momento en que se ordenó la libertad del CQ el fiscal sabía que el capturado se había identificado con otro nombre ante las autoridades colombianas. Esos dos hechos ponían de presente al fiscal, que previamente se estaba tratando de engañar a la Administración de Justicia

[...]

En audiencia de acusación realizada el 29 de agosto de 2017 la Fiscal acusó a BB por el delito Prevaricato por Acción agravado consagrado en los artículos 413 y 415 del Código Penal.

La acusación, acto complejo compuesto por la presentación del escrito y su formulación, son claras en indicar que BB aplicó indebidamente e ilegalmente el artículo 302 del C.P.P., que ordena siempre la presentación del capturado en flagrancia ante el juez de control de garantías, salvo cuando el supuesto delito no comporte la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, lo que en este caso no ocurría por tratarse de un “delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, consagrado en los art. 376 del C.P. y agravado por el 384 ibidem, por la incautación superior a 5 kilos (aquí se decomisaron 547 kilogramos)”, el cual tiene pena mínima superior a 4 años de prisión, es investigable de oficio y su competencia radica en los jueces penales del circuito especializado.

[...]

Es decir, el Fiscal no solo dejó libre a CJCQ en contravía del mandato establecido en el inciso 4º del artículo 302 del C.P.P. con la clara interpretación establecida en la sentencia C-591 de 2005, sino que además concedió esa libertad cuando era evidente que la captura en flagrancia fue legal conforme toda la evidencia que hasta ese momento se tenía: (i) captura de 5 personas en dos lanchas rápidas que transportaban 547 kilogramos de cocaína, (ii) incautación de 11.040 dólares americanos, (iii) engaño a las autoridades que capturaron a la persona que precisamente dejó libre el Fiscal, CJCQ, quien en el momento de la aprehensión se identificó como “CCC”, y (iv) engaño a las autoridades con un contrato de compraventa de una embarcación con un nombre distinto al de la persona que resultó capturada.

Todas situaciones que se enmarcan indefectiblemente en el numeral 1º, o en su defecto en el 3º, del artículo 301 del C.P.P.

El juicio de ponderación que debe realizar el Fiscal para dejar libre a quien ha sido capturado en flagrancia, antes de someterlo al control del juez de control de garantías (juicio ex ante) es meramente objetivo para verificar si con los elementos puestos hasta ese momento, el delito comporta medida de aseguramiento de detención preventiva o si la captura en flagrancia fue ilegal (vulneración de derechos fundamentales o vencimiento de términos), y “cualquier discusión que superara una comprobación meramente objetiva como, por ejemplo, la relativa a la eventual vulneración del derecho a la intimidad del capturado, escapaba del control de la Fiscalía General de la Nación, y debía ser resuelto por el respectivo juez con función de control de garantías”.

Es notoria la vulneración directa de la norma por parte del acusado, lo cual edifica el prevaricato activo agravado en el presente asunto, toda vez que el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal no admite diversas interpretaciones que autoricen al fiscal a hacer valoraciones subjetivas sobre los hechos, con la finalidad de justificar la conducta de una persona que es sorprendida en alguna de las situaciones descritas en el artículo 301 del mismo estatuto.

En esas condiciones, la conducta desplegada por JOBB es objetivamente típica, pues obró en manifiesta contraposición del orden jurídico.

Frente a la tipicidad subjetiva del prevaricato por acción, aunque ya nos adelantamos al tratar el indicio de mentira, debe decirse que son tan evidentes las manifestaciones externas acerca del conocimiento y voluntad que el fiscal JOBB tenía acerca de su actuar contrario al ordenamiento jurídico, que lo expresado como fundamento de la decisión cuestionada sirve para inferir que actuó en forma premeditada.

[...]

Las circunstancias que permiten predicar la conducta dolosa se coligen de: (i) Desconocer que CJCQ fue capturado en una embarcación donde se encontraron 14 bultos que contenían 280 kilogramos de cocaína. (ii) Desconocer que CJCQ se presentó ante las autoridades con otro nombre. (iii) Realizar interrogatorio al cocapturado EEBV (a quien se le incautó la suma de 1.990 dólares), en el cual de manera escueta se le preguntó sobre la carga que contenía la sustancia ilegal y sólo se concentraron en tratar de justificar la ausencia de responsabilidad de CJCQ. (iv) Desconocer que la persona que liberó era quien llevaba la mayor cantidad de dólares - 7.990 dólares. (v) Desconocer que el documento que soportaba la venta del supuesto motor fuera de borda y la canoa tipo “metrera”, no contenía el nombre verdadero de CJCQ. El hecho de no dudar de una persona que se identifica de tres formas resulta una posición amañada que refleja el conocimiento de la norma y el querer realizar la conducta punible. Todo ello motivado por promesa remuneratoria (como se explicará al resolver la apelación frente al punible de Cohecho Propio).

Como puede observarse no fue un factor aislado el que permite predicar la intención de delinquir. Al contrario, son varios los componentes que se unieron y de tal claridad, que no se requiere hacer un mayor esfuerzo argumentativo para predicar que JOBB actuó dolosamente.

Así las cosas, la Sala confirma que la infracción al citado artículo 302 fue ostensible y palmaria y

por ende el A Quo no erró al afirmar que la materialidad y la responsabilidad del acusado en esta conducta estaban demostradas, pues no se está frente a un funcionario judicial confundido sobre el alcance de la ley, sino ante uno que intencionalmente quebrantó el derecho en contravía de lo que enseñaban las evidencias que hasta ese momento tenía en su poder para analizar».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: titular de la acción penal, obligación de obrar con objetividad/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: principios que rigen sus actuaciones

«Para resolver este punto se hace necesario recordar que si bien la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y en tal calidad le corresponde adelantar las investigaciones de los hechos que revistan el carácter de delitos, ello siempre debe estar respaldado en suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su existencia, labor en la que además está obligada a obrar con estricta sujeción a los principios de objetividad, transparencia, juridicidad y corrección (Art.115 Ley 906 de 2004).

[...]

Es deber de la Fiscalía obrar con objetividad a pesar de la discrecionalidad que tiene para fijar el marco fáctico de la imputación, ya que siempre debe plegarse al hecho histórico que indican los medios de convicción».

SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS - Requisitos: deben ser profundas y extremas / **PERVERICATO POR ACCIÓN** - Demostración

«Al fiscal JOBB se le acusó el quebranto de la ley, por cuanto al formular la imputación reconoció la diminuente punitiva prevista en el artículo 56 del Estatuto Penal en favor de EEBV, SFOC, IMG y EAB, sin sustento probatorio, ya que se fundó en el mero criterio del funcionario.

[...]

No se trata de simples circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, dado que legislador las cualificó, al disponer que deben ser “profundas” y “extremas”, esto es, de aquellas con especiales connotaciones de entidad:

“Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conlleven unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos

en tales circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “profundas” y “extremas” tienen injerencia decidida en la comisión de un delito, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible.

“En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona, es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del principio de proporcionalidad en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena.

Dichas situaciones son alternativas, es decir que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso.

La marginalidad implica que una persona está desprovista de unas especiales condiciones de vida que le permiten una calidad de vida digna. Para ser considerado como tal en un proceso penal, es requisito básico demostrar que el encausado se encuentra apartado o alejado de la sociedad o que no haga parte de ella, lo que de una u otra forma incide en que no pueda comprender en debida forma el injusto penal.

Por su parte la ignorancia se refiere a la falta de conocimiento respecto a un ámbito específico, por lo que el estado de ignorancia exige acreditar que ésta sea de tal grado que impide al culpable entender el juicio de reproche que genera su conducta, causa determinante que lo llevó a cometer el punible.

La situación de pobreza extrema implica que el infractor carece de recursos mínimos, lo que le impide satisfacer las necesidades esenciales para la congrua y digna subsistencia.

La declaración de cualquiera de estas eventualidades cuando se formula imputación no puede estar sujeta al capricho de los fiscales y debe existir una base fáctica:

[...]

En este asunto, la norma así interpretada fue quebrantada dolosamente por el fiscal BB ya que al formular imputación no expuso cuáles eran los hechos indicativos de que los procesados cometieron el delito bajo la influencia de condiciones de marginalidad, pobreza o ignorancia. Tampoco especificó a cuál de esas situaciones se ajustaban las condiciones de los procesados. Se limitó a decir, para obtener la finalidad ilícita, que el informe de arraigo de todos los capturados daba cuenta de su oficio como pescadores del que derivó la diminuente punitiva. [...].

Se advierte de la extensa transliteración que el entonces fiscal BB no presentó argumentos fácticos y jurídicos que razonadamente permitieran inferir la incidencia de esas circunstancias en la ejecución del ilícito, pues simplemente aludió a un elemento de comprobación que se contrae a un estudio de arraigo realizado con posterioridad a la ejecución de la conducta, sin explicar cómo esas condiciones individuales, familiares y sociales de los imputados influyeron en la comisión de la conducta punible.

Además, cuando se trata de reconocer la diminuente debe diferenciarse si es marginalidad, ignorancia y pobreza extrema. Claro, las tres situaciones pueden concurrir en una sola persona, sin embargo, criterios como “ser unas personas que se dedican a la pesca”, no hace per se que el sujeto sea marginado, ignorante o pobre en extremo. Igual análisis debe pregonarse del “lugar de vivienda, de su residencia”, o “de sus estudios”. Y tampoco explicó el fiscal del caso en la formulación de imputación en qué consistía y cómo estaban razonablemente inferidas “su condición” y “sus características particulares”, al punto que influyeron directamente en la ejecución de la conducta de narcotráfico en cuya actividad fueron aprehendidos en flagrancia.

Se advierte también que el procesado no ejecutó ninguna labor investigativa tendiente a corroborar la supuesta situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema en la que a su juicio se encontraban los procesados.

Además, el simple hecho de que los procesados aseguraran ser pescadores y pertenecer a una población vulnerable como la del municipio de Tumaco-Nariño, no acredita per se que hicieran parte de una franja de población marginada, pobre o ignorante y que esas circunstancias hayan influido directamente en su determinación de delinquir.

En criterio de la Sala se advierte evidente la inviabilidad de reconocer la diminuente de pena, como también que fue ese ofrecimiento lo que condujo a que todos los imputados se allanaran a los cargos.

[...]

La defensa aseguró que el reconocimiento de la mencionada circunstancia era una práctica común en el municipio y que el fiscal BB usualmente la reconocía dadas las condiciones evidentes de pobreza de la zona y sus habitantes.

[...]

El argumento anterior es especulativo, pues si bien es cierto en Tumaco se presentan unas condiciones de vida complicadas en algunos de sus habitantes y existe una población que deriva su sustento de la pesca artesanal; dicha situación no puede generalizarse y ser el fundamento para que los fiscales, por costumbre, le reconocieran la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema a todas las personas que cometen conductas punibles en dicha municipalidad, ya que como se ha indicado, para su reconocimiento se debe examinar cada caso en particular y hacer un estudio de acuerdo serio, ex ante, a la formulación de imputación, con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que obren en poder de la fiscalía para verificar que esas circunstancias deben encontrarse cabalmente acreditadas.

En este caso no se estaba ante unos humildes pescadores artesanales de Tumaco, las lanchas en que fueron capturados, la cantidad de estupefactentes que transportaban, y los dólares que llevaban consigo, permiten derruir la calidad reconocida por el Fiscal, quien desconoció las anteriores circunstancias, las cuales fehacientemente impiden establecer que la conducta se realizó bajo la influencia directa de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema como lo exige el artículo 56 del Código Penal.

Por lo tanto, como acertadamente lo coligió el juzgador, la Sala estima que objetiva y subjetivamente el Fiscal JOBB incurrió en la conducta típica endilgada de prevaricato por

acción, pues en contravía de la ley y sin demostrar su injerencia en la ejecución del injusto, ofreció como parte de la imputación la rebaja de pena consagrada en el artículo 56 del Código Penal, con la intención de favorecer ilícitamente a los procesados con una sanción mucho menor a la que se harían merecedores.

Pero además, se advierte que el fiscal BB les reconoció la circunstancia de marginalidad, no porque realmente tuvieran derecho a la misma, sino porque recibió dinero y vendió la justicia, como también se verá más adelante al estudiar el delito de cohecho».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Comiso: deber funcional del fiscal de solicitar el control del Juez de Control de Garantías respecto de la incautación de bienes sobre los que recae / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Comiso: diferente a los elementos materiales probatorios y evidencia física / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Devolución de bienes: procedencia, se determine que no se encuentre en una circunstancia en la cual procede su comiso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Comiso: la fiscalía no puede disponer de los bienes sobre los que recae

«Según mandato constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 250, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”, y [en] caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello”.

En relación con los bienes y recursos encontrados en poder de los presuntos responsables del delito la ley procesal penal prevé medidas cautelares orientadas a garantizar que se pueda hacer efectivo el comiso.

[...]

De acuerdo con las anteriores normas es dable concluir que el procedimiento de incautación de los bienes y recursos encontrados en poder de los presuntos responsables de la infracción penal debe ser objeto de control por el juez de garantías, en orden a que sea este funcionario quien verifique la corrección del trámite y se pronuncie sobre la procedencia de la medida jurídica.

Distinto ocurre cuando el fiscal, en el ejercicio de su facultad constitucional de asegurar los elementos materiales probatorios y garantizar la

cadena de custodia, aprehende bienes con fines de investigación, caso en el cual la devolución la puede realizar directamente, una vez examinados y levantados los registros correspondientes.

De manera que la devolución de bienes incautados u ocupados con fines de comiso, no puede confundirse con otras actuaciones que permitan al fiscal la devolución de elementos aprehendidos en ejercicio de la potestad constitucional de asegurar los elementos materiales probatorios.

[...]

Teniendo en cuenta esos elementos de juicio, se estaba claramente ante una de las circunstancias previstas en la ley para que procediera la figura del comiso en el caso, pues era razonable inferir que los valores incautados provenían de la ejecución del delito o eran producto directo o indirecto de esa actividad ilícita, oería destinados para ser utilizados en delitos dolosos (Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes).

Por ende, en relación con esa medida, de conformidad con el mandato del artículo 84 de la Ley 906 de 2004, la decisión del fiscal BB no podía ser otra que solicitar audiencia ante el juez de control de garantías para la revisión de la legalidad de incautación y solicitar la suspensión del poder dispositivo del dinero; y no disponer la entrega de los recursos al abogado de los capturados, abrogándose competencias que corresponden al funcionario que ejerce control de garantías.

[...]

Es evidente entonces que el procesado BB obró con dolo, en tanto que sus calidades personales, profesionales y experiencia laboral de más de cinco años vinculado a la entidad, le permitían comprender la ilegalidad de la decisión que estaba adoptando.

En consecuencia, ante este escenario, en relación con la conducta de prevaricato por acción por la entrega directa de las divisas incautadas, el fallo impugnado se mantendrá incólume».

COHECHO PROPIO - Bien jurídico tutelado: administración pública / **COHECHO PROPIO** - Configuración: requiere que el servidor público acceda a la propuesta ilegal que se le formula aceptando contravenir sus funciones oficiales

«La conducta punible de Cohecho Propio protege el bien jurídico de la Administración de Pública, entendida de manera amplia como la actividad funcional del Estado en todas sus ramas del poder público, en las entidades autónomas e independientes y en los órganos de control.

[...]

El punible busca, como debe ser en un Estado Social de Derecho, que el servidor público actúe siempre con imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones. Al pertenecer al Estado en sus diferentes organismos se obliga a actuar conforme a la ley, que es poder y límite de su función. Es por ello que el servidor público no solo responde ante las autoridades por infringir la ley, sino que también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme lo dispone el artículo 6 de la Constitución Política.

Para que el delito se configure no es requisito sine qua non que el servidor reciba el dinero o la utilidad que persiguió, pues lo que se protege son los principios de transparencia y moralidad que orientan la administración pública establecidos en el artículo 209, y en este caso, en concordancia con el 228 de la Constitución de 1991 dado que la Administración de Justicia es una función pública quebrantada por un funcionario judicial perteneciente a la Fiscalía General de la Nación. [...].

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Indicio: Validez probatoria / **INDICIO** - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos / **COHECHO PROPIO** - Demostración

«En el presente evento la incriminación por este delito al acusado JOBB surgió de las interceptaciones telefónicas realizadas a la organización criminal dedicada al tráfico de narcóticos a la que pertenecían los capturados judicializados por el fiscal. Este procedimiento permitió la contención de dos lanchas cargadas con cocaína y la captura de sus tripulantes, al tiempo que se logró conocer que la organización emprendió gestiones con el defensor de los aprehendidos para obtener la libertad de uno de ellos y rebajas punitivas para los restantes capturados, bajo la promesa de entregar la suma de noventa millones de pesos (\$90.000.000), y si bien en dichas interceptaciones no se menciona concretamente el nombre del fiscal BB, su proceder estuvo de acuerdo a las expectativas del conglomerado delictivo, pues liberó a uno de sus líderes, ofreció a los restantes una rebaja de pena claramente improcedente y devolvió sin condicionamiento alguno los dólares incautados.

[...]

La defensa aseguró que en ningún momento el señor JOBB exigió dinero para tomar las decisiones ya mencionadas, tal y como lo manifestaron el abogado JONM y el mismo procesado en audiencia de juicio oral, quienes también aseguraron que en el municipio de

Tumaco los abogados suelen decirle a sus representados que los jueces y fiscales piden dinero a cambio de tomar decisiones favorables a sus intereses.

Para soportar dichas manifestaciones se valió de los testimonios de los doctores MMMC, EAVC y FORC, quienes dieron cuenta de las prácticas irregulares de los abogados de Tumaco, situación que en algunas oportunidades los ha afectado directamente.

[...]

A pesar de que es evidente que tanto en el municipio de Tumaco, como en gran parte del país algunos abogados inescrupulosos se atreven a asegurarle a sus clientes que para conseguir cierto tipo de beneficios o para que salgan avante sus intereses deben darle dinero a jueces y fiscales, se advierte que en esta oportunidad no se trata de un señalamiento sin ningún fundamento, o un hecho aislado, dado que frente a esta realidad, es una razón lógica que efectivamente existió el acto de corrupción referido en las conversaciones telefónicas, que desencadenó las conductas irregulares atribuidas a JOBB, pues no de otra forma se entiende que adoptara decisiones abiertamente contrarias al ordenamiento jurídico atendiendo peticiones del abogado de los capturados, por lo cual resulta un despropósito afirmar que el acusado actuó con el convencimiento errado de que obraba conforme a los mandatos legales.

[...]

El indicio es "...todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido".

Sabido es que un solo hecho indicador no puede conducir a través del raciocinio a la certeza absoluta, en caso de Ley 906 de 2004, al conocimiento más allá de toda duda (artículo 381). Sin embargo, cada hecho indicador va sumando confianza y acercándose a un todo, excluyendo la aparición de diferentes explicaciones del hecho que se quiere conocer. Es por eso que se considera que "cada nuevo indicio que concurre aumenta por extremo el grado de certeza, pudiendo ser tanto el número que, si no a la evidencia, se llegue a una convicción tal que permita obrar sin temor a engaño"

En el sub examine, concurren varios hechos indicadores que van aumentando la probabilidad sobre la configuración del delito de Cohecho Propio, y que disminuyen la posibilidad de que se esté frente a una cadena de acontecimientos aislados difíciles de compaginar. [...]

Se tienen diez hechos indicadores que están debidamente probados en la actuación. Ahora debe mirarse si se acoplan entre ellos para después saber si realizando una inferencia se llega a una conclusión razonable que excluya la causalidad y nos lleve a la causalidad necesaria para establecer que los mismos son hechos accesorios al hecho principal que se quiere dilucidar en el presente caso, que no es otro que conocer si JOBB realizó o no la conducta punible de Cohecho Propio.

[...]

Por eso resulta importante en el caso concreto, destacar que en los 10 hechos indicadores coinciden circunstancias de tiempo, modo y lugar, cuestión que permite pregonar la concordancia requerida para acercarnos el hecho principal.

[...]

Si se toma cada una de las circunstancias indicarias de manera aislada pues difícilmente puede arribarse a esa conclusión. Sin embargo, lo que olvidaron recurrente y el propio agente del Ministerio Público, que solicitó absolución por este cargo, es que el grado de convencimiento más allá de toda duda razonable para demostrar

la responsabilidad penal del acusado se obtiene de apreciar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, como lo dispone el artículo 380 C.P.P. de 2004.

[...]

Importante es resaltar que si bien en las interceptaciones telefónicas no se menciona directamente al funcionario BB, si se hace alusión al apoderado de los capturados, resultando incuestionable que ocurrió así, dada la evidente conexión causal entre el ofrecimiento de dinero que el defensor propondría al funcionario y los actos manifiestamente ilegales realizados por el entonces fiscal.

De ahí que no queda duda acerca de la tipificación del delito, dado que la situación fáctica se ajusta al supuesto de hecho definido por el legislador para el punible de Cohecho Propio previsto en el artículo 405 de la Ley 599 de 2000.

Así las cosas, las alegaciones del apelante no logran derribar la argumentación y solidez de la sentencia recurrida lo que impone su confirmación».

Inicio

21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo: posibilidad de anulación en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera: si el Juez incluye en la sentencia circunstancias de agravación excluidas por la Fiscalía en sus alegatos de conclusión / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Servidor público en ejercicio de sus funciones: alcance

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de J.G.S., contra la sentencia emitida por la Sala de Con jueces Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, que confirmó la decisión condenatoria proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, trámite adelantado por los punibles de acceso abusivo a un sistema informático agravado, en concurso heterogéneo con falsedad material en documento público agravada.

En esta oportunidad, la Sala no casó la sentencia, al encontrar que los procesados se valieron de su condición de servidores públicos

de la Rama Judicial para ingresar al Palacio de Justicia, a un área reservada sólo para empleados judiciales (la de cesantías) desde donde ejecutaron los reatos, razón por la que, sí incurrieron en las causales de agravación acusadas.

Para ello, la Corte explicó que el alcance de la causal de agravación relacionada con que la conducta sea cometida por un servidor público «en ejercicio de sus funciones», se refiere a que, prevalido de éstas, el sujeto se sirve de su vinculación con el Estado para cometer el ilícito.

Aunado a lo anterior, la Sala consideró que el *a quo* no trasgredió el principio de congruencia al incluir en la sentencia las causales de agravación, pese a que, en los alegatos de conclusión, la Fiscalía no solicitó su inclusión, pues tal petición es un acto de postulación.

Por ello, avaló que haya variado en la sentencia el sentido del fallo, dado que, para el momento de proferir la decisión, la directriz jurisprudencial según la cual la petición de absolución presentada por la Fiscalía le era vinculante, había desaparecido del mundo jurídico, por lo que, nada le impedía incluir los agravantes desestimados.

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En el servidor donde se aloja la base de datos de reparto judicial, ubicado en el segundo piso de la Dirección Administrativa de la Rama Judicial de Cúcuta, se detectaron ingresos no autorizados a éste y cierres no usuales en los juzgados laborales, a excepción del Juzgado 4 Laboral del Circuito al que, fueron redireccionados 3 procesos contra el Instituto de Seguros Social.
2. Se pudo determinar que, el equipo empleado para el ingreso a la base de datos fue el designado para el área de cesantías, a cargo de J.G.S. Desde ese equipo ingresaron a la base de datos y cerraron todos los despachos judiciales a excepción del Juzgado 4 Laboral del Circuito y desde el mismo se orientaron los 3 procesos laborales antes mencionados.
3. También se estableció que, el señor J.G.S. actuó con la participación de C.A.V.N.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo: carácter vinculante / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: no es procedente su anulación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: acto complejo, conforma una unidad jurídica con la sentencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de inmediación: cambio de juez después del anuncio del sentido del fallo, aquél excepcionalmente puede decretar la nulidad de éste / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: posibilidad de anulación en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de concentración

«[...] En suma, la congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia forma parte de la estructura del debido proceso, toda vez que así se materializan los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad. De manera que no es dable al juez que presenció la práctica probatoria, emitir un criterio al finalizar el juicio oral y modificarlo a su arbitrio después.

En esa línea, si el funcionario judicial erró al momento de proferir el primer acto procesal, no puede, so pretexto de preservar la justicia, mutar la determinación final, lo que tampoco implica que la injusticia no se pueda superar, pues precisamente con ese fin existen los recursos».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia, omisión de la Fiscalía de incluir las circunstancias de agravación en la solicitud de condena, no vulnera el principio de congruencia si el juez las incluye en la sentencia, explicación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera: si el Juez incluye en la sentencia circunstancias de agravación excluidas por la Fiscalía en sus alegatos de conclusión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, solicitud de absolución por parte de la Fiscalía, efectos, evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, solicitud de absolución, no vincula al juez, explicación

«En el asunto de la especie, el 29 de abril de 2016, días después de culminar el juicio oral, el Juez Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cúcuta, togado GG, después de recordar el pliego de cargos formulado por la fiscalía y lo demostrado a través de la práctica probatoria en la vista pública, anunció la decisión a tomar, así: «sentido del fallo condenatorio para los procesados en calidad de coautores de las conductas punibles de acceso abusivo a un sistema informático en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo a su vez con un concurso homogéneo de falsedad material en documento público simple».

Ello, en consonancia con la solicitud efectuada por el delegado fiscal en su alegato de clausura y a la precisión que hiciera de tratarse de «conductas punibles simples», luego del requerimiento efectuado en ese sentido por el director de la audiencia.

Sin embargo, el fallo de primera instancia, proferido el 3 de agosto de esa anualidad por el mismo funcionario judicial GG en contra de JGS y CAVN se emitió por los reatos de acceso abusivo a un sistema informático agravado, en concurso heterogéneo con falsedad material en documento público agravada (artículos 269A, 269H numerales 1 y 2 y 287 inciso segundo del Código Penal).

En el cargo que se analiza, la libelista propone la nulidad de la actuación por vulneración del

principio de congruencia, en razón a que la fiscalía en su alegato de conclusión únicamente solicitó condena por la comisión de las conductas punibles simples, sin los agravantes, no obstante haberse atribuido éstos en la acusación.

Con el fin de dar respuesta a la demandante, ha de recordarse que si la Corte ha entendido que la petición -inclusive la de absolución- elevada por la fiscalía durante las alegaciones finales, es un acto de postulación susceptible de ser acogida o desestimada por el juez de conocimiento, quien debe decidir exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral (Cfr. CSJ SP6808-2016, 25 may. 2016, rad. 43837), con mayor razón lo será en tratándose de circunstancias que agravan el tipo penal base objeto de acusación.

[...]

Como quedó visto atrás, el juez que emitió el sentido del fallo no incluyó, al hacerlo, las circunstancias de agravación punitivas previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 269H e inciso segundo del canon 287 del Código Penal. No obstante, el mismo funcionario, al dictar la sentencia, decidió incluir las agravantes propuestas en la acusación.

Este escenario, en principio, daría lugar a la anulación del trámite ante la violación del debido proceso alegada, tal y como la Sala resolvió en el proveído CSJ SP11144-2016, 10 ag. 2016, rad. 46537, que guarda analogía fáctica y jurídica con el caso bajo examen.

Sin embargo, la disimilitud se halla en los fundamentos que llevaron al juez de conocimiento a emitir el sentido del fallo en las condiciones anotadas, que hundieron raíces en la jurisprudencia de la época (recuérdese, abril de 2016), que exponía que cuando la fiscalía abandona su rol de acusador «puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal».

Vale decir, como el referente jurisprudencial de aquél entonces imponía al juzgador acoger la solicitud de la fiscalía en su alegato conclusivo, el hecho de haber prescindido el ente persecutor de los agravantes en ese escalón procesal ineludiblemente conducía a un sentido de fallo en el mismo norte (condena por las conductas punibles simples), so pena de vulnerar el principio de congruencia, conforme a la intelección que la Corte ofrecía en la materia.

Este panorama cambió a partir de la ya citada sentencia CSJ SP6808-2016, 25 may. 2016, rad. 43837, proferida por la Corte escasos días después de la diligencia en que en este caso se anunció el sentido de fallo, habida cuenta que la petición de la fiscalía en su alegación final dejó de ser vinculante para el fallador, constituyéndose en un simple acto de postulación susceptible de ser acogido o desestimado por el cognoscente.

[...]

Luego, resulta claro que:

(i) Si el juez de conocimiento al dictar el sentido de fallo indicó que este sería de carácter condenatorio por las infracciones delictivas en su modalidad simple, ello se debió al pedimento de la fiscalía en su alegato de conclusión, solicitud que implicaba el «retiro» de los agravantes, pero no porque el funcionario judicial no estuviera convencido más allá de toda duda de la acreditación en juicio oral de las circunstancias de agravación punitivas.

(ii) No se trata en el asunto concreto que el funcionario judicial errara al momento de proferir el sentido de fallo y que, so pretexto de preservar la justicia, decidiera cambiarlo a su arbitrio. Para él, quien presenció la práctica probatoria, al otorgar mérito al conjunto probatorio no dudó de la configuración de las circunstancias agravantes atribuidas, sólo que, ante la solicitud de la fiscalía, obró conforme al precedente vigente en la materia. Y,

(iii) Si al momento de proferir la sentencia, aquella directriz jurisprudencial había desaparecido del mundo jurídico, nada le impedía incluir los agravantes desestimados, pues, la manifestación de la fiscalía no lo ataba, menos el sentido de fallo que tuvo por fundamento esa única razón».

SERVIDOR PÚBLICO - Funciones, deberes y responsabilidades / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Servidor público en ejercicio de sus funciones: alcance / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA**

PUNITIVA - Servidor público en ejercicio de sus funciones, se configura / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado

«Cuando el legislador previó que las conductas punibles de acceso abusivo a un sistema informático y falsedad material en documento público se agravan por cometerse por un servidor público «en ejercicio de sus funciones» (numeral 2 del artículo 269H e inciso segundo del canon 287 del Código Penal), no pretendió significar que dicha remisión de la norma se hiciera al concepto

amplio de función pública, como aludieron los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público ante esta sede en su intervención como no recurrentes.

[...]

Si la doctrina constitucional enseña que servidor público es toda persona que ejerce a cualquier título una función pública, una interpretación que equipare el ejercicio de funciones a la función pública misma (en sentido amplio), implicaría dotar de carácter redundante a la expresión «servidor público en ejercicio de sus funciones». Hubiera bastado, entonces, que se dijera servidor público.

Ahora, si bien el legislador se esmeró en clarificar que no se trataba del simple ejercicio de la función pública, la referencia al sujeto activo calificado en ejercicio de sus funciones tampoco llega a la milimétrica propuesta planteada por la recurrente, al punto de considerar que sólo será típica la conducta ejecutada en el restringido ámbito del manual de funciones del agente.

Por tanto, entiéndase que cuando las infracciones delictivas analizadas (acceso abusivo a un sistema informático y falsedad material en documento público) se agravan por la circunstancia que el servidor público las cometa «en ejercicio de sus funciones», se refiere a que, preválido de éstas, el sujeto se sirve de su vinculación con el Estado para cometer el ilícito.

Así, el ejercicio de las funciones propias del servidor público se constituye en medio y oportunidad propicia para la ejecución de la conducta punible.

[...]

Si bien podría la Sala coincidir con la libelista que las funciones de cada uno -las que se infieren a partir del cargo-, ninguna relación tenían con la específica función de reparto, no puede desconocerse que fue la labor que desempeñaba la que propició la comisión de las conductas delictivas.

Lo relevante en el caso concreto radica en el hecho que los delitos no habrían podido ejecutarse, si no fuera por la simbiosis recíprocamente necesaria entre los servidores judiciales, esencial para los efectos de su consumación y en el que el ejercicio de sus funciones, a la postre, jugó preponderante papel [...]

Huelga anotar que el cierre de algunos despachos judiciales laborales (primero a tercero) dio lugar a un «reparto dirigido» hacia el único juzgado que dejaron con la posibilidad para ello (el cuarto), maniobra delictiva que se extendió a la jornada de trabajo, escenario que despeja cualquier duda del ejercicio efectivo de sus funciones, si es que por aquella causa pretendiera esgrimirse argumento en contrario».

[Inicio](#)

- 22. TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona con avanzada edad
/ **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona con problemas de memoria / **INDICIO** - De oportunidad
/ **INDICIO** - De huida / **INDICIO** - De las manifestaciones posteriores al delito
/ **INDICIO** - De falsa justificación
/ **INDICIO** - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos
/ **HURTO** - Agravado: por la confianza, demostración, siempre debe probarse ya que no es posible presumirla en ningún caso

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de L.M.P.Q y J.M.O. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira, mediante la cual, por primera vez, en segunda instancia,

el Tribunal condenó a la acusada por el delito de hurto calificado y agravado. Así mismo, declaró la prescripción de la acción penal a favor del otro procesado, por la conducta de receptación, pero ordenó el comiso de un inmueble de su propiedad.

En esta oportunidad, la Sala casó parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, y redosificó la pena impuesta a L.M.P.Q., al considerar que ella no entró en contacto material con el dinero hurtado debido a la confianza depositada por el dueño, sino que, por el contrario, el bien era custodiado cuidadosamente.

También halló inconsistencias en relación con el monto de la pena impuesta, pues el delito mismo y la cuantía de lo apropiado, fueron empleados por el Tribunal tanto para establecer los extremos punitivos como para individualizar el tiempo de privación de

libertad, con lo cual infringió el non bis in idem.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de la procesada en la comisión del delito de hurto, la Corte verificó que los indicios de oportunidad, huida y justificación insuficiente fueron idóneos para demostrarla.

Finalmente, la Sala de Casación Penal reiteró que, a pesar de la decisión de prescripción de la acción penal, cuando se constata la existencia de registros obtenidos de manera fraudulenta, el juzgador debe adoptar las medidas necesarias, a fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de las víctimas, razón por la que mantuvo la determinación de comiso, adoptada en relación con el apartamento de propiedad de J.M.O.

SP2202-2022(51547) de 29/06/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. L.M.P.Q. laboró como empleada del servicio doméstico, de agosto de 2005 a agosto de 2006, en el hogar de D.S.G.V. y A.R.G. Mediante escritura pública del 15 de junio de 2006, A.R.G. vendió una finca, en \$380 000 000, los cuales le fueron pagados, una parte de dólares estadounidenses y la otra en pesos colombianos. El precio le fue sufragado en varias cuotas, entre abril y mayo de 2006, entregadas siempre en su domicilio.

2. La esposa del vendedor depositó cada uno de los abonos en una caja fuerte, bajo llave, que tenían en la residencia. Dado que tenía conocimiento del lugar en el cual reposaba el efectivo y de que sabía extraviado un llavero de con todas las llaves de la casa, L.M.P.Q. logró hacerse a la llave de un baúl en el cual, a su vez, se conservaba una copia de la llave de la caja fuerte. De este modo, gracias a que la mayoría de su jornada laboral permanecía sola en la casa, abrió la caja y sustrajo \$120 000 000 del dinero que allí se encontraba. Los empleadores notaron el faltante en julio de 2006, pero no lo comentaron con la trabajadora. Sin embargo, esta, intempestivamente y sin ofrecer ninguna explicación, abandonó su trabajo el 4 de agosto siguiente.

3. Por su parte, el 2 de agosto de 2006, J.M.O., compañero permanente de L.M.P.Q, compró un apartamento en \$55 000 000, suma que pagó en efectivo.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TESTIMONIO - Apreciación probatoria / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona con avanzada edad / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: inconsistencias e imprecisiones / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona con problemas de memoria / **INDICIO** - Apreciación probatoria / **INDICIO** - De oportunidad / **INDICIO** - De huida / **INDICIO** - De las manifestaciones posteriores al delito/ **INDICIO** - De falsa justificación / **INDICIO** - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos / **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** - Se configura

«56. La Sala estima que, en efecto, los medios de convicción practicados acreditan de forma suficientemente la sustracción de dinero de las víctimas. Es verdad que CBDO, la compradora, hizo mención a tres cifras distintas en el juicio oral, como precio de compra de la finca: en el interrogatorio directo en dos ocasiones dijo a la Fiscalía que el precio había sido de \$380.000.000. Luego, al leer la entrevista con base en la cual el defensor buscó impugnar su credibilidad, refirió que allí se había consignado el valor de \$200.000.000. Y, luego, al intentar corregir el valor señalado en este último medio de convicción, precisó que había sido de \$280.000.000. Sin embargo, tales discordancias obedecen a sus dificultades de recordación y no pueden ser valoradas en el sentido de que el precio no fue el señalado por DDSG.

57. El Juzgado tomó en cuenta el contenido de las declaraciones de la adquirente, pero no valoró sus condiciones personales como testigo. Nótese, por un lado, que al momento de la declaración la compradora tenía 82 años de edad y, por el otro, la sesión del juicio oral en la cual declaró tuvo lugar el 28 de mayo de 2013, es decir, casi 7 años después de adquirido el inmueble. De igual manera, en el contrainterrogatorio, cuando el defensor le mostró la rúbrica plasmada en el formato de entrevista rendida por ella, en la cual dijo que el precio del bien había sido de \$200.000.000, afirmó sin dubitación: “esa sí es la firma mía”.

Pese a esto, dijo no recordar haber brindado la entrevista y negó también rememorar, frente a las preguntas del defensor, “dónde firmó”, “a quién le firmó”, ni haber asistido a alguna oficina distinta a la del recinto de la audiencia.

58. Además de lo anterior, la testigo respondió de forma afirmativa a la pregunta del abogado, sobre si había “tenido problemas de memoria, últimamente”. De hecho, por solicitud del defensor, leyó toda la entrevista en mención y, sin embargo, puso de presente una vez más no rememorar haber efectuado ese relato ante un investigador. Adicionalmente, ante la reiteración del abogado, insistió: “esa firma si es la mía”, pero recalcó no recordar haber firmado el documento ni ofrecido la entrevista.

59. Apreciado el testimonio en sus particularidades, se observa que la declaración de la testigo, pese a ser imprecisa, no está asociada a un ánimo de querer faltar a la verdad. Sin duda alguna reconoce que la mencionada entrevista tiene su firma, pero al mismo tiempo, con seguridad y notable espontaneidad, confiesa no recordar haberla proporcionado. De igual manera, la declarante desprevenidamente leyó el documento en el que dicha entrevista se recogió y, mientras lo hacía, comentaba en voz baja y con lenguaje propio ciertos apartes del texto, mediante los cuales reafirmaba para sí la información que se encontraba verbalizando.

60. De este modo, las diferentes cifras sobre el precio de la finca que terminó proporcionando la testigo son el resultado de su esfuerzo por tratar de precisar un dato que, evidentemente, le costó recordar, debido al transcurso del tiempo y a sus posibles dificultades para rememorar, a causa de la edad. No solo habían pasado casi 7 años luego de los hechos sino que la propia entrevista fue rendida, también, aproximadamente 4 años después de su ocurrencia. Ello explica, entonces, las diferencias entre los valores a los cuales hizo referencia.

61. No obstante, el valor inicial de \$380.000.000 que la testigo mencionó en dos ocasiones, al comienzo de su declaración, coincide con la narración de la víctima al respecto. DG reiteró que ese fue el precio real de venta del inmueble y detalló, con apoyo en un cuaderno personal de notas, cómo habían sido los pagos [...]

[...]

63. La sumatoria de la totalidad de los abonos descritos da como resultado, en efecto, los \$380.000.000 que, según afirma la testigo, fue el precio real de venta de la finca. Debe subrayarse que no se practicaron pruebas que muestren que los pagos hayan sido en una modalidad distinta o por un valor diferente a la forma en que, aseguró la declarante, se realizaron. Tampoco se observa razón alguna por la cual, DG haya pretendido declarar que fue concretamente esa cifra y no otra, la que pagaron realmente los compradores del predio.

64. Clarificado lo anterior, debe examinarse si se encuentra demostrada la sustracción del dinero. [...]

67. A juicio de la Sala, la ocurrencia de la conducta punible se encuentra demostrada. Conforme se evidenció, DG declaró con claridad, detalle y consistencia no solo las circunstancias en las cuales se celebró el negocio del predio rural, la cifra pagada y los contados mediante los cuales se sufragó. También narró con precisión y, mediante un relato secuencialmente coherente, la manera en la que recibió los abonos, cómo organizó el dinero y la razón por la cual sabía cuánto había en cada fajo que depositó en la caja fuerte. En lo que pudo percibir, la compradora también coincide con la víctima en que una vez se contaba el dinero, la ofendida lo depositaba en la caja fuerte.

68. DG también reconoció no recordar la fecha exacta en la cual abrió de nuevo la caja fuerte, pero sí tener presente el mes y la razón que la motivó a abrirla en julio de 2006. Además, expresó un dato inmediato y de común percepción en estos casos, relacionado con el hecho de haber notado, al abrir la caja fuerte, que el volumen de los fajos de billetes había disminuido, lo cual la llevó a considerar que algo raro había ocurrido. Además, con precisión indica las cantidades que detectaron como faltantes con su esposo.

69. El testimonio de DG se aprecia sincero, pues da cuenta del cuidado y la atención con las cuales la generalidad de las personas proceden cuando hacen negocios cuantiosos. Ello, en especial en relación con el lugar en el cual ponen el dinero, cómo lo custodian y el modo de recordar cuánto tienen bajo su control. De esta forma, la Sala considera que se encuentra demostrado más allá de toda duda razonable el desapoderamiento del dinero de la que fueron víctimas DG Y AR».

INDICIO - Apreciación probatoria / **INDICIO** - De oportunidad / **INDICIO** - De huida / **INDICIO** - De las manifestaciones posteriores al delito / **INDICIO** - De falsa justificación / **INDICIO** - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos / **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** - Se configura

«70. El defensor sostiene que su representada no estuvo en posibilidad de perpetrar el hurto, pues no permanecía sola en la residencia. Señala que al apartamento ingresaban parientes, sobrinos y amigos de la denunciante, durante el tiempo que la acusada trabajó allí. La Sala observa que no es esto lo que los medios de convicción demuestran.

[...] es inverosímil que durante las horas laborables del día, de lunes a viernes, como lo asevera la acusada, sus empleadores se encontraran en el apartamento. Así como los demás testigos mencionados, ella dijo saber que AR trabajaba en el Comité Departamental de Cafeteros. En su declaración adujo, no obstante, que la empleadora le había comentado en alguna oportunidad que aquél tenía problemas de respiración y por esa razón permanecía en la residencia. Esta referencia, sin embargo, no es sostenible.

79. Aunque la propia DG advirtió, en la época del juicio oral (2013), que su esposo era oxígeno dependiente, explicó que el año de los hechos (2006) apenas había empezado a desarrollar un enfisema, pero no adujo que ello le impidiera asistir a trabajar. De hecho, subrayó que mantenía muy ocupado en las funciones del Comité Departamental de Cafeteros y que, como ella también trabaja todo el día, por eso requerían el apoyo de LM. Además, según se mostró, el guarda de seguridad del edificio aseveró que, para el citado año, AR tenía la rutina de salir de lunes a viernes, sobre las 7 de la mañana o antes, y tomar un taxi. El vigilante aseguró, además, que tenía entendido que DG trabajaba en la “seccional de salud”.

80. De otra parte, si bien es cierto DG probablemente recibía parientes y amigos en su apartamento, en principio, se entiende que ello no era permanente, como en cambio lo da a entender la acusada y lo afirma el defensor en el recurso. Esto, pues es razonable considerar que tales visitas tenían lugar solo cuando los ofendidos se encontraban en casa y podían recibirlas. Además, no se observa con claridad y LMPQ tampoco explica qué motivo tendrían las sobrinas universitarias

de DG para frecuentar el apartamento con la asiduidad que lo plantea, máxime si se tiene en cuenta que su ingreso solo era posible previa autorización de su tía o de AR, quienes, como ya se indicó, no permanecían durante el día, de lunes a viernes.

81. Para la Corte, además, es claro que la procesada, por razón de sus labores, no solo sabía de la existencia de la caja fuerte sino de que allí estaba depositada una importante suma de dinero. Está demostrado que, una vez contaba el dinero y lo organizaba, en presencia de la compradora de la finca, DG lo depositaba en la caja fuerte. La ofendida admitió que no sabía si LMPQ se daba cuenta de este último hecho. No obstante, a juicio de la Sala, se trata de algo que era fácilmente perceptible por parte de aquella.

82. Obsérvese que la acusada atendía con bebidas a la compradora y su acompañante. Así mismo, que en virtud de lo anterior, era la única persona que, a parte de su empleadora y quienes le llevaban el dinero, ingresaba al estudio del apartamento, mientras se contabilizaba y se entregaba el dinero correspondiente a los abonos. Así, la empleada podía percibir que DG estaba recibiendo periódicamente importantes sumas en efectivo. Además, si en gracia de discusión se admitiera que la empleada no observaba cuando la empleadora ponía las sumas en la caja fuerte, en todo caso, podía suponer fácilmente que ese dinero era depositado en dicho dispositivo, pues era el lugar que, por obvias razones, podía albergar altas sumas de dinero.

83. De esta manera, queda fuera de duda que LMPQ se halló en las condiciones propicias, oportunas y favorables para la apropiación del dinero. No solo tenía conocimiento de que en la caja fuerte del apartamento en el cual trabajaba se guardaban importantes cantidades. Además, permanecía sola en la vivienda gran parte del día, lo cual indica que se hallaba en unas circunstancias que le facilitaron, principalmente el tiempo necesario para encontrar el mecanismo idóneo a fin de perpetrar la sustracción del numerario.

[...]

84. DG afirmó que una vez se dio cuenta, en julio de 2006, del faltante del dinero que tenía en la caja fuerte, no se lo comunicó a LMPQ. Puso de presente que quiso observar, junto con su cónyuge, cómo actuaba. La empleada, por lo tanto, siguió laborando con normalidad en el hogar. La ofendida señaló, así mismo,

que durante este tiempo la siguió al salir del edificio, pero le era difícil, porque tomaba caminos diferentes y se transportaba en taxi. Pues bien, pese a que siguió trabajando, la procesada intempestivamente y sin previo aviso abandonó el empleo desde el 4 de agosto de 2006.

85. En su testimonio, LMPQ argumentó que la razón por la cual no volvió a trabajar consistió en su inconformidad con el hecho de que su empleadora no le concedía permisos para visitar a su madre, quien se encontraba enferma en Armenia. Así mismo, indicó que el día en el que su progenitora falleció, DG le ordenó que, antes de salir, debía terminar las labores pendientes. Las anteriores circunstancias, afirmó, la “aburrieron” y por ello no volvió a trabajar.

86. Para la Corte, la justificación aducida por LMPQ es inconsistente. En abstracto, es razonable considerar que una persona se encuentre inconforme con su empleador(a) cuando, ante situaciones familiares que demanden su atención, no le concede la oportunidad mínima de atenderlas. Así mismo, que esa inconformidad pueda llevarla en ciertos casos a dejar un empleo, ponderados los beneficios que representa tenerlo y las restricciones que, en condiciones excepcionales, puede comportar mantenerlo. No obstante, en el caso concreto, no es posible admitir que una situación como la mencionada por la acusada la haya inducido a dejar sus labores.

87. LMPQ solamente se refirió a una oportunidad en la cual la empleadora no le permitió salir antes de que terminara su jornada de trabajo, para visitar a su progenitora, en Armenia. Por lo tanto, al parecer no se trató de una situación reiterada. El otro evento tuvo que ver con el fallecimiento de su madre. Sin embargo, si el malestar de LMPQ tenía que ver con las dificultades que tuvo para obtener permisos, a fin de visitar a su ascendiente mientras estuvo enferma, acaecido el suceso fatal de su muerte, no habrían podido surgir otras ocasiones de esta índole que profundizaran su inconformidad.

88. Además, que la causa del abandono del empleo tampoco pudo ser la incomodidad que sintió al no poder suspender su labor el día de la muerte de su madre y dirigirse hacia donde había fallecido se refuerza por el lapso transcurrido entre los dos hechos. Así, la muerte de la madre de la acusada sucedió el 11 de julio de 2006, mientras que el

abandono del empleo se produjo el 4 de agosto de 2006. Comparte la Sala, en este sentido, el razonamiento del Tribunal y de la Procuradora Delegada, en el sentido de que si la decisión de la empleadora, de no permitirle partir de inmediato, le provocó a LMPQ indignación, ira o algún sentimiento semejante, a causa de la situación de dolor que atravesaba, lo esperado es que la decisión de dejar el empleo hubiera sido inmediata.

89. Desde otro punto de vista, no puede considerarse que las motivaciones que puso de presente la procesada para dejar el trabajo hayan adquirido mayor peso frente a lo que le representaba conservarlo. En el juicio, la acusada manifestó que le llamó la atención trabajar con DG y AR, por la posibilidad de devengar un poco más, en comparación con el salario que recibía en el restaurante en el cual laboraba con anterioridad. Además, reveló que sus empleadores le habían manifestado que se encontraban satisfechos con su trabajo.

90. En el mismo sentido, la procesada no afirmó que, por ejemplo, hubiera encontrado otro empleo mejor o que hubiera optado por dedicarse de tiempo completo a su oficio de manicurista que, según refirió, era otro de sus quehaceres los fines de semana. No adujo, desde otra perspectiva, una mejora imprevista y relevante en sus condiciones económicas que le hayan permitido optar por permanecer cesante por un tiempo. Tampoco expresó ninguna otra circunstancia que hubiera obrado como motivación, en particular, para dejar de forma imprevista el trabajo doméstico que desempeñaba.

91. Además, en el juicio oral, DG, DG (hermano de la ofendida) y US (amigo de la familia y ex trabajador del DAS) relataron que cuando LMPQ ya había abandonado el trabajo y estaban tratando de seguir sus pasos, concurrieron al teatro Santiago Londoño de Pereira a donde, sabian, iba tener lugar una presentación cultural de una hija de aquella. Esto pudieron conocerlo gracias a que coincidencialmente la descendiente estudiaba en el mismo Colegio de un hijo de S. Indican que allí pudieron ver a la acusada, junto con su compañero permanente, observando la presentación y filmando la muestra. Relataron que al final del evento, ella se percató de la presencia de DG, por lo cual, trató de ocultarse detrás de su compañero y, luego, ambos salieron recostados hacia una pared, buscando no ser observados.

92. En este orden de ideas, el abandono del empleo y el hecho de que esta circunstancia haya sido intempestiva, sin otra causa que lo pueda explicar razonablemente, conduce a considerar que la motivación de LMPQ radicó en el haber ejecutado previamente el desapoderamiento del dinero de DG y AR. Esta inferencia se ve fortalecida por la actitud huidiza que luego adoptó, al percibir que estaba siendo observada por su antigua empleadora y sus acompañantes, en el teatro Santiago Londoño.

93. El defensor sostiene que si la procesada hubiera cometido el hurto no se habría acercado a la recepción del edificio, semanas después de que abandonó el trabajo, a recoger el pago de sus prestaciones sociales. Aduce, en el mismo sentido, que siempre ha estado atenta a todas las diligencias del proceso. A juicio de la Corte, su comparecencia a la actuación no constituye un hecho que permita descartar su responsabilidad en los hechos, pues nada tiene que ver con el indicio que se viene comentando. Por otro lado, tampoco coincide la Sala con la primera suposición del recurrente.

94. DG precisó que la procesada nunca regresó ni se comunicó a reclamar el pago de sus prestaciones. Relató que, sin embargo, una vez presentada la denuncia, cuando la Fiscalía inició las investigaciones, un funcionario del CTI fue a buscar a LMPQ con el fin de obtener información de ella y le hizo saber que la empleadora le estaba buscando para pagarle la liquidación. Ese investigador, indicó la denunciante, le confirmó luego que la procesada iría por el pago de sus prestaciones al edificio.

95. Aunque no es claro el mensaje concreto que el investigador le transmitió a la procesada, dada su investidura y que su propósito era saber más información de ella, lo comunicado tuvo que haberle generado la suficiente confianza para que la empleada concurriera de nuevo al condominio. Además, según el testimonio del guarda de seguridad de la copropiedad, ella solo pasó por la recepción de 25 a 30 días después de que la empleadora le había dejado el dinero y la constancia de liquidación de sus prestaciones sociales.

96. El defensor agrega que no necesariamente el hecho de no regresar a laborar se debe a que la situación económica de la acusada haya cambiado. Este planteamiento es acertado. Sin embargo, para la Sala, el hecho

de abandonar el puesto de trabajo se constituye en un hecho indicador de la responsabilidad de la acusada, no especialmente porque ella haya sentido que su nueva situación económica ya no le demandara trabajar. Lo es particularmente porque podía ser descubierta y confrontada por sus empleadores. No volver a trabajar, por lo tanto, era la forma de huir a su responsabilidad, de no afrontar las consecuencias de su conducta.

[...]

97. El Tribunal sostuvo que LMPQ era de escasos recursos económicos y vivía en un sector humilde de Pereira. Subrayó que, sin embargo, luego del hurto, dio muestras de opulencia. Expresó que esa nueva situación se reflejaba en sus prendas de vestir y en el hecho de que, con su esposo e hija, se trasladaron del barrio que habitaban y arrendaron un apartamento, ubicado en una zona de mejor estratificación social.

Estas circunstancias constituirían, entonces, manifestaciones posteriores al delito.

98. A juicio de la Sala, los anteriores elementos pueden resultar equívocos. De un lado, porque no se probó con suficiencia la diferencia de estrato socioeconómico, de los cánones de arrendamiento que se pagaban y, por ejemplo, del costo de los servicios que se sufragaban en la vivienda que los procesados habitaban, en comparación con aquella a donde se fueron a vivir. La información a este respecto se basó, en gran parte, en la impresión de los testigos sobre la apariencia externa de las edificaciones y los sectores en donde están ubicados los inmuebles. De otro lado, que la empleada comenzó a mostrar su incremento patrimonial en la ropa que vestía no deja de ser una especulación, sin una base cierta.

99. Aquello que, en cambio, sí constituye para la Sala un hecho indicador del ilícito aumento patrimonial de LMPQ es que su compañero permanente, JMO, el 2 de agosto de 2006, es decir, 2 días antes de que ella abandonara su empleo, compró un apartamento por el cual pagó \$55.000.000 en efectivo. La escritura pública da cuenta de que el valor del contrato fue de \$30.000.000. Sin embargo, tanto LCM, la vendedora, como JMO, coinciden en que el precio real de venta fue el indicado y que se pagó en efectivo.

100. Esta circunstancia constituye un hecho indicador del delito, pues la justificación que el adquirente proporcionó resulta por

completo insuficiente, para demostrar el origen lícito del dinero. La versión del procesado en su declaración del juicio oral, que reitera el defensor en la demanda, es que la fuente de las sumas utilizadas para pagar el inmueble estuvo constituida por ahorros derivados de rentas de trabajo, realizados desde diez años antes de la compra. La defensa sostuvo que su representado es profesor de música y pensionado del Quindío, contratista de este departamento y de Risaralda, así como de algunas ciudades del Cauca. Además, que tiene trayectoria profesional en el campo de la música y se desempeñó como profesor de la cátedra en universidades y colegios.

101. En efecto, quedó demostrado que JMO ha tenido un amplio recorrido, como profesor de música e instructor de bandas musicales, así como en la promoción cultural de ese arte en el eje cafetero. Lo anterior, tanto en instituciones de la administración pública, como en centros educativos oficiales y de carácter privado. Se acreditó, de igual forma, su experiencia como comentarista cultural, coordinador de talleres y en el ejercicio de tareas de carácter musical.

102. Sin embargo, con algunas excepciones, las pruebas aportadas para demostrar lo anterior no acreditan ingresos del procesado con la capacidad para demostrar que el precio del apartamento fue pagado mediante ahorros [...]

106. Más allá de lo anterior, a juicio de la Sala, aun si se admitiera que el citado documento evidencia en alguna medida las entradas económicas de JMO en diez años, ni este ni los que acreditan efectivamente ingresos adicionales a los de su pensión permiten justificar que en el 2006, hubiera ahorrado \$50.000.000. La mesada que el procesado recibía antes de 2006 era, en promedio, de 1,5 a 2 salario mínimos legales mensuales vigentes. Se demostraron ingresos de otras sumas, pero realmente resultan muy esporádicos y ocasionales en el curso de diez años. Esto impide que el incremento de ingresos promedio mensuales de JMO fuera significativamente superior a lo que recibía por cuenta de su mesada. Además, no se demostraron entradas adicionales a la mesada en los años 1999, 2000, 2004, 2005 y 2006.

107. De acuerdo con lo demostrado, para la Sala es insostenible que los ingresos probados de JMO le permitieran, además de solventar el mantenimiento personal y el de

su familia, ahorrar en el curso de 10 años, la mencionada cifra. En el contrainterrogatorio, el procesado, luego de evadir notoriamente la pregunta, admitió a la Fiscalía que, antes de la relación con LMPQ, con quien tuvo una hija, estuvo casado con MLB y reconoció que con ella había procreado cinco hijos.

[...]

De este modo, además de sus gastos personales, JMO velaba por el sostenimiento de los cinco descendientes que procreó con la esposa y de la hija que tuvo con LMPQ, quien, para la época de los hechos, estaba cursando estudios secundarios.

109. Conforme a lo anterior, la Sala estima que, contrario a lo que afirma el defensor, es improbable que JMO, con los ingresos de poco más de 2 salarios mínimos legales mensuales, hubiera podido ahorrar \$50.000.000, de 1996 a 2006. Además, en el juicio afirmó de manera dubitativa que lo ahorros los iba depositando en una caja de herramientas, hipótesis poco verosímil, por no ser de común ocurrencia que ese sea el lugar elegido por una persona que desea guardar los ahorros de un amplio periodo de trabajo.

[...]

110. Conforme a lo indicado en las consideraciones anteriores, los indicios de oportunidad, huida y justificación insuficiente cobran una capacidad demostrativa indudable, respecto de la responsabilidad de la procesada.

111. Según el primero, LMPQ permanecía sola la mayoría del tiempo de su jornada laboral en la casa de DG y AR. Así mismo, pudo percibir que su empleadora depositaba importantes cantidades de dinero en su caja fuerte, debido a que atendía a quien le llevaba dichas sumas y se daba cuenta de su entrega. De este modo, se encontró en las circunstancias apropiadas para perpetrar el hurto.

112. De acuerdo con el segundo, la trabajadora abandonó intempestivamente el lugar de trabajo sin otra causa distinta al propósito de evadir su responsabilidad en el desapoderamiento del dinero. Y, de acuerdo con el tercero, el compañero permanente de LMPQ compró y pago en efectivo, pocas semanas después de que se perpetró la conducta punible, un apartamento en \$55.000.000, sin que haya podido justificar mínimamente el origen lícito del dinero.

113. Frente a la conclusión de la responsabilidad penal, en la demanda de casación, el defensor plantea, de un lado, que no se había probado que la acusada: (i) hubiera encontrado el llavero perdido, en el cual se encontraba la llave del baúl que, a su vez, contenía una copia de la llave de la caja fuerte; (ii) tuvo en su poder llaves del apartamento o de la caja fuerte; (iii) y sabía que en el baúl reposaba una llave de la caja fuerte. De otro lado, indica que su representada no podía trasladar paquete alguno fuera del apartamento y, en caso de hacerlo, debía ser con autorización de la empleadora y era revisada en la recepción del condominio. La respuesta a estos argumentos surge de la señalada convergencia de los indicios analizados.

[...]

116. Pues bien, nótese que cuando la víctima abrió la caja fuerte y se dio cuenta del faltante de dinero no evidenció que la cerradura hubiera sido forzada o violentada. Se infiere, por lo tanto, que la procesada logró hacerse al llavero perdido, el cual le permitía llegar a la copia de la llave de la caja fuerte. La indudable solidez de los indicios explicados con anterioridad y su convergencia conducen a concluir que fue esta la manera que tuvo la acusada, luego de hallarse sola la mayoría del tiempo en casa de las víctimas, para abrir la caja fuerte y sustraer el dinero.

[...] contrario a lo que insinúa el apoderado de los procesados, no solo al interior de bolsas, paquetes o carteras LMPQ tenía la oportunidad de retirar el dinero de la residencia de las víctimas. Precisamente, la forma más conveniente de hacerlo era de un modo que asegurara que los vigilantes, en sus revisiones de rutina, no tuvieran la posibilidad de hallarlo.

[...]

119. En este orden de ideas, analizados los argumentos de la impugnación y apreciadas, de forma amplia, la integridad de las pruebas practicadas en el juicio oral, la Corte concluye que los indicios estudiados muestran, más allá de toda duda razonable, que LMPQ es responsable de la lesión al bien jurídico del patrimonio económico de las víctimas. No solo quedó debidamente acreditada la ocurrencia del desapoderamiento sino, así mismo, que aquella fue quien se apropió de \$120.000.000 que, como parte del precio de la finca vendida de su esposo, la denunciante había depositado en la caja fuerte de su apartamento. En consecuencia, la Sala

mantendrá la decisión de condena en su contra, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira».

HURTO - Agravado: por la confianza, presupuestos / **HURTO** - Agravado: por la confianza, demostración, siempre debe probarse ya que no es posible presumirla en ningún caso / **NON BIS IN IDEM** - Se vulnera / **DOBLE CONFORMIDAD** - Redosificación punitiva, por supresión de una circunstancia de agravación / **DOBLE CONFORMIDAD** - Redosificación punitiva: por vulneración del principio de non bis in idem

«120. Pese a que la Corte ratificará la declaratoria de responsabilidad penal contra LMPQ, con la finalidad de garantizar el derecho a un recurso judicial suficiente y una revisión amplia del proceso ante la primera sentencia de condena, analizará lo relacionado con la agravante relativa a la confianza puesta por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente, imputada a la acusada.

121. La Fiscalía formuló acusación en su contra por el delito de hurto calificado (Art. 240.4 del Código Penal), agravado por la confianza (Art. 241.2 ídem) y por haber recaído en un bien de un valor superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el momento de los hechos (Art. 267.1 ídem).

122. La Corte observa, sin embargo, que la agravante relacionada con la confianza, no fue debidamente probada. Ni en la formulación de la imputación ni en el escrito de acusación la Fiscalía precisó los hechos en los cuales se fundó la imputación de esa circunstancia. Puede inferirse, sin embargo, que estaba vinculada a que la relación de las víctimas hacia LMPQ se hallaba precedida por ese elemento, debido a su trabajo en el servicio del hogar. Pese a lo anterior, no es ello lo que exige la disposición en la cual se funda la agravante.

123. La regla correspondiente prevé que el hurto se agrava “[a]provechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente”. Según lo ha precisado la Sala: “para que se configure la referida circunstancia agravante, se requiere que se cumplan las siguientes condiciones, (i) que exista una relación personal de confianza entre el propietario, poseedor o tenedor de la cosa mueble y el sujeto agente, (ii) que el autor de la conducta entre en contacto material con la cosa o cuente con

disponibilidad jurídica sobre ella, en virtud de esa relación de confianza y; (iii) que aprovechando esa relación de confianza la persona se apodere de la cosa” (subrayas fuera de texto) (SP14549-2016, rad. 46032).

124. De acuerdo con lo anterior, no es suficiente para que opere la agravante analizada que el dueño del objeto, poseedor o tenedor del objeto del hurto haya depositado confianza, en general, en el agente. Se precisa que, a causa de esa confianza, el procesado haya entrado en contacto con el bien. En otros términos, que ese sentimiento haya animado al dueño o tenedor a dejar a disposición material o jurídica del sujeto activo el bien del que este, a la poste, se apoderó.

125. En el presente caso, es verdad que existía una relación de confianza entre los ofendidos y LMPQ, dado que esta se desempeñaba como empleada del servicio doméstico en su apartamento. Sin embargo, es evidente que ella no entró en contacto material con el dinero hurtado en razón de dicha confianza. Por el contrario, según las pruebas, el numerario sustraído se hallaba custodiado en una caja fuerte bajo llave. Según el testimonio de DG, una de las llaves estaba en poder de su esposo, quien siempre la llevaba consigo. La otra copia de la llave se encontraba en un baúl que, a su vez, se abría también mediante una llave, la cual tenía la empleadora en su llavero personal.

126. Precisamente, en las secciones anteriores de esta sentencia se concluyó, dada la convergencia entre los indicios analizados, que extraviado el referido llavero, LMPQ logró hacerse a él y, por esa vía, pudo tener a su alcance la llave de la caja fuerte que reposaba en el baúl de DG. De esta manera, no fue en virtud de la relación de confianza de sus empleadores que la procesada estuvo en posibilidad de estar en relación física, ni con el dinero ni con la llave de la caja fuerte en la cual aquél había sido depositado. De hecho, la forma de guardar el producto de la venta de la finca muestra que el dinero era custodiado de un modo celoso y cuidadoso.

127. Así, no solo no está probada la agravante relativa a que la procesada entró en contacto con el dinero hurtado en virtud de la confianza conferida por sus empleadores, sino que quedó acreditado que el bien hurtado se encontraba bajo estricta seguridad. En este orden de ideas, no procede la aplicación de la circunstancia de

agravación punitiva en mención, en la condena contra LMPQ por el delito de hurto calificado. Dado que Tribunal condenó con base en ella, habrá de procederse a la redosificación punitiva correspondiente.

128. En la providencia cuestionada, con las dos agravantes imputadas, el Tribunal fijó la pena dentro del primer cuarto de movilidad, establecido entre 74.77 y 137 meses de prisión. Ubicado entre estos dos extremos, precisó que no partiría del mínimo, sino que condenaría por el 35% de ese cuarto, adicional al extremo inferior. Ello, en consideración al “mayor juicio de reproche, la mayor alarma social que generó el proceder de la procesada y el daño patrimonial irrogado a las víctimas, ya que la procesada se apropió de una gruesa suma de dinero y pretendió tender una cortina de humo para así poder salirse con la suya, a lo que se le debe aunar que con la proterva intención de asegurar el producto del ilícito, con la connivencia de su cónyuge, JMO, se valió de los dinero hurtados para comprar un inmueble”.

129. Conforme a lo anterior, el juez de segundo grado condenó a LMPQ a 96,93 meses de prisión, equivalentes a 8 años, 9 meses y 9 días de prisión. Pues bien, dado que, por las consideraciones expuestas, no es procedente la aplicación de la agravante relativa a la confianza, sino solamente la relacionada con la cuantía del bien hurtado (mayor a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes) los extremos punitivos habrán de ser modificados. Por otra parte, en relación el monto de la pena a imponer, la Sala estima problemática la fundamentación que adujo el Tribunal para individualizar la sanción, no en el mínimo, sino en el 35% adicional, del cuarto de movilidad elegido.

130. Al respecto, de un lado, el juez de segunda instancia se refirió al juicio de reproche y la mayor alarma social, derivados del daño patrimonial irrogado a las víctimas, como efecto de la apropiación de una “gruesa suma de dinero”. Esto implica que el delito mismo y la cuantía de lo apropiado (más de 100 salarios mínimos legales mensuales) fueron empleados por el Tribunal tanto para establecer los extremos punitivos como para individualizar el tiempo de privación de libertad. De esta forma, valoró dos veces las mismas circunstancias con fines sancionatorios, con lo cual infringió el non bis in idem.

131. De otro lado, el Tribunal también señaló que la procesada quiso “tender una cortina de humo para así poder salirse con la suya” y que “con la connivencia de su cónyuge, JMO, se valió de los dineros hurtados para comprar un inmueble”. Estos constituyeron hechos indicadores, a partir de los cuales se edificó la inferencia de responsabilidad penal contra LMPQ. No obstante, no es evidente y el Tribunal tampoco explica de qué manera se relacionan con los aspectos que, conforme al inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, deben ponderarse al momento de individualizar la sanción: “la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

132. En este orden de ideas, resulta ostensible que el juez de segundo grado no planteó, con sujeción a los aspectos mencionados con anterioridad, una justificación atendible y razonable para tasar la pena en una cantidad superior a la mínima legal. Tampoco es dable a la Sala introducir ahora uno u otro criterio con esa finalidad, pues de hacerlo, la procesada no habría tenido la oportunidad de manifestarse al respecto. Por estas razones, la sanción de privación de libertad corresponderá al extremo inferior legalmente definido para la conducta punible.”

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
Garantía intemporal e independiente de la acción civil y penal / **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** - Corte Suprema de Justicia: no proceden recursos

«135. Según se indicó en los antecedentes, el Tribunal declaró la prescripción de la acción penal a favor de JMO, por el delito de receptación. Sin embargo, decretó el comiso del apartamento de su propiedad, al considerar que era producto de la conducta punible. Esto, aclaró, sin perjuicio de los eventuales derechos que las víctimas y demás

terceros de buena fe puedan tener sobre el inmueble, los cuales podrán ser ejercidos en el incidente de reparación integral. En el escrito de interposición del recurso a nombre del acusado, el defensor dice atacar únicamente esta determinación. Con todo, como también se precisó, ni en la demanda ni en la audiencia de sustentación el abogado proporcionó las razones de su inconformidad.

136. Aunque la falta de fundamentación sería suficiente para declarar desierto el recurso interpuesto a nombre de JMO, en todo caso, la Corte comparte la decisión adoptada al respecto por el Ad quem. En efecto, como lo puso de presente el Tribunal, es jurisprudencia reiterada de la Corte que, a pesar de la decisión de prescripción de la acción penal, cuando constata la existencia de registros obtenidos de manera fraudulenta, el juzgador debe adoptar las medidas necesarias, a fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de las víctimas.

137. La Sala ha señalado que, conforme a la sentencia C-060 de 2008, de la Corte Constitucional, en la que esa Corporación señaló que el restablecimiento del derecho es una garantía de orden intemporal que proviene en forma directa de la Carta, de la cual el juez no se puede sustraer, a pesar de disponerse la prescripción, como declaración objetiva de extinción de la acción penal legalmente contemplada en los artículos 38 de la Ley 600 de 2000 y 77 de la Ley 906 de 2004, la competencia para hacer este tipo de declaraciones se mantiene (ver CSJ SCP rads. 22881, 43716 y 43641).

138. En este orden de ideas, la Corte mantendrá la determinación de comiso, adoptada en relación con el apartamento de propiedad de JMO.

139. Se advierte que contra la presente sentencia no procede recurso alguno. Esto, en la medida en que el fallo se equipara a una decisión de la Corte de segunda instancia y, como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe el recurso de casación».

23. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA -

Cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA** - Cuando recae sobre mujer por razón del género, su aplicación está supeditada a la demostración de que la conducta es producto de la discriminación /

PRESCRIPCIÓN - Violencia intrafamiliar agravada / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** -

Improcedencia: cuando la condena sea por violencia intrafamiliar

Inadmitida la demanda de casación presentada por la defensa, la Corte Suprema de Justicia se pronunció oficiosamente sobre la legalidad de la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, que condenó a C.E.D.R. por el delito de violencia intrafamiliar agravada, en concurso homogéneo.

En consecuencia, la Sala casó parcialmente, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, para en su lugar, declarar que operó la prescripción de la acción penal en relación con el delito de violencia intrafamiliar cometido en contra de M.P.L.R., y redosificó la pena impuesta al procesado.

Lo anterior por cuanto, si bien, se encuentra acreditada la agresión verbal y física que el acusado le propinó a su entonces esposa, lo cierto es que ni en la acusación ni en la fase de juzgamiento, se demostró que hubiese procedido, en este específico evento, en el contexto de una posición de discriminación, dominación o subyugación, producto de un patrón de sometimiento hacia la víctima por ser mujer, elemento que, a juicio de la Sala mayoritaria, es necesario para la estructuración objetiva de la agravante que consagra el artículo 229, inc. 2, del C.P., y al suprimirse incidió en el acaecimiento del fenómeno prescriptivo de la acción penal, respecto de esa específica ilicitud.

SP3002-2022(56205) de 24/08/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

Salvamento de voto:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

Al finalizar la tarde del 23 de octubre de 2009, en una vivienda ubicada en un barrio del norte de la ciudad de Bogotá, C.E.D.R., en compañía de tres de sus hermanos, agredió física y verbalmente a su esposa, M.P.L.R., occasionándole lesiones que, según dictamen médico legal, ameritaron incapacidad definitiva de 7 días, sin secuelas. Ese suceso fue presenciado por el menor hijo de la pareja, C.A.D.L., quien presentó afectación psicológica por la conducta violenta de su progenitor.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA - Cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA** - Cuando recae sobre mujer por razón del género, su aplicación está supeditada a la demostración de que la conducta es producto de la discriminación

«La auscultación acerca de la adecuada estructuración de la causal que agrava punitivamente la comisión del delito de violencia intrafamiliar, por la condición de género de la víctima, en específico, por ser una mujer, conduce, necesariamente, a contemplar la postura mayoritaria y actualizada que la Sala ha adoptado sobre este específico tópico, así como la solución que ha de proferirse en asuntos que guardan similitud fáctica y jurídica.

Así las cosas, se ha establecido, de conformidad con el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, vigente para cuando ocurrieron los hechos (23 de octubre de 2009), es decir, sin la modificación que trajo consigo la Ley 1959 de 2019, que la violencia intrafamiliar sanciona:

El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, adolescente, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años, o que se encuentre en situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad.

El agravante punitivo del delito en mención, derivado de la condición de mujer de la víctima, ha de ser entendido, no como un componente meramente objetivo, sino en condición de elemento que, conforme al principio de culpabilidad en el ámbito penal, requiere de quien maltrata en el contexto intrafamiliar, lo haga en desarrollo de un acto de discriminación que la desvaloriza en su condición, colocándose en una absurda posición asimétrica de superioridad en orden a controlarla, vigilarla y reprenderla, contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres, todo lo cual debe encontrar suficiente acreditación probatoria, para que proceda el referido incremento de pena.

[...], se itera, la estructuración objetiva de la agravante que consagra el artículo 229, inc. 2, del C.P., por la condición de mujer de la víctima, pierde su eficacia incriminadora si el órgano de persecución penal no logra demostrar, con respaldo probatorio, que las circunstancias y demás aspectos que enmarcaron el comportamiento violento del sujeto activo acaecieron en un contexto de discriminación y de maltrato en razón del género.

Es, precisamente, lo que advierte la Sala en el presente asunto, en el que, si bien, se encuentra acreditada la agresión verbal y física que el acusado le propinó a su entonces esposa, MDPLR, lo que determinó que en su contra se emitiera condena por la comisión del delito de violencia intrafamiliar, lo cierto es que el marco de la acusación y, en particular, del acervo probatorio válidamente construido en la fase de juzgamiento, se muestra ausente la comprobación exigible de que DR hubiese procedido, en este específico evento, en el contexto de una posición de discriminación, dominación o subyugación, producto de un patrón de sometimiento hacia la víctima por ser mujer, motivo por el que deviene infundada la atribución de la causal de agravación que viene de desglosarse.

Se ha develado por los medios de convicción que le dieron soporte al fallo condenatorio, en particular, la prueba testimonial, que ocurrió

es un episodio de maltrato físico y verbal emprendido por el acusado y sus consanguíneos en contra de la víctima, por una situación que encontró su génesis en las desavenencias que inicialmente tuvo DR con SLMC, encargada de realizar los oficios domésticos en la vivienda, producto de lo cual, el primero elevó su advertencia de culminar el contrato laboral de la segunda.

Tal suceso lo refirieron tanto MC, como la víctima, quien dijo intervenir en defensa de la empleada, dadas las injurias de que se le hacía objeto, hecho por el que el implicado la insultó, solo que, cuando esta última pretendió pedir ayuda, en la entrada de la casa fue abordada por DR y sus hermanos, quienes la agredieron física y verbalmente.

Lo descrito, ante la inexistencia de argumentos o medios probatorios encaminados a determinar un escenario de discriminación o subyugación marital, impide verificar demostrada la agravación inserta en la acusación y consignada en los fallos».

PRESCRIPCIÓN - Violencia intrafamiliar agravada / CASACIÓN OFICIOSA - Prescripción de la acción penal

«Se impone, entonces, casar oficiosamente el fallo, de manera parcial, en el sentido de marginar la punibilidad derivada del inciso 2 del artículo 229 de la Ley 599 de 2000, en relación con la conducta concursal atribuida al implicado respecto de la víctima, MDLR.

Ahora bien, la verificación de la actuación enseña que la supresión de la aludida agravante punitiva incide de manera directa en el acaecimiento del fenómeno prescriptivo de la acción penal, respecto de esa específica ilicitud.

En efecto, el artículo 83 del Código Penal establece que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que en ningún caso sea inferior a cinco años.

En asuntos adelantados bajo el rito de la Ley 906 de 2004, el canon 292 de esa codificación señala que la prescripción de la acción se interrumpe con la formulación de imputación, momento a partir del cual comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, sin que pueda ser inferior a tres años.

Por consiguiente, si en el caso que concita la atención de la Sala se interrumpió la

prescripción el 8 de mayo de 2012, cuando se formuló imputación contra DR, a partir de ese día comenzaba el nuevo lapso para que operara el fenómeno extintivo de la acción penal, que era de cuatro (4) años, si se tiene en cuenta que la pena máxima para el delito de violencia intrafamiliar (Art. 229, inc. 1, del C.P.) es de ocho (8) años de prisión.

Es claro, que en este asunto se materializó el fenómeno prescriptivo de la acción penal el 8 de mayo de 2016, es decir, previo a la emisión de sentencia de primer grado, respecto de la comisión del punible de violencia intrafamiliar en el cual se referencia víctima a su entonces esposa.

Así las cosas, se impone casar de oficio la sentencia de segundo grado y precluir la actuación por esa específica ilicitud».

CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación de la pena: por prescripción de uno de los delitos / **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 objetivo: determinación / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo (Ley 1709) / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando la condena sea por violencia intrafamiliar

«La precedente realidad genera como consecuencia directa la redosificación de la pena a imponer al implicado, en tanto, se recuerda, el concurso delictual también consideró la afectación causada a su hijo, como conducta concursada pero independiente.

Por ello, necesario es señalar que el juzgador de primer nivel, en primer lugar, contempló los extremos punitivos derivados de lo consagrado en el artículo 229, inciso 2, del C.P., esto es, de 72 a 168 meses de prisión.

Seguidamente, tras determinar los cuartos punitivos de movilidad, el A quo se situó en el primer rango, oscilante entre 72 y 96 meses de prisión, imponiendo el extremo mínimo, esto es, 72 meses que, en virtud de lo consagrado en el artículo 31 del C.P., incrementó en 12 meses, para una pena definitiva de 84 meses de prisión.

Empero, ante el desvanecimiento del concurso delictual por el que fue convocado a

juicio y condenado DR, en virtud del fenómeno prescriptivo abordado en precedencia, se eliminará el lapso de doce (12) meses de prisión, que el juzgador de primer nivel incrementó por ese concepto.

Así las cosas, respetando los parámetros exhibidos por el juez singular para situarse en el extremo mínimo de la pena consagrada en el artículo 229, inc. 2º del C.P., canon normativo cuya aplicación subsiste en este asunto, pues, se recuerda, la agravante también se atribuyó por haber recaído la conducta delictiva en un menor de edad, se impondrá al procesado la pena de 72 meses de prisión, término al que se ajustará la sanción accesoria de interdicción derechos y funciones públicas también impuesta.

Debe precisar la Sala, que la reducción punitiva desglosada en precedencia no varía la negativa de concesión de los subrogados penales dispuesta por el juez de conocimiento, pues, en virtud de lo consagrado en el artículo 63 del C.P., vigente para cuando ocurrieron los hechos, no se cumple con el factor objetivo establecido para la suspensión de la ejecución de la pena, en razón a que la sanción restrictiva a la libertad impuesta -6 años- supera en el doble el límite consagrado para el efecto.

Y en lo que corresponde a la prisión domiciliaria, artículo 38 del C.P., modificado por la Ley 1142 de 2007, tampoco procede por el factor objetivo, pues, la norma consagra que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos, al paso que el delito de violencia intrafamiliar agravada prevé una sanción de 6 años de prisión.

Adicionalmente, no es aplicable por favorabilidad la Ley 1709 de 2014, pues, para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, esta no debe superar los 4 años. Y, en cuanto a la prisión domiciliaria, si bien amplió el límite punitivo a 8 años de prisión, modificó el artículo 68A del Código Penal, para consagrarse su expresa prohibición cuando se incurra en la comisión del delito de violencia intrafamiliar.

En esas condiciones, bien hizo el juez individual al disponer que se librara la correspondiente orden de captura en contra de DR, para que cumpla la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

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

