



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2022

Octubre a Diciembre 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. CASACION - Hecho nuevo: surgido de lo decidido en una providencia judicial, valoración	3
2. CASO ACCESO CARNAL VIOLENTO COMETIDO POR EL CÓNYUGE	7
3. CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación (ley 1828 de 2017)	14
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de casación penal: competencia, para resolver los recursos de apelación en contra de las decisiones de los jueces de ejecución de penas, en casos de aforados	17
5. DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES - Antecedentes de su tipificación	21
6. DOBLE INSTANCIA - Se vulnera: cuando se impone una medida administrativa que limita el derecho del procesado a impugnar el fallo adverso a sus intereses	28
7. FUERO - Aforados constitucionales: competencia de la sala de casación penal, acto legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas especializadas de instrucción y juzgamiento de aforados	32
8. IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: sustituye el elemento infracción al deber objetivo de cuidado	39
9. JURISPRUDENCIA - Precedente: fuerza vinculante, cuando la corte varía su postura, produce efectos inmediatos y obligatorios hacia el futuro	43
10. LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO - Inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial	49
11. LIBERTAD PROVISIONAL - Vencimiento de términos	52
12. NON BIS IN ÍDEM - Sentencias extranjeras: debe acreditarse la identidad de persona, causa y objeto o identidad fáctica	55
13. PRESCRIPCIÓN - Delitos de ejecución permanente: comienza a contar desde la perpetración del último acto	59

14. PRESCRIPCIÓN - Revelación de secreto	65
15. PRINCIPIO DE CONFIANZA - Aplicación en delitos dolosos: causales de improcedencia, cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control	73
16. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR - Reglas jurisprudenciales para su aplicación	78
17. RECURSO DE APELACIÓN - Trámite	81
18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado: no es un tema de prueba, sino que debe estar lo suficientemente dilucidado en las diligencias anteriores al juicio	85
19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo cuando se limita su práctica	93
20. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Configuración: el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución	103





Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2022

Octubre a Diciembre 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. **CASACION** - Hecho nuevo: surgido de lo decidido en una providencia judicial, valoración / **LAUDO ARBITRAL** - Valor probatorio dentro del recurso extraordinario de casación / **INTERVINIENTE** - Concepto / **INTERVINIENTE** - Demostración / **CONCURSO HOMOGÉNEO** - Diferencias con la unidad de acción

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación promovido en nombre propio por S.M.R. y por su defensor, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal de Bogotá, a través de la cual revocó la condena por el delito de concusión para, en su lugar, absolverlo, además de confirmar con algunas modificaciones en la punibilidad y el grado de participación, el fallo dictado por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esta capital, para entonces condenarlo como coautor del delito de cohecho propio e interviniénte en los punibles de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación.

Fue así como, la Sala casó parcialmente el fallo impugnado en los siguientes sentidos: i) Absolver a S.M.R. por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros; y ii) Declarar que por los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos objeto de la condena corresponde en la medición de la pena un incremento de 30 meses de prisión.

Lo anterior por cuanto, si respecto de los mismos hechos ya hay una decisión judicial que hizo tránsito a cosa juzgada material, en la cual se declaró que no hubo pérdida de dinero del Distrito y, por tanto, no se configuró el peculado por apropiación en favor de terceros, es claro que el condenado no puede tener la condición de interviniénte en esa conducta.

Como consecuencia de la absolución por ese punible, consideró que, para la dosificación punitiva, debe partirse de la pena dispuesta para el cohecho propio, incrementada en 30 meses por el concurso de 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

SP3807-2022(58042) de 02/11/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En el año 2008, S.M.R. (alcalde mayor de Bogotá), Á.D.P. (abogado asesor y consultor de empresas del Distrito, y amigo del primero), J.E.T.A. y H.J.G.G. (contratistas del Distrito) acordaron aprovechar sus cargos, ubicación profesional, conocimientos e influencias para inclinar en su favor los procesos de contratación del Distrito Capital durante el periodo 2008 a 2011, entre ellos, los del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

2. S.M.R. ratificó a L.P.G. como directora del IDU para que obedeciera las órdenes del referido grupo, de modo que, aprovechando el proceso de selección de cada una de las licitaciones, los mencionados individuos se interesaron indebidamente en los contratos relacionados con la malla vial y valorización que adelantaría el IDU en los años 2008 y 2009.

3. Entre el 4 y 6 de julio de 2008, Á.D.P. y los empresarios G.A. y M.E.N., entre otros, se reunieron en Miami con el propósito de conversar acerca de la licitación de las obras de malla vial o distritos de conservación del IDU, oportunidad en la cual se acordó que, por cada contrato

adjudicado al Grupo N, S.M.R. y otro, recibirían el 6% y M.Á.M.R. (Contralor de Bogotá) el 2% del valor total de las obras licitadas.

4. S.M.R., valiéndose de su facultad de nombrar a la directora del IDU y al tener injerencia en otros nombramientos, a partir de reuniones celebradas en su despacho o en la dirección de ese Instituto, conoció los pormenores de varios procesos de selección de contratistas de gran impacto para la ciudad, solicitó informes y participó en las mesas de trabajo y juntas directivas del IDU —directamente o por delegación— e impartió de manera indebida orientaciones para conseguir que las obras de malla vial, la cesión del contrato 137 de 2007 y los contratos de valorización números 020, 029, 037, 047 y 068 de 2009 se concentraran en ciertas empresas pertenecientes, o en las cuales tenían parte, los particulares con los cuales orquestó la defraudación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASACION - Hecho nuevo: surgido de lo decidido en una providencia judicial, valoración / **LAUDO**

ARBITRAL - Valor probatorio dentro del recurso extraordinario de casación / **INTERVINIENTE** - Concepto / **INTERVINIENTE** – Demostración

«[...] la Corte advierte, de una parte, que objetivamente los hechos sustento de la absolución dictada por el Tribunal de Bogotá en favor de LPG como autora del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, consistente en favorecer con la cesión del contrato 137 de 2007 suscrita el 17 de febrero de 2010 al Grupo [...] (cesionario), además de no recaudar el valor de lo legalizado amortizable por valor de \$28.081.044.349, corresponden a los mismos por los cuales fue acusado y condenado en las instancias SM.

Y de otra, que la absolución de LP se encuentra adecuadamente soportada en el laudo arbitral, luego de verificar el Tribunal que ofrecía mayor credibilidad y contundencia que las declaraciones de la Ingeniera Civil MPRF y la Contadora AS (testigos investigadoras de la Fiscalía), pues allí se estableció que la inclusión de los factores de contingencia en la cesión del contrato no modificó su naturaleza, máxime si quienes profirieron dicho laudo fueron abogados mediante una decisión adoptada en derecho, luego de un exhaustivo análisis de instituciones propias de la contratación estatal.

[...]

Tal circunstancia activa la facultad oficiosa de la Corte, pues si respecto de los mismos hechos ya

hay una decisión judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada material (el fallo del Tribunal en el caso adelantado contra LP fue impugnado en casación y la Sala decidió el 27 de abril de 2022 inadmitir la demanda), en la cual se declaró que no hubo pérdida de dinero del Distrito y, por tanto, no se configuró el peculado por apropiación en favor de terceros, es claro que SMR no podría tener la condición de interviniente en esa conducta.

Se trata de un hecho nuevo surgido después de las sentencias de instancia que corresponde a un fallo absolutorio por la misma imputación fáctica objeto de la condena contra SM por el delito de peculado por apropiación, sustentado en pruebas debidamente apreciadas, con innegable incidencia en este asunto, [...]

Carecería de sentido que la Sala, ya advertida de que el Tribunal Superior de Bogotá absolvió el 7 de febrero de 2020 a LP como autora del mismo comportamiento aquí atribuido a SM en calidad de interviniente, le indicara a éste (condenado mediante fallos de febrero 15 y diciembre 19 de 2019) que tal circunstancia le corresponde alegarla a través de la acción de revisión. Si se tiene en cuenta el fin protector de derechos fundamentales de la casación, se trata de un hecho sobreviniente que se debe reconocer y que necesariamente —como ya se anunció— conduce a absolver por el delito de peculado por apropiación.

No significa lo precedente renegar de la regla general según la cual no hay lugar, en sede del recurso extraordinario, a incorporar nuevos hechos, pruebas ni argumentos después de la demanda, sino de la realización del principio de justicia material que impone ajustar la sentencia cuando la Corte adquiere, en el marco de la casación, el conocimiento de un hecho nuevo capaz de desvirtuar o poner en duda la verdad declarada en los fallos, traducible en alguno de los escenarios de la acción de revisión».

JUEZ - Formas de provisión del cargo / **JUEZ** - Formas de provisión del cargo: en provisionalidad: su nombramiento tiene la misma validez que la del funcionario en propiedad / **JUEZ** - Formas de provisión del cargo: en provisionalidad, superar el término dispuesto en la Ley para la designación del cargo en propiedad, no cesa la investidura judicial

«Si la situación administrativa de la provisionalidad supera los 6 meses dispuestos para la designación del cargo en propiedad, no por ello puede concluirse que cesa la investidura judicial de quien se desempeña como juez y desaparecen las facultades para ejercer como

funcionario judicial, pues tal argumentación resulta contraria al carácter permanente que debe tener la administración de justicia, máxime si no se aviene con la razón práctica que se impusiera designar otro funcionario en el mismo cargo por otros 6 meses y así sucesivamente.

Entonces, tan válida y legítima es la provisión del cargo de juez como culminación de un concurso de méritos a través de la situación administrativa en propiedad, como la dispuesta sin tales exigencias para el nombramiento en provisionalidad, de modo que los tiempos dispuestos para esta última únicamente tienen validez en el ámbito administrativo sin enervar de manera alguna las funciones judiciales.

En tal sentido, si la regla es que el nombramiento en provisionalidad se efectúa “hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto que no podrá exceder de seis meses”, es claro que si el desarrollo del concurso de méritos se extiende más allá de dicho lapso, quien se desempeñe como juez puede seguir actuando, pues el límite de su gestión está determinado por el momento en el cual se posea quien haya sido designado en aquél mismo cargo una vez concluidas las diferentes fases del proceso.

Si el Tribunal de Bogotá nombró y posesionó a JACC como Juez 11 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, fue porque cumplió con las exigencias generales para desempeñar tal cargo, aspecto no cuestionado por el apelante.

De otra parte, el artículo 153-9 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone entre los deberes de los funcionarios y empleados: “Permanecer en el desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo”.

A partir de dicha norma se establece que si en este asunto el nombramiento como Juez 11 Penal del Circuito de Conocimiento no se realizó con posterioridad al de CC en otra persona, él estaba obligado a cumplir con el referido deber, es decir, contrario a lo asumido por el acusado en su demanda, no le correspondía al funcionario, una vez transcurridos los 6 meses en provisionalidad abandonar su cargo, pues en tal caso se vería expuesto a la correspondiente investigación disciplinaria derivada del incumplimiento de sus deberes, además de no asegurar el carácter permanente de la función jurisdiccional (artículo 12 de la Ley 270 de 1996).

A su vez, el acto administrativo de nombramiento de JC como Juez 11 Penal del Circuito se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada, de

manera que corresponde acreditar al casacionista que tal acto fue considerado por la jurisdicción contencioso administrativa como carente de motivación o motivado falsamente.

Además, aún si se tratarse de un funcionario de facto o de hecho, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado que si bien no está amparado por el fuero, los actos judiciales que hubiese evacuado en tal condición sí tienen eficacia, no por originarse en el ejercicio legítimo del cargo o investidura, sino por la ficción de legalidad que reflejó en los destinatarios de aquéllos, lo cual obliga a mantener a salvo la seguridad jurídica de lo realizado, razón adicional para concluir que no hay lugar a invalidación alguna de lo actuado, esto es, la censura no prospera».

ENTIDADES PÚBLICAS - Organización administrativa: control de tutela / ENTIDADES PÚBLICAS - Organización administrativa: control de jerarquía

«El control de tutela y jerarquía e innegable injerencia de SM como Alcalde Mayor en las entidades distritales, especialmente en el IDU, se deduce de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993:

[...]

Las normas transcritas permiten advertir, de una parte, la robusta incidencia del Alcalde Mayor en aquellas juntas, incluido desde luego el IDU, ya sea directamente o a través de sus delegados y, de otra, la tutela que tal condición le permitía ejercer sobre las empresas distritales, en el marco de la cual cometió el delito de cohecho a título de coautor, sin que su argumentación orientada a invocar una supuesta ajenidad respecto de tal punible encuentre asidero alguno, pues acordó la obtención de grandes beneficios económicos a cambio de favorecer a los contratistas que colaboraron con dinero y políticamente en su campaña para conseguir ser elegido como Alcalde de Bogotá, circunstancia que descarta la pretendida atipicidad de su proceder.

[...]

Si SM fue condenado como interviniente en 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, la queja del apelante carece de sentido, pues en tal condición no requería las cualidades del autor, precisamente porque como ya se dijo, en los términos del inciso final del artículo 30 del Código Penal, es interviniente quien “no teniendo las cualidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización”, circunstancia que descarta la atipicidad pregonada por el acusado en su demanda»

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - No se vulnera / **NULIDAD** - No se configura

«Dado el carácter progresivo del proceso penal y de la preclusividad de cada una de las fases por las cuales transita la actuación, correspondía al censor y a su representado -si en verdad asistía interés en un preacuerdo-, adoptar las medidas pertinentes en orden a conseguir una aproximación con la Fiscalía para tal propósito, desde la imputación hasta antes de la presentación del escrito de acusación (artículo 350 de la Ley 906 de 2004) o desde la acusación hasta el interrogatorio del procesado en el juicio (artículo 352 ejusdem), marco en el cual era posible acordar un grado de participación menos gravoso (por ejemplo, de autor a interviniente o de autor a cómplice), sin que hubieran procedido a ello, de modo que ahora no es viable alegar su propia culpa sobre el particular.

[...]

Entonces, al constatar el principio de congruencia que el defensor considera violado, encuentra la Sala que la imputación fáctica por el delito de cohecho propio consistió en que a los empresarios M, M y GN, MENV, ÁDP (en representación de SM), así como el Contralor Distrital de Bogotá MMR, además de ciertos empleados del IDU, acordaron el pago de comisiones de éxito, correspondientes a específicos porcentajes del valor total de cada uno de los contratos que se adjudicaran, de modo que el acusado faltó a sus deberes oficiales, pues a partir de la promesa económica ilegal, orientó su actividad a controlar el proceso de evaluación y selección de los contratistas, junto con funcionarios del IDU y los particulares mencionados.

[...]

Al cotejar la imputación jurídica entre acusación y fallo se constata que en ambas se formuló la autoría por el delito de cohecho propio. A su vez, los 3 comportamientos correspondientes a los delitos de interés indebido en la celebración de contratos también fueron objeto de acusación y sentencia»

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Se vulnera: dosificación punitiva / **UNIDAD DE ACCIÓN** - No se configura / **CONCURSO HOMOGÉNEO** - Diferencias con la unidad de acción

«[...] el juez de primer grado al efectuar la dosificación punitiva del concurso de delitos partió de la pena dispuesta para el punible más grave que era la sanción del peculado por

apropiación (por el cual se absolverá en esta decisión), la cual incrementó en 10 meses por cada uno de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

Conforme a lo anterior, se impone reconocer que manteniendo la punibilidad de 10 meses de prisión por cada interés indebido en la celebración de contratos definida por el juez de primera instancia, la pena del delito base debe incrementarse por 3 de aquellos punibles en 30 meses de prisión, no en 50 como dosificó la Corporación de segundo grado.

[...]

En tal sentido, si los delitos objeto de sanción no son 10, sino 3, esa disminución debe necesariamente verse reflejada en la dosificación de la pena, sin que el Tribunal pudiera aducir consideraciones nuevas sobre la gravedad de tales comportamientos para mantener el quantum punitivo establecido por el juez de primer grado respecto de tales punibles, pues al proceder así violó el principio de interdicción de la reforma peyorativa, en cuanto siendo la defensa el único recurrente en casación, se le aumentó la sanción definida por el juez al mantener los 50 meses de prisión por los 3 delitos.

Ahora, como también el defensor manifestó que no se trató de un concurso homogéneo de 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, sino de un solo punible, según se decidió en el fallo dictado contra NIMR , encuentra la Corte que la situación invocada por el censor no se asimila a la de este asunto.

[...]

Como viene de verse, en tal providencia se hizo consistir la unidad de designio criminal propia de la unidad de acción, en “alcanzar finalmente los beneficios derivados de la licitación 06 de 2008 del IDU”, esto es, “que les fueran adjudicados contratos de la malla vial de Bogotá, cualquiera fuera la cantidad”, mientras que en este asunto no se advierte un solo comportamiento fraccionado en el tiempo y /o en su acción o un concurso aparente de delitos que deba ser resuelto a partir de los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, sino efectivamente, de 3 conductas delimitadas con nitidez en escenarios sustancialmente diversos y que por tanto, configuran un concurso material homogéneo sucesivo»

CASACIÓN - Redosificación punitiva

«Por tratarse de un concurso de delitos, se parte de la pena más grave incrementada “hasta en otro tanto”, siempre que (artículo 31 de la Ley 599

de 2000) esa adición no supere en el doble la sanción base, no exceda la suma aritmética de las penas correspondientes a cada punible (sistema de acumulación jurídica) y no sobrepase el máximo posible de 60 años de prisión reglado en la ley, además de salvaguardar el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando se trate de apelante único, como ocurre en este caso.

[...]

De acuerdo con lo anterior, se impone casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de incrementar la pena establecida para el delito base en 30 meses de prisión por el concurso de 3 punibles de interés indebido en la celebración de contratos, lo cual conlleva redosificar la sanción dispuesta por el Tribunal».

[Inicio](#)

2. CASO ACCESO CARNAL VIOLENTO COMETIDO POR EL CÓNYUGE / ENFOQUE DE GÉNERO - Vulneración: cuando no se aplica y el juez incurre en dinámicas machistas contra la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando la ponderación probatoria o la construcción indicaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación promovido por el defensor de E.Y.V.I. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que revocó la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad y lo condenó por el delito de Acceso carnal violento, agravado, en concurso de conductas punibles.

La Sala no casó el fallo recurrido, y, por el contrario, confirmó la decisión condenatoria de segunda instancia, al considerar que, no es cierto, como desacertadamente lo expuso el *a quo*, que las relaciones sexuales sean obligatorias en el matrimonio, ya que, este tipo de afirmaciones se traducen en estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, obligaciones relativas a un determinado comportamiento que,

a priori, estaba llamado a asumir en su condición de víctima.

Aunado a ello encontró demostrada la responsabilidad del acusado en el delito de acceso carnal violento, en tanto no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido y el tiempo que esta tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio.

SP3574-2022(54189) de 05/10/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Salvamento Parcial de voto:

Fabio Ospitia Garzón
Diego Eugenio Corredor Beltrán
Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

Desde el 30 de octubre de 2011 hasta el 15 de abril de 2012, E.Y.V.I. accedió carnalmente, de manera violenta, a su esposa y madre de su hija menor. Dicha conducta ocurrió en múltiples oportunidades, cada vez que el agresor llegaba a casa en estado de embriaguez en horas de la madrugada, cuando sin su consentimiento, por medios coactivos de carácter psicológico y bajo la oposición explícita de su cónyuge, la accedía carnalmente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / CASO ACCESO CARNAL VIOLENTO COMETIDO POR EL CÓNYUGE / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: entre la formulación de la imputación y de la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Marco normativo

«Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en cuanto «el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena»; igual consonancia debe existir entre la formulación de la imputación y la formulación de la acusación , lo que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en lo que concierne al derecho de defensa, conforma la garantía judicial mínima dirigida a conocer oportunamente los hechos de la acusación y su calificación jurídica, y disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: acto de parte, a cargo de la Fiscalía General de la Nación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos

«[...] en lo que respecta a la imputación, el análisis de su procedencia le fue asignado al fiscal, según lo establecen los artículos 250 de la Constitución Política y 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan además el contenido de este acto comunicacional, el cual no está sometido a control material por parte de los jueces.

Dada su naturaleza, es un acto reglado, de conformidad con el artículo 288 ibidem, que debe contener:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: funciones en el sistema procesal, delimitar la situación fáctica inmodificable / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: funciones en el sistema procesal, fijar el marco fáctico y jurídico de la futura sentencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos

«Es, en consecuencia, un presupuesto lógico-procesal que fija el marco fáctico y jurídico de la futura sentencia, a partir de la descripción de unos hechos jurídicamente relevantes, incriminados y atribuidos a un individuo, y su correlación con la calificación jurídica de los mismos, constituyendo un acto consustancial al derecho de defensa.

Ello connota su naturaleza medular en el sistema acusatorio por su incidencia en el mandato superior del artículo 29 -debido proceso-, y porque, además, determina (i) el debate sobre la medida de aseguramiento y otras medidas cautelares; (ii) fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación; y, (iii) limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación (sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera). Por lo tanto, ha sostenido la Corte, es un imperativo que la Fiscalía realice correctamente el «juicio de imputación», lo que se traduce en la debida delimitación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y su calificación jurídica.

Es por ello que los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación no pueden ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, debiéndose mantener su núcleo fáctico en la formulación de la acusación y en la sentencia, salvo algunas variaciones propias del carácter progresivo de la actuación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: fines

«Esta Sala ha definido que, dentro de los límites de la referida razonabilidad, algunas situaciones pueden dar lugar al cambio de los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación, tales como: efectuar precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etc.; y, suprimir hechos que habían sido incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado.

«[...] queda claro que la imputación de cargos, esto es, la atribución fáctica de delitos, impone límites

al tema de debate, razón por la que su núcleo no debe cambiar en la posterior acusación ni en el fallo, marco dentro del cual opera el principio de congruencia como garantía del debido proceso.

A partir de allí, el acusado puede entender qué situación fáctica se le atribuye para, de esa manera, perfilar su defensa y así evitar que se le sorprenda con cargos nuevos a los que no ha podido oponerse, lo que ocurre cuando se condena por hechos no incluidos en la imputación y acusación y /o por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica ni jurídicamente en la acusación.

Adicionalmente, ha enfatizado la Sala, la imputación solo debe contener la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, procurándose evitar la mala práctica arraigada en diversos escenarios judiciales consistente en comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación».

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

«Repasando la presente actuación, es fácil advertir que la delegada de la Fiscalía no llevó a cabo de manera debida el juicio de imputación, incurriendo en diversas impropiiedades que, sin duda, conspiraron contra la debida claridad en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes.

Fue así como la fiscal del caso entremezcló hechos jurídicamente relevantes con los medios de prueba y con los hechos indicadores [...]»

[...] advierte la Sala que, no obstante las claras deficiencias e impropiiedades en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la fiscal, resultó comprensible que a VI se le imputaron unos hechos con relevancia penal relativos a múltiples conductas de acceso carnal violento acaecidas de manera sucesiva desde el mes de octubre de 2011 hasta el momento de la denuncia presentada por la víctima el 16 de abril de 2012, según el encabezamiento de lo sucedido, verbalizado por la representante del ente acusador».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - No se vulnera si se respeta el núcleo factico de la acusación

«En realidad, en el trámite de la acusación la Fiscalía no modificó la base fáctica de la imputación y tampoco amplió el espectro de la calificación jurídica dada a las conductas

atribuidas al procesado, manteniéndose en la formulación de cargos por un concurso homogéneo de conductas ejecutadas en diferentes oportunidades, concretando en su hipótesis que además de las conductas perpetradas en el año 2011, se establecieron otras fechas de realización (al introducir comportamientos del año 2012 -febrero; y 4, 11, 13 y 14 de abril de 2012) y se adicionó la circunstancia de agravación punitiva planteada en la imputación fáctica sobre la condición de cónyuge de la víctima. Todo lo anterior dentro de la delimitación temporal hecha en la audiencia de imputación, esto es, del 15 de octubre de 2011 al 16 de abril de 2012.

Por ese motivo, aunque la fiscal haya aludido a “adicionar el escrito de acusación”, en realidad lo que hizo fue aclarar la imputación en relación con algunas precisiones sobre fechas en las cuales, según la rememoración de la víctima, se habían concretado los comportamientos violentos atribuidos al acusado durante el período de tiempo que había sido señalado desde un comienzo, lo que sin duda hacia parte del núcleo fáctico de la imputación.

[...]

En esas condiciones, tiene que concluirse que la defensa del acusado no fue sorprendida con la incorporación de aspectos factuales que pudieran dar lugar a la aplicación de un tipo penal diferente; tampoco se le abocó a enfrentar hipótesis fácticas diversas a aquellas que fueron dadas a conocer desde un comienzo en la audiencia de imputación. Por lo tanto, no encuentra la Sala que la actuación haya estado condicionada por un vicio de garantía o de estructura, en tanto la formulación de la imputación fáctica permitió al investigado una adecuada defensa, siendo depurada y aclarada en las actuaciones subsiguientes, de modo que existió consonancia fáctica entre los actos de imputación, acusación y los fallos de primera y segunda instancia».

PRUEBA - Principio de selección probatoria / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: Principio de selección probatoria / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: no se configuran si la prueba fue apreciada

«Es el propio recurrente quien reconoce que en el fallo se hizo alusión al caudal probatorio con la finalidad de acreditar todos los componentes del delito, lo cual incluyó la alusión al dictamen del médico forense CVZV, para lo cual se refirió a los puntos nodales del informe técnico, trascribiendo apartes del examen sexológico y haciendo énfasis

en lo relativo al relato de la víctima, obtenido de la anamnesis, concerniente a la inexistencia de agresiones físicas por parte del acusado; la imposibilidad de establecer si hubo delito o consentimiento en las relaciones sexuales; la ausencia de huellas de violencia externa, lo que no descartaba la penetración u otras actividades sexuales; y la posibilidad de que los vestigios de traumas menores se hubieran superado en el tiempo de dos días transcurrido entre la última agresión sexual y el reconocimiento médico.

De ahí que no puede advertirse la existencia del yerro señalado pues en la sentencia se aprecia el análisis global, del cual derivó el elemento de violencia material -referido al sometimiento físico- y esencialmente moral, dado que el ad quem no ignoró su contenido. Se evidencia, entonces, que el demandante no apreció que la argumentación del fallo entrelazó diversos medios de conocimiento, entre estos, el dictamen médico legal, el cual sí fue valorado, aunque obviamente su aporte en la definición de la responsabilidad del acusado resultó limitado en tanto la naturaleza de la violencia ejercida sobre la víctima no dejó rastros físicos perceptibles en el reconocimiento médico, sin que con ello tampoco se pudiera descartar la agresión sexual.

[...]

De modo que la conclusión pericial, vista desde otra perspectiva, no desmiente las manifestaciones entregadas por la víctima en su declaración en el juicio oral relacionada con la repetida conducta sexual de que fue víctima.

En esencia, era esa la conclusión relevante en el análisis del juzgador, sin que haya tenido que entrar en mayores detalles frente a ese medio de conocimiento, pues bien se sabe que en virtud del principio de selección probatoria, el sentenciador no está obligado a realizar un examen exhaustivo de todos los medios de convicción incorporados al proceso, sino únicamente de aquellos que considere fundamentales para sustentar la decisión y de los tópicos útiles y relevantes respecto del tema de prueba».

SANA CRÍTICA - Método para apreciar los testimonios y el dictamen pericial

En relación con los dictámenes periciales y, en general, los conceptos técnicos aportados a la actuación penal, la Sala ha precisado que deben ser valorados por el juez a la luz de los postulados de la sana crítica.

En ese sentido, valoró el juez colegiado como relevante en la corroboración del testimonio de la víctima que, conforme a lo dictaminado por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, no

existían indicios de fabulación en el relato de la víctima; los síntomas evidenciados por LVML eran compatibles con una respuesta de ajuste secundario a la vivencia de un hecho estresante; y, que resultaba compatible en un contexto de victimización la práctica de relaciones consentidas cuando al mismo tiempo se presentaba una dinámica de abuso sexual.

La forense psicóloga NVR no asumió de manera categórica que la respuesta de ajuste secundario y el contexto de victimización respondían a los eventos traumáticos de la violencia sexual aducida por ML. Planteó, eso sí, su compatibilidad con esa especie de circunstancias estresantes narradas por la víctima, dejando claridad sobre que al momento de la evaluación (14 de septiembre de 2012) no había hallazgos de psicopatología significativa, aunque, precisó, sí le dejaron reacciones psicológicas asociadas a los hechos como lo son: creencias negativas en torno a la vida en pareja; temor a represalias del procesado; y, sentimientos de culpa por el estado de reclusión del padre de su menor hija.

Tales aspectos, bien podían ser abordados por el fallador para formar su juicio en torno a la verosimilitud del testimonio de la víctima, como en efecto se hizo, sin que pueda afirmarse que fundó la responsabilidad del acusado exclusivamente en la prueba pericial en cuestión».

ENFOQUE DE GÉNERO - Vulneración: cuando no se aplica y el juez incurre en dinámicas machistas contra la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: a través de planteamientos discriminatorios, contrarios a la dignidad de la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación

«No puede pasar por alto esta Sala que en la sentencia de primera instancia, sobre cuya fundamentación la defensa pretende desvirtuar los argumentos presentados en el fallo del Tribunal, se formulán estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, obligaciones relativas a un determinado comportamiento que, a priori, estaba llamado a asumir en su condición de víctima.

Ello se derivó de dos ideas fundamentales expresadas como sustento para concluir que no se probó la tipicidad de las conductas atribuidas al acusado: (i) lo ilógico de que una mujer adulta, profesional, con trabajo estable, con apoyo de su familia, soportara durante 7 meses la violencia

sexual sin presentar la denuncia, siendo inverosímil que la demora se originara en «la excusa de salvar el matrimonio»; y, (ii) tratándose de un matrimonio, «las relaciones sexuales son prácticamente obligatorias, al tenor de lo dispuesto en la legislación civil que regula» tal contrato; por lo que para la demostración del hecho la Fiscalía no podía “limitarse simplemente a los dichos de la denunciante carentes de respaldo probatorio”.

En dichas aserciones se desconoce que hoy en día se impone “un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción”. Así, bajo una perspectiva de género, no le es exigible a la mujer víctima de una conducta sexual violenta observar un determinado comportamiento frente a la agresión; tampoco se puede demandar de ella la renuncia a sus libertades en materia de elección y consentimiento sexuales».

ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, frente a delitos de violencia intrafamiliar o sexual / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **FALSO RACIOCINIO** - Configuración: estereotipos sobre comportamiento sexual de la mujer / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando la ponderación probatoria o la construcción indiciaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género

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

control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres”.

De ahí que la asunción de una perspectiva de género garantiza la adecuada apreciación de los delitos de violencia sexual. Sin ella, no se facilitaría la supresión de prejuicios, estereotipos y roles en función del sexo, que a su vez han surgido por elaboraciones conceptuales concernientes al papel de la mujer en la sociedad y su subordinación frente al hombre, hoy en día inaceptables:

La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales».

ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto: necesidad / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes

«Sobre el particular, se aclara que la capacidad intelectual y proyecto de vida de una mujer no puede ser motivo para excluir la agresión sexual en su contra y descalificar su versión de los hechos. De otra parte, bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes.

De allí que el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia 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».

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Elemento normativo: violencia / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, evolución del concepto, enfatiza en la anuencia libre de la víctima y no en el rompimiento de su resistencia mediante actos instrumentales de violencia física o moral / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido

«La tipicidad de la conducta de Acceso carnal violento:

Sobre la tipicidad del delito de Acceso carnal violento, esta Sala ha dicho que por violencia “se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica —intimidación o amenaza— que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta”.

El tipo penal en cuestión no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna, resultando irrelevante la conducta que asuma frente al agresor:

En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, [...] no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si se debió haber comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor.

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

La Corte ha recordado que este criterio tiene sustento legislativo. El numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagró como recomendación para los funcionarios en la valoración judicial de la

prueba que el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual. Así mismo, se estipuló en el numeral 1º de tal precepto que la aquiescencia tampoco podrá derivarse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando esta no sea voluntaria y libre.

Tales recomendaciones establecidas en la citada Ley 1719 de 2014 bajo los criterios que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, tal como se acabó de precisar, son de aplicación general y de “interpretación auténtica” para todos aquellos delitos sexuales que incluyen a la violencia como elemento típico, así sean anteriores a su promulgación.

Otras normas se han ocupado de la misma materia. [...]

De lo anterior se deduce que la víctima no se encuentra obligada a actuar de determinada manera o a desplegar deberes de acción para que se pueda establecer que la conducta del autor es violenta. Corresponde al juez valorar la idoneidad del comportamiento perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares de cada asunto, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación de la víctima) ante las agresiones sexuales».

TESTIMONIO VICTIMA DE DELITO SEXUAL - Valoración / **TESTIMONIO** - Víctima de delito sexual: valoración probatoria / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: víctima, en delitos propios de cometerse en privado, delitos sexuales / **TESTIMONIO** - Corroboration periférica: cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión del testigo

«Frente a los ejes de disenso se observa, en primer término, que las manifestaciones de ML no pueden analizarse como la simple contraposición de la versión que ofrece el agresor al punto de exigirle más evidencias que sus afirmaciones, si son el resultado de la correspondencia a circunstancias propias del momento en que ocurrieron, más cuando suceden en el interior del hogar.

De ahí la importancia del testimonio de quien sufre el vejamen, en especial por el hecho de que en la mayoría de los eventos es sobre su propio cuerpo donde se vierte el acto libidinoso del agresor, por lo que no quedan rastros materiales de la agresión sexual, tal como ocurrió en este evento.

Sobre el particular, esta Sala tiene dicho que el testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la

materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que queda evidencia física, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito y la responsabilidad del acusado.

Sin embargo, los eventos en que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creible la versión de la persona afectada.

[...]

Por ello, al ponderar la versión de los hechos el ad quem encontró más creible las manifestaciones de LVML, quien denunció, ante la constante vulneración a su dignidad, por la agresión verbal, física, sicológica y sexual ejercida en su contra. Y, a pesar de sus intentos de un cambio de comportamiento del acusado, la situación siguió presentándose, en especial, los fines de semana cuando llegaba alicorado, forzándola a tener relaciones sexuales, describiendo la escena como una “agresión a la fuerza”.

[...]

El empleo de un arma de fuego para expresar su inconformidad ante la repulsa ofrecida por su cónyuge ante sus propósitos de conjunción sexual representó para ella, a partir de ese momento, una amenaza latente, evocación que explica su miedo, que confluyó en la materialización sexual sin su consentimiento».

ACESO CARNAL VIOLENTO - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Consentimiento de la víctima

«Ya se ha señalado que en esta clase de conductas solamente la aquiescencia manifestada por la víctima puede excluir el tipo penal. De manera que la ausencia de consentimiento en una relación sexual vulnera el bien jurídico de la libertad, resultando irrelevante el análisis de la conducta de la víctima relativa al tipo de resistencia que debió ofrecer para no facilitar la producción del resultado típico.

En ese sentido, sin duda, bastaba que la víctima, como lo narró LVML, le hiciera manifestación al acusado de su propósito de no sostener

relaciones sexuales para que éste declinara en su intención de accederla carnalmente (le pidió, le imploró y le dijo que le dolía, para que cesara en sus avances, según lo narró). Pero, además, relató, el acusado persistía incluso ante su oposición física, resultando fácilmente doblegada su voluntad ante la fuerza física que imprimía a la acción.

Ciertamente, ese modo de proceder del victimario, generando un evidente entorno de coacción, determinó que LV se sometiera a su voluntad, penetrándola vaginalmente en diversas oportunidades. Las conductas relativas a sojuzgar a su cónyuge para consumar el ayuntamiento sexual tenían una clara connotación de violencia en los términos del artículo 212A del Código Penal, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, puesto que así no haya prevalecido la violencia física -más allá de la dominación de la víctima por la fuerza-, se hace elocuente un contexto sistemático de coacción psicológica, la amenaza latente del uso de la fuerza, la intimidación, la generación de temor a la violencia y la opresión psicológica, todo lo cual constituye el llamado entorno de coacción que estructura el tipo penal de Acceso carnal violento».

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

/ **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad

«No es cierto, por demás, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, que las relaciones sexuales sean obligatorias en el matrimonio - como lo sostuvo el a quo-, al punto de imponerse sobre la mujer deberes conyugales que puedan sojuzgar su voluntad y la obliguen al sometimiento por la coerción o la fuerza de su marido.

El vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga al hombre ningún derecho sobre la sexualidad de la mujer y cuando el contacto íntimo se obtiene con la clara negativa de la víctima y /o recurriendo a la intimidación o a la fuerza, como ocurrió en este caso, se presenta una afectación a su libertad de decidir sobre su propia sexualidad, sin que la condición de cónyuge pueda menguar el contenido del bien jurídico tutelado de la libertad sexual, el que se protege con la misma intensidad si se trata de una mujer casada o en pareja, como sucede con cualquier otra mujer.

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

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio / **ACESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: evento en que se desplegó en el contexto de un fenómeno de sometimiento patriarcal

«[...] la verosimilitud del relato entregado por LVML no se afecta por el hecho de que se haya tardado varios meses en solicitar medidas de protección y denunciar los hechos. Resulta razonable que ante los insistentes actos de agresión sexual ella mantuviera la ilusión de recomponer la vida familiar con su esposo, como lo narró.

Igualmente, tampoco existe un modelo de conducta a seguir impuesto a la mujer para definir el momento de la denuncia de los hechos de que es víctima, fundado en sus condiciones personales, su nivel educativo o el apoyo de su familia. Por lo tanto, es irrelevante que no haya denunciado inmediatamente los actos repetidos de agresión sexual de que era víctima y que lo hiciera seis meses después del primer acto. Tal aspecto hace parte también de su libertad de determinación».

DICTAMEN PERICIAL - Informe técnico médico legal sexológico: apreciación, ausencia de lesiones en la víctima no excluye la existencia de la conducta contraria a la libertad, integridad y formación sexuales

«[...] en relación con el dictamen pericial rendido por dicho profesional, basta reiterar que la ausencia de hallazgos en el cuerpo de la víctima en realidad no es indicativa de la inexistencia de la violencia sexual y, por supuesto, tampoco determina la realización por parte de ella de actos de resistencia física. En realidad, la opinión pericial no infirma en este caso lo declarado por la víctima de la conducta lesiva de su sexualidad».

[Inicio](#)

3. CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO

DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación (Ley 1828 de 2017)

/ CONGRESISTA - Función congresional: causales de afectación

/ CONGRESISTA - Función congresional: normativa / **CONGRESO DE LA REPÚBLICA** - Comisión de Ética y Estatuto del Congresista: competencia

/ CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación: no excluye el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación

/ CONGRESO DE LA REPÚBLICA -

Comisión de Ética y Estatuto del Congresista: competencia, está circunscrita a conductas relacionadas exclusivamente con la función congresional / **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Poder disciplinario preferente: en procesos adelantados contra congresistas

La Sala de Casación Penal resolvió el conflicto de competencias suscitado para conocer de la queja presentada por una ciudadana contra los Senadores I.C.C. y J.G.C., atribuyéndole a la Procuraduría General de la Nación el conocimiento de esta, al considerar que, la competencia de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado no es absoluta, sino restringida a aquello que guarde relación con la función congresional.

Para resolver, la Corte analizó el régimen constitucional y legal que regula la responsabilidad ética y disciplinaria de los congresistas y, posteriormente, determinó cuál es la función congresional; para concluir que, los hechos denunciados no se enmarcan en aquellas conductas que, conforme a la Ley 1828 de 2017, competen a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República.

AP4974-2022(62395) de 26/10/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 3 de septiembre de 2020, A.L.R.O. presentó queja ante la Procuraduría General de la Nación y allegó denuncia penal formulada en contra los Senadores I.C.C. y J.G.C., por la supuesta comisión de delitos de peculado por apropiación y concierto para delinquir, con fundamento en que los mencionados congresistas presuntamente hicieron aparecer como reinsertados de las extintas FARC a jóvenes desempleados a quienes se les habría pagado un salario mínimo con recursos del programa de Reinscripción para la Paz.

2. Mediante auto de 14 de diciembre de 2020, la Procuradora Auxiliar para Asuntos Disciplinarios ordenó remitir por competencia la queja presentada contra los prenombrados senadores a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República. Argumentó que, con fundamento en los artículos 1 y 2 de la Ley 1828 de 2017, le corresponde a ese Organismo investigar y juzgar, ética y disciplinariamente, a sus pares.

3. Inicialmente la queja fue asignada por reparto a los Senadores S.V.G. y C.F.M.M., cuyos impedimentos fueron aceptados por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista el 16 de junio de 2021 y el 4 de agosto de 2021, respectivamente. Finalmente, la actuación fue repartida al Senador M.A.P.H.

4. Mediante auto de 16 de junio de 2022 , el Senador instructor resolvió plantear conflicto de competencias negativo, al considerar que en la Procuraduría General de la Nación radica la aptitud legal para conocer de la queja presentada contra los Senadores I.C.C. y J.G.C., por relacionarse con una conducta que no se enmarca en la función congresional, ni en los principios, deberes y conductas sancionables establecidos en el Reglamento del Congreso, ni en los artículos 5, 8 y 9 de la Ley 1828 de 2017.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal: competencia, para resolver los conflictos suscitados entre la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista / **PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO DE CONGRESISTAS** - Conflicto de Competencias: su resolución es competencia de la Sala de Casación Penal, cuando se suscita entre la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista (Ley 1828 de 2017)

«De conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 1828 de 2017, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde definir el conflicto de competencias que se suscite entre la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, para conocer las acciones disciplinarias que se promuevan contra los congresistas».

CONGRESO DE LA REPÚBLICA - Inviolabilidad y opinión / **CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA** - Ámbito de aplicación (Ley 1828 de 2017) / **CONGRESISTA** - Funciones / **CONGRESISTA** - Función congresional: causales de afectación / **CONGRESISTA** - Función congresional: normativa / **CONGRESO DE LA REPÚBLICA** - Comisión de Ética y Estatuto del Congresista: competencia / **CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA** - Ámbito de aplicación: no excluye el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación / **CONGRESO DE LA REPÚBLICA** - Comisión de Ética y Estatuto del Congresista: competencia, está circunscrita a conductas relacionadas exclusivamente con la función congresional / **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Poder disciplinario preferente: en procesos adelantados contra congresistas

«Como presupuesto previo para la definición del conflicto de competencias suscitado entre la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República de Colombia y la Procuraduría General de la Nación, estima necesario la Sala, efectuar una breve referencia al régimen constitucional y legal que regula la responsabilidad ética y disciplinaria de los congresistas.

Marco normativo disciplinario de los congresistas.

Establece el artículo 185 Constitucional que los miembros del Congreso de la República son inviolables por los votos y opiniones emitidos en ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias fijadas en el reglamento respectivo.

Esta disposición fue desarrollada en la Ley 1828 de 2017, a través de la cual se expidió el Código de Ética y Disciplinario del Congresista, cuyo ámbito de aplicación, como lo establece el artículo 3, está vinculado a las conductas de los Senadores y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función trasgredan los preceptos éticos y disciplinarios señalados en ese código.

A ello se suma que, conforme a los artículos 3 y 10 de la normativa en cita, la afectación de la

función congresional regulada por las disposiciones de ese código puede suceder por (i) violación a los deberes y prohibiciones, (ii) incurrir en cualquiera de las conductas estipuladas en dicho cuerpo normativo; y (iii) violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de intereses.

Ahora bien, la función congresional está vinculada al desarrollo de las actividades enlistadas en el artículo 6 idem de la Ley 5 de 1992, donde se definen las funciones de índole constituyente, legislativa, de control político, judicial, electoral, administrativa, de control público y de protocolo, asignadas al Congreso de la República.

Las investigaciones por quejas relacionadas con los precitados asuntos corresponden a las Comisiones de Ética del Senado de la República o de la Cámara de Representantes, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 5 de 1992 - modificado por el artículo 72 de la Ley 1828 de 2017- que establece que:

La Comisión de Ética y Estatuto del Congresista conocerá del conflicto de interés y de las violaciones al régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los Congresistas. Así mismo, del comportamiento indecoroso, irregular o inmoral que pueda afectar a alguno de los miembros de las Cámaras en su gestión pública, de conformidad con el Código de Ética y Disciplinario expedido por el Congreso.

El fallo sancionatorio que adopte la Comisión de Ética en los casos previstos, podrá serapelado ante la Plenaria de la respectiva Corporación por el Congresista afectado y el Ministerio Público o quien haga sus veces; recurso que se decidirá conforme al procedimiento establecido en el Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

De otra parte, teniendo en cuenta que los congresistas son servidores públicos que podrían ser investigados disciplinariamente por otras acciones u omisiones distintas de las relacionadas con el ejercicio de la función congresional, el inciso final del artículo 3 de la Ley 1828 de 2017 estableció que la Procuraduría General de la Nación ostenta competencia residual, en los siguientes términos:

“La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan”.

Durante el trámite legislativo, al explicar el alcance a la mencionada disposición, en relación con las competencias de las Comisiones de Ética

y Estatuto del Congresista, y de la Procuraduría, el legislador precisó que:

“establece claramente la competencia de las Comisiones de Ética, reiterando que la misma está circunscrita a conductas relacionadas única y exclusivamente con la función congresional, dejando expresa consagración que los actos o conductas no previstos en este código, por no ser inherentes a la función y dignidad congresional, que en condición de servidores públicos realicen los Congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan, continuarán en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación”.

De manera que, si la acción u omisión atribuida al Congresista no está relacionada con la función congresional -por (i) violación a los deberes y prohibiciones, (ii) incurrir en cualquiera de las conductas estipuladas en el artículo 9 de la Ley 1828 de 2017; o por (iii) violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de intereses-, la competencia disciplinaria es de la Procuraduría General de la Nación.

A ello se añade que dicho organismo de control también puede asumir competencia en asuntos disciplinarios en ejercicio del poder preferente, con fundamento en los artículos 277, numeral 6, de la Constitución Política y 266 de la Ley 5 de 1992».

COLISIÓN DE COMPETENCIA - Concepto / **CONGRESO DE LA REPÚBLICA** - Comisión de Ética y Estatuto del Congresista: competencia, está circunscrita a conductas relacionadas exclusivamente con la función congresional / **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Poder disciplinario preferente: en procesos adelantados contra congresistas / **CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA** - Ámbito de aplicación: no excluye el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación

«De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1828 de 2017 planteado el conflicto de competencias por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado, si la Procuraduría General de la Nación insiste en no tener competencia, corresponde dirimirlo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden, deviene necesario recordar que procesalmente la colisión de competencias es un incidente mediante el cual se pretende establecer la autoridad que debe conocer, tramitar y decidir un determinado asunto, en aquellos eventos en los cuales dos o más funcionarios consideran que les corresponde adelantar la actuación o se niegan a conocerlo por estimar que no se

encuentra dentro de la órbita de su competencia, para efectos de respetar la garantía fundamental del debido proceso.

A partir de los planteamientos esbozados por la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, se observa que ambas autoridades rehusan tener competencia para conocer de la queja disciplinaria que se tramita en contra de los senadores I.C.C. Y J.G.C.

[...]

Por ello es pertinente traer a colación el hecho que fundamenta la queja, a efecto de establecer cuál es la autoridad competente para darle trámite.

Pues bien, la quejosa allegó copia de la denuncia presentada contra los senadores I.C.C. y J.G.C. por la supuesta apropiación de recursos del Programa de Reinserción de la Paz “para pagar testigos electorales y hacerlos pasar como milicianos del frente [...] acá en la capital de la República, cuando eran simples jóvenes desempleados de los sectores marginados o vulnerables de varias localidades de Bogotá”, dinero del cual supuestamente entregaban el 25% para el sostenimiento del partido FARC y 25% para el senador I.C.

A partir de la información suministrada, considera la Sala que en el caso objeto de estudio la competencia para conocer del asunto recae en la Procuraduría General de la Nación porque los hechos denunciados no se enmarcan en aquellas conductas que, conforme a la Ley 1828 de 2017, competen a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República.

[...]

[Inicio](#)

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: competencia, para resolver los recursos de apelación en contra de las decisiones de los Jueces de

Ejecución de Penas, en casos de aforados, no se pierde cuando, al resolver la impugnación especial, la condena se mantuvo / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Sentencia proferida en el extranjero: valor probatorio / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: debe

acreditarse la identidad de persona, causa y objeto o identidad fáctica / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: efecto sobre la ejecución de la pena

En ese contexto jurídico, comoquiera que la conducta que se les atribuye en la queja a los mencionados senadores no guarda relación con su función congresional -por (i) violación a los deberes y prohibiciones, (ii) incurrir en cualquiera de las conductas estipuladas en el artículo 9 de la Ley 1828 de 2017; o por (iii) violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de intereses-, la competencia para conocer y resolver lo pertinente sobre la misma es de la Procuraduría General de la Nación, conforme a lo señalado en los artículos 113 y 277 de la Constitución.

Por último, teniendo en cuenta que la competencia de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado no es absoluta, sino restringida a aquello que guarde relación con la función congresional, no es de recibo el argumento de la Procuradora Auxiliar para Asuntos Disciplinarios en cuanto afirma que el juez natural de los senadores es dicha comisión porque es la encargada de investigar y juzgar ética y disciplinariamente la responsabilidad de sus pares, pues la misma ley establece la competencia residual del mencionado ente de control.

Por lo anterior, se decidirá el conflicto de competencias suscitado asignando el conocimiento de la queja presentada contra los senadores I.C.C. y J.G.C. a la Procuraduría General de la Nación, autoridad a la cual había correspondido en un comienzo su trámite».

La Corte Suprema de Justicia decidió los recursos de apelación interpuestos por la defensa técnica y por el sentenciado, contra el auto del 2 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que denegó la libertad por pena cumplida.

Fue así como, la Sala de Casación Penal revocó la decisión impugnada, declaró que, el condenado ya cumplió la sanción impuesta por la Corporación en la sentencia del 17 de marzo de 2018 y le concedió la libertad.

En este aspecto, aclaró que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 16-1 y 17 del Código Penal, para efectos de contabilizar la pena, debe considerarse el tiempo que el sentenciado estuvo privado de la libertad por cuenta del proceso adelantado y fallado en los Estados Unidos de

América, atendiendo al principio rector, denominado non bis in ídem que, prohíbe a las autoridades judiciales investigar, juzgar y condenar a una persona dos veces por la misma conducta, con independencia del nombre jurídico que se le asigne.

AP4753-2022(62108) de 18/10/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

Salvamento de voto:

**José Francisco Acuña Vizcaya
Diego Eugenio Corredor Beltrán
Manuel Corredor Pardo (Conjuez)
Manuel Fernando Moya Vargas (Conjuez)**

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Mediante Resolución de 30 de septiembre de 2016, expedida por el Fiscal General de la Nación, L.G.M.R. fue nombrado Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito, asignado a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, cargo en el cual se posesionó el 6 de octubre siguiente y ejerció hasta el 28 de junio de 2017.

2. De conformidad con el artículo 19 del Decreto 016 de 2014, en la referida Dirección Nacional tenía, entre otras, las funciones de «Dirigir y coordinar las investigaciones según los lineamientos de priorización, organizar y adelantar comités técnico-jurídicos de revisión de las situaciones y los casos, identificar y delimitar situaciones y casos susceptibles de ser priorizados y suministrar al Director de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas la información de las investigaciones adelantadas en su dependencia».

3. Fiscales adscritos a la Dirección Nacional regentada por L.G.M.R. tenían a su cargo investigaciones por la posible comisión de delitos contra la administración pública y otros bienes jurídicos en el Departamento de Córdoba, tales como los casos matrices sobre el tratamiento a enfermos de hemofilia y la contratación con recursos provenientes de las regalías.

4. A su vez, en la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte se adelantaban sendas investigaciones contra A.L.M., ex Gobernador de Córdoba, por su vinculación con los casos ya mencionados.

5. En desarrollo de sus funciones, L.G.M.R. coordinó y solicitó información de las citadas

investigaciones y participó en comités en los cuales se reportaban los avances y proyecciones de los expedientes.

6. En el mes de noviembre de 2016, L.G.M.R., a través de un emisario suyo, el abogado L.P., le comunicó a A.L.M., que, a cambio de dinero, dada su condición de Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, estaba en condiciones de ayudarle obstruyendo las investigaciones que contra él estaban en curso.

7. Luego, en febrero de 2017, L.G.M.R., tuvo conocimiento de la información ofrecida por M.G.B. y J.E.H.S. en el marco de una solicitud de principio de oportunidad que promovieron ante una Fiscalía adscrita a la Unidad Nacional bajo su dirección, en orden a declarar contra A.L.M., en el caso relacionado con las regalías de Córdoba.

8. Entonces, en los meses de febrero y marzo de 2017, L.G.M.R. y el abogado L.P., le informaron a A.L.M., que tenían acceso a lo expuesto confidencialmente por los mencionados testigos, pidiéndole por la copia de las declaraciones \$100'000.000 y una suma adicional para ayudarle en el proceso con la elaboración de una estrategia defensiva.

9. De otra parte, el 15 de marzo y el 20 abril de 2017 se realizaron en la Fiscalía, Comités Técnico-jurídicos dentro de los casos priorizados en las jornadas Bolsillos de Cristal, a los cuales asistió L.G.M.R., oportunidad en la que los fiscales refirieron que, en unos casos, se advertía la posible comisión de delitos por parte del ex Gobernador A.L.M.

10. El 9 de mayo el Fiscal General de la Nación anunció que a A.L.M. le serían imputados cerca de 20 delitos relacionados con los recursos provenientes de regalías.

11. El 26 del mismo mes, el abogado L.P., viajó a Estados Unidos y se reunió con A.L.M., manifestándole que su captura era inminente, pero que L.G.M.R., se encargaría de desacreditar a los testimonios de cargo.

12. A su vez, del 11 de abril al 5 de junio de 2017, L.G.M.R., suministró a los medios de comunicación datos sobre A.L.M., que no eran de conocimiento público, sino que extraía del proceso adelantado contra J.E.H.S., en procura de presionar al ex Gobernador de Córdoba para que pagara el dinero exigido.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: competencia, para resolver los

recursos de apelación en contra de las decisiones de los Jueces de Ejecución de Penas / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: competencia, para resolver los recursos de apelación en contra de las decisiones de los Jueces de Ejecución de Penas, en casos de aforados, no se pierde cuando, al resolver la impugnación especial, la condena se mantuvo

«De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 906 de 2004 y en atención a lo establecido por la jurisprudencia, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación presentado contra las decisiones emitidas por los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, en aquellos asuntos en los que actuó como juez de conocimiento, como ocurrió en este evento en el que la Sala profirió, en única instancia, condena en contra de LGMR. Situación que no se modifica por el hecho de que haya concedido y resuelto la impugnación especial presentada por la defensa, pues la sentencia de condena proferida no ha sido derruida».

PRUEBAS - Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero: validez, presupuestos / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Sentencia proferida en el extranjero: valor probatorio / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: debe acreditarse la identidad de persona, causa y objeto o identidad fáctica / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: efecto sobre la ejecución de la pena / **LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA** - Procedencia: sentencia condenatoria emitida en el extranjero

«Acorde con el artículo 251 del Código General del Proceso, “para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez”.

La misma norma establece que “los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia” y que “los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país”.

De esta manera, para que en un proceso judicial se pueda valorar un documento público otorgado en un país extranjero por funcionario de éste o con su intervención y que, además, esté en idioma distinto al castellano, se requiere que se

aporte i) su traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por el traductor designado por el juez y, ii) su apostille, conforme con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Siendo ello así, la Sala observa que la defensa cumplió con esos requisitos respecto de la sentencia de condena emitida el 2 de enero de 2019 contra LGMR por el Tribunal de Distrito de Estados Unidos del Distrito Sur de Florida, por cuanto tal documento está traducido al castellano por traductor oficial autorizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho mediante Resolución 1044 de 1999, y se encuentra apostillado por la autoridad competente de la ciudad de Miami, según sello impuesto el 29 de noviembre de 2021.

Resulta viable, entonces, valorar ese documento para efectos de resolver la pretensión de la defensa orientada a que se conceda la libertad por pena cumplida a LGMR porque, a su parecer, ya cumplió la sanción impuesta en Colombia, puesto que el término de privación de la libertad debe contabilizarse desde el 27 de junio de 2017, cuando fue capturado con fines de extradición. Ello porque el lapso que estuvo detenido por cuenta del proceso foráneo también debe contarse, dado que los hechos por los que fue condenado en Estados Unidos y en Colombia tienen el mismo soporte fáctico y el artículo 16-1 del Código Penal autoriza tenerlo en cuenta.

Pues bien, acorde con el artículo 8 del Código Penal, “a nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”. Este principio rector, denominado non bis in idem, prohíbe a las autoridades judiciales investigar, juzgar y condenar a una persona dos veces por la misma conducta, con independencia del nombre jurídico que se le asigne.

Incluso, tratándose de mecanismos de cooperación judicial como la extradición, la Sala ha señalado la necesidad de examinar y desestimar la infracción de dicho principio en los eventos en que se hubiere dictado en Colombia sentencia o decisión de iguales efectos por los mismos hechos que hubieren motivado el pedido del otro Estado.

Conviene advertir, entonces, que para el momento en que la Corte emitió concepto favorable a la solicitud de extradición de MR - noviembre 29 de 2017-, no existía sentencia alguna proferida por otra autoridad nacional o extranjera, que impusiera el examen de dicho

tópico y que, además, cuando se emitió el fallo en Colombia -7 de marzo de 2018-, no se había dictado sentencia en Estados Unidos -enero 2 de 2019-, por manera que no se podría haber infringido el citado postulado.

Con todo, el numeral 1º del artículo 16 del Código Penal establece como excepción al mismo, que la ley penal colombiana se aplicará aun cuando la persona haya sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor a la prevista en la ley nacional, cuando cometa en el extranjero delitos contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social, salvo la conducta definida en el artículo 323, contra la administración pública, falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo. En estos eventos, se tendrá como parte de la pena, el tiempo que hubiese estado privado de la libertad.

Aún más, el artículo 17 ibidem señala que la sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales, excepto las que se dicten respecto de los delitos señalados en los artículos 15 y 16, numerales 1º y 2º, caso en el cual, “la pena o parte de ella que el condenado hubiere cumplido en virtud de tales sentencias se descontará de la que se impusiere de acuerdo con la ley colombiana...”

Pues bien, la exigencia legal de que se proceda por uno de los delitos enlistados en el artículo 16-1 del Código Penal aquí se cumple, en la medida que LGMR fue condenado por esta Corporación el 7 de marzo de 2018 como autor responsable de concusión y utilización indebida de información oficial privilegiada (Arts. 404 y 420 del C.P.), delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública.

En consecuencia, se contrastarán los hechos atribuidos a LGMR en Colombia y en los Estados Unidos, a fin de verificar si son iguales, como aduce la defensa. Se aclara que, de acuerdo con la sentencia de la Corte del Distrito Sur de Florida, al sentenciado sólo se le condenó por el cargo cuarto de los seis que contenía el indictment, pues los restantes fueron retirados por la Fiscalía norteamericana.

[...]

Pues bien, lo primero que se advierte es que LGMR fue condenado en Colombia por dos delitos -concusión y utilización indebida de información oficial privilegiada de los artículos 404 y 420 del Código Penal-, mientras que en los Estados Unidos se le condenó por concierto para lavar dinero por el hecho de haber recibido y trasladado hacia fuera de los Estados Unidos la

suma de 10.000 dólares provenientes de una actividad ilícita -soborno-.

Ese cargo, con independencia del nombre que se le asignó en ese país, se fundamenta en similares hechos jurídicamente relevantes a los que fueron considerados en Colombia para sancionarlo por los delitos de concusión y utilización indebida de información oficial privilegiada, [...]

Difieren en que según el fallo colombiano GM y LP le pidieron a AL la suma de \$100.000.000 por suministrarle copia de las declaraciones de los testigos GB y HS y una suma adicional para ayudarle en el proceso con la elaboración de una estrategia defensiva. Mientras que en la decisión extranjera se indicó que MR recibió en la ciudad de Miami la suma de 10.000 dólares por revelar la información suministrada por los testigos GB y HS.

En la sentencia nacional, además, se relacionan los hechos delictivos cometidos por MR desde noviembre de 2016 hasta el 5 de junio de 2017, cuando entregó a los medios de comunicación datos sobre AL en procura de presionarlo para que pagara el dinero exigido. En la decisión extranjera se menciona que los hechos delictivos ocurrieron desde al menos abril de 2017 hasta el 26 de junio de 2017 cuando recibió parte del dinero del «soborno» y lo trasladó a Colombia.

Esas diferencias, con todo, no eliminan el hecho de que el soporte fáctico de los fallos emitidos en Colombia y en Estados Unidos se funda en que LGMR exigió dinero al ex gobernador de Córdoba ALM a cambio de suministrarle la información entregada por MGB y JEHS a la Fiscalía General de la Nación, la cual obtuvo por razón de su cargo, así como por la asistencia a los Comités Técnicos en los que se manejan datos confidenciales.

Y aunque en los Estados Unidos se tipificó ese comportamiento bajo la denominación de “concierto para lavar dinero”, resulta evidente que los supuestos de hecho que soportan el cargo son los mismos que en Colombia sustentaron la atribución de responsabilidad por el delito de concusión y utilización indebida de información oficial privilegiada. En ese contexto, en términos de la legislación nacional, el proceder delictivo se materializó con la exigencia de dinero en Colombia, pero se agotó en Estados Unidos con la entrega de parte del dinero exigido.

En todo caso, en los dos fallos hay identidad de sujeto -LGMR- y de causa porque en los dos procesos se pretendió y obtuvo la sanción penal. De igual manera, hay identidad en el proceder delictivo -exigir dinero a LM a cambio de

suministrarle la información confidencial obtenida por razón del cargo-.

5. Siendo ello así, asiste razón a la defensa al solicitar que, en aplicación del artículo 16-1 del Código Penal, se contabilice el tiempo que estuvo privado de la libertad por cuenta del trámite de extradición y de la sentencia proferida el 2 de enero de 2019 por la Corte del Distrito Sur de Florida, como quiera que el artículo 17 del Código Penal ordena que la pena cumplida por cuenta de la sentencia proferida en el extranjero respecto de delitos contra la administración pública, entre otros, como ocurre en este caso, debe descontarse de la impuesta de acuerdo con la ley colombiana.

En ese contexto, por los similares supuestos fácticos LGMR ha estado detenido en forma continua por más de 64 meses -17 de junio de 2017 cuando fue capturado con fines de extradición hasta la actualidad-, lapso que supera la pena de 58 meses y 15 días de prisión establecida en la sentencia emitida por esta Corporación el 7 de marzo de 2018, incluso, sin considerar la pena redimida por estudio y trabajo».

[Inicio](#)

5. DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES - Antecedentes de su tipificación / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Tipo penal en blanco / **DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES** - Bien jurídico tutelado: el orden económico y social / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: los documentos que se presenten para tratar de ocultar su verdadero origen no hacen parte del tipo penal objetivo

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de R.E.S.H., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual revocó la absolución que por el delito de recepción de hidrocarburos había dispuesto el Juzgado 8o Penal del Circuito Especializado de Bogotá, y lo condenó por el delito de apoderamiento o alteración de sistemas de identificación.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia de segunda instancia y, como consecuencia de la anterior determinación, dejó en firme el fallo por medio del cual se absolvió al procesado, al considerar que, el Tribunal interpretó

erróneamente la descripción típica del artículo 327-B del Código Penal.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte analizó los antecedentes, características y elementos normativos de los delitos del apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, logrando determinar que, el Tribunal no contaba con la prueba suficiente para llegar al conocimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la tipicidad en el delito de apoderamiento o alteración de sistemas de identificación. Además, la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar en cabeza de SH, la configuración de la conducta punible de Receptación de hidrocarburos.

SP3217-2022(51798) de 07/09/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El Grupo de Operaciones Especiales de Hidrocarburos de la Policía Nacional -GOESH- recibió una llamada telefónica de una fuente no formal informando que, en un parqueadero, estaban hurtando combustible. Al llegar al sitio a las 00:30 horas del 29 de marzo de 2012, encontraron a varias personas trasvasando combustible, con ayuda de motobombas y mangueras, de un primer vehículo tipo tractor camión, a un segundo vehículo más pequeño tipo tanque, que se encontraba al lado del primero y dentro del cual encontraron un aproximado de 200 galones de un

hidrocarburo. Algunos sujetos emprendieron la huida, empero, siete fueron capturados.

2. Esa misma madrugada, y después de realizadas las capturas, la Policía recorrió el parqueadero y a una distancia no menor de cien (100) metros del carrotanque, encontró un tercer vehículo tipo tanque, el cual, según los agentes de la Policía, expedía un fuerte olor característico de un hidrocarburo denominado "nafta", y del que, además, se estaba regando tal sustancia.

3. En este tercer rodante encontraron 2.000 galones de hidrocarburo sin marcador, el cual, realizadas las pruebas químicas resultó no ser "nafta" ni aceite. En la cabina de ese tercer vehículo encontraron 7 facturas expedidas por la empresa A.R.S. a nombre de R.S.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NON BIS IN ÍDEM - Concepto / **COSA JUZGADA** - Relación con el principio non bis in ídem / **NON BIS IN ÍDEM** - Elementos: identidad de objeto, persona y causa

«La garantía del Non bis in ídem, -expresión latina que significa “no dos veces sobre lo mismo”—, es de rango constitucional, contenida en el artículo 29 de la Constitución Política y reproducida como norma rectora en el artículo 8º del Código Penal y 21 de la ley 906 de 2004 , que guarda íntima relación con la garantía de cosa juzgada o res iudicata, al prohibir que una persona en contra de la que el Estado ha ejercido su potestad punitiva, sea sometida nuevamente a juicio respecto de unos hechos frente a los cuales ya hubo pronunciamiento definitivo.

Consagración sustancial, que no deriva solo de su naturaleza Constitucional, sino de la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos, al ordenamiento jurídico; artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”, y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos “El culpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, que en forma expresa propenden por su protección.

El contenido y alcance de ese principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, al señalar que la Institución del non bis in ídem, está sometida a la verificación de tres presupuestos de

identidad o equivalencia: i) identidad de sujeto, ii) identidad de objeto e iii) identidad de causa.

- Identidad de persona -eadem personae-: Demanda que el mismo individuo sea incriminado en dos o más actuaciones, adelantadas con el mismo propósito y fundamento.

- Identidad fáctica o de objeto -eadem res-: Requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; el supuesto de hecho debe ser idéntico, dar lugar a una única tipicidad y ser sometido a doble juzgamiento.

- Identidad de causa o de fundamento -eadem causa-: La identidad de causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma.

De allí que se imponga como mandato procesal, adelantar una única persecución, y se prohíba investigar, juzgar y condenar más de una vez por la misma conducta delictiva, circunstancia delictual o postdelictual, a una persona; buscando con ello, racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo.

Derecho que está intimamente ligado al de cosa juzgada, y si bien éste forma parte del núcleo fundamental del debido proceso, no tiene carácter absoluto, pues frente al mismo, proceden excepciones de orden constitucional o legal, tendientes a la protección de valores superiores como la justicia material, los derechos de las víctimas, la soberanía como bien jurídico estatal superior y la efectividad de los derechos y deberes del Estado».

COSA JUZGADA - Demostración: el juez está facultado constitucionalmente para en cualquier momento del proceso verificar el respeto por la cosa juzgada / **NON BIS IN IDEM** - Demostración: el juez está facultado constitucionalmente para en cualquier momento del proceso verificar la no vulneración de esta garantía

«[...], se verificó en la presente actuación que el juez de conocimiento, ante el reclamo por la defensa en su alegación final de la presunta infracción a la garantía del non bis in idem, consignó en la sentencia de primer grado haber revisado “el sistema de gestión de los juzgados de esta especialidad”, estableciéndose que en el radicado [...] seguido en el Juzgado 4 homólogo se adelantó un proceso por los mismos hechos, y que se “EXHORTA a la Fiscalía General de la Nación

para que evite estas prácticas atentatorias de derechos humanos”.

Aunque podría pensarse que el Juez acudió a su conocimiento particular, es lo cierto que tal proceder es perfectamente admisible cuando se trata de velar por la indemnidad de la garantía constitucional consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política que impide que las personas sometidas al poder punitivo del Estado sean juzgadas dos veces por el mismo hecho.

La acreditación de tan importante garantía no está sujeta a las estrictas reglas de producción, aducción e incorporación de la prueba que rigen a las partes e intervenientes en el proceso penal. El juez, como garante de los principios y garantías constitucionales, está facultado constitucionalmente para acreditar o para admitir la acreditación en cualquier momento del proceso, de la existencia de la cosa juzgada para evidenciar la garantía del non bis in idem y evitar de esa manera la consolidación de una situación inconstitucional.

Ahora, que el juez pueda verificar el respeto por la cosa juzgada y la no vulneración del non bis in idem con los medios de convicción pertinentes introducidos, incluso sin sujeción a las reglas de prueba, no significa que automáticamente opere la aplicación de la garantía. En todo caso es obligación del juez establecer que quien está siendo procesado en su Despacho ya haya sido condenado o absuelto, o esté siendo procesado, por exactamente los mismos hechos en otro proceso. Precisamente tal circunstancia no logró demostrarse en la presente actuación, no obstante que de manera errada así lo dejó ver el juez de primera instancia, al manifestar que “se EXHORTA a la Fiscalía General de la Nación para que evite estas prácticas atentatorias de derechos humanos y se concentre en procesos e investigaciones que realmente ameriten la intervención del Estado”.

[...]

Culminada la audiencia de juicio oral, el Juez consignó en la sentencia que ante la sorpresa que le generó el conocer que el procesado ya había sido juzgado y condenado por los mismos hechos, procedió “a revisar el sistema de gestión de los Juzgados de esta especialidad, estableciéndose que a RESH, se le adelantó un proceso -preacuerdo- en el Juzgado 4 bajo el radicado [...] por los mismos hechos”.

Sin embargo, el juez erró al concluir erradamente, a partir de la simple consulta en el sistema de gestión, que por existir un proceso en otro despacho, seguido en contra del mismo procesado y por el mismo nomen iuris, automáticamente se trataba de una actuación que se adelantó por los mismos hechos.

El yerro del Juez a quo fue evidenciado por el delegado de la Fiscalía General de la Nación en la sustentación del recurso de apelación. [...]

En consecuencia, la nulidad por afectación al non bis in idem propuesta por la defensa queda desvirtuada porque la Fiscalía dio a conocer que el soporte fáctico planteado en el otro proceso seguido en contra del acá procesado no es idéntico, por lo tanto, el primer cargo no está llamada a prosperar».

DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES

- Antecedentes de su tipificación / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Tipo penal en blanco / **DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES** - Bien jurídico tutelado: el orden económico y social

«El delito por el que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a RESH está tipificado en el artículo 327B del Código de Penal de la siguiente forma:

“Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación. El que se apodere o altere sistemas o mecanismos legalmente autorizados para la identificación de la procedencia de los hidrocarburos, sus derivados, los biocombustibles o mezclas que los contengan, tales como equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de setecientos (700) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Subrayado fuera del texto legal).

La descripción legal es un tipo penal en blanco, como quiera que se hace obligatoria la remisión a otros ordenamientos para entender los elementos objetivos del tipo, especialmente lo referente a los ingredientes

normativos (sistemas o mecanismos de identificación, marcadores, y detectores).

Sea lo primero indicar que el delito de Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación forma parte del Título X “Delitos contra el orden económico y social” (al igual que los de Apoderamiento de hidrocarburos, Receptación de hidrocarburos y Destinación ilegal de combustibles - artículos 327-A, 327-C y 327-D del Código Penal-), fue incorporado al Código Penal por la Ley 1028 de 2006 , por iniciativa de los Ministerios de Minas y Energía y el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, con el propósito de contar con normas sancionatorias eficaces, permanentes y especializadas para reprimir los constantes ataques a la infraestructura petrolera del país y evitar la considerable afectación de la economía nacional.

En un principio tales conductas se sancionaban como delitos autónomos cuando recaía sobre algún automotor o sobre el combustible que se llevara en ellos. Así a modo de remembranza, para el apoderamiento de combustible se acudía al delito de hurto agravado (original artículo 241.6 del Código Penal, cuando el apoderamiento recaía “sobre medio motorizado, o sus partes importantes, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos”). El legislador en el artículo 1º de la Ley 813 del año 2003 derogó la anterior norma y en el artículo 2º le dio la categoría de hurto calificado para imponerle mayor pena “La pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía **o combustible que se lleve en ellos**. Si la conducta fuere realizada por el encargado de la custodia material de estos bienes, la pena se incrementará de la sexta parte a la mitad” (subrayado de la Sala).

Para lo que se denomina actualmente Receptación de hidrocarburos, anteriormente se sancionaba bajo la modalidad de Receptación establecida en el artículo 447 del C.P., la cual también fue modificada por la Ley 813 de 2003 que agregó: “Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía **o combustible que se lleve en ellos**, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Subrayado fuera del texto legal).

Ahora, la conducta por medio de la cual se alteraban los sistemas de identificación del combustible, era encasillada en el tipo penal de Falsedad marcaria que establecía: “El que falsifique marca, contraseña, signo, firma o rubrica usados oficialmente para contrastar, **identificar** o certificar peso, medida, calidad, cantidad, valor o contenido, o los aplique a objeto distinto de aquel a que estaba destinado, incurrirá en prisión de...” (Subrayado de la Sala).

Cuando de hurto de hidrocarburos se trata, la especialidad del caso generó problemas de tipificación frente a las conductas desplegadas posteriormente al apoderamiento y tendientes a burlar los controles y los sistemas que utiliza el Estado para identificar el combustible obtenido legalmente. La ley 813 de 2003 no dio una solución al caso pues en la modificación al artículo 285 del Código Penal solo refirió la alteración realizada sobre medios motorizados omitiendo referencia alguna al combustible.

La importancia de adicionar las conductas punibles referidas, al Título del Código Penal que protege el bien jurídico del Orden Económico y Social, fue para entender que no solo afectan el patrimonio económico de los particulares (mayoristas o refinadores) y del Estado (ECOPETROL), sino que resquebrajan toda la economía del país debido a que los hidrocarburos son fuente generadora de ingresos que repercuten en pro de la sociedad, más si se tiene en cuenta que ECOPETROL S.A. es una Sociedad de Economía Mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con lo establecido en la Ley 1118 de 2006.

En la exposición de motivos del proyecto presentado ante el Senado de la República, se justificó la criminalización de dichos comportamientos de manera autónoma y especial debido a que “la delincuencia organizada había diseñado sistemas para burlar los controles establecidos, tales como procedimientos de mezcla, uso indebido, manipulación y alteración de los sistemas que utiliza ECOPETROL como medida preventiva para identificar la procedencia de los combustibles objeto de inspección y protección”. También, por cuanto “la estatal Petrolera ECOPETROL S.A ha puesto en ejecución mecanismos de control de sus sistemas de identificación de combustibles,

estos han sido insuficientes ante el ingenio de las organizaciones al margen de la ley dedicadas a estas actividades ilícitas, las que en la actualidad ya hurtan los elementos necesarios para la marcación de combustible, herramienta tecnológica de reconocido valor para la diferenciación de producto lícito e ilícito”».

APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN - Tipo penal en blanco / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: verbo rector, apoderar / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: verbo rector, alterar / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: los documentos que se presenten para tratar de ocultar su verdadero origen no hacen parte del tipo penal objetivo

«Adentrándose en la determinación de los elementos objetivos del tipo penal denominado Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación, como tipo en blanco que es, se debe ver la reglamentación que sobre ese especial tema contienen se ha proferido en Colombia.

Así, tenemos que el Decreto 1503 de 2002 consagra que todo combustible que se comercialice debe ser de origen legal, y que a la gasolina y al ACPM se le debe aplicar un procedimiento de “marcación”, utilizando un “marcador” que es una “Sustancia química que permite obtener información sobre la procedencia del combustible. La aplicación de marcadores en los combustibles puede ser utilizada para propósitos de diferenciar calidades, mezclas, combustibles extraídos ilícitamente de los políductos y para controlar evasión de impuestos y adulteración de combustibles, entre otros” (subrayado fuera del texto reglamentario).

Dispone el Decreto que es responsabilidad de ECOPETROL determinar el procedimiento de “Marcación” y de “detección” y distribuir el “Marcador” que se utilizará en todo el país. También es obligación de esa empresa “Suministrar el “Detector” aplicable bajo el procedimiento de “Detección” diseñado por él, a los distribuidores mayoristas, así como a las autoridades y organismos de control que colaboren en la búsqueda de combustibles ilícitos”, y diseñar y aplicar los “mecanismos que permitan asegurar la trazabilidad del origen del combustible”.

El mismo Decreto en su artículo 11 (modificado por el Decreto 3563 de 2002) establece que ECOPETROL “podrá distribuir el “Detector” directamente o a través de terceros contratados para tal efecto, quienes deberán rendir informe a Ecopetrol S.A., respecto de la entrega que realicen”.

Por su parte, el Decreto 1073 de 2015, reglamentó los requisitos y obligaciones que deben acatarse cuando se distribuye combustibles en el territorio nacional, dándose a la tarea de realizar varias definiciones de conceptos para entender los procedimientos de marcación y de detección de combustible legal e ilegal, a los cuales debemos remitirnos para entender el tipo penal consagrado en el artículo 327B del Código Penal que busca sancionar a todas las personas que se apoderen, no del combustible, sino de los equipos que sirven para determinar el origen legal del combustible o su identificación y calidades.

El Decreto 1073 de 2015 compila varias definiciones en el artículo 2.2.1.1.2.2.1.4, entre ellos y a manera de ejemplo, y para el sub examine se señalan los siguientes: 1.- Detector (Sustancia o equipo que permite detectar la presencia y /o concentración del “Marcador” en el combustible), 2.- Marcador (Sustancia química que permite obtener información sobre la procedencia del combustible), 3.- Surtidor (equipo fijo que llenan directamente los tanques de combustible)

Obligatorio resulta indicar que el tipo penal contiene varios supuestos de hecho. El primero, el apoderamiento de mecanismos para identificar la procedencia, lícita agrega la Corte, de los hidrocarburos, sus derivados y mezclas. Sin embargo, la misma norma hace referencia a que esos mecanismos son: “equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores”. El segundo es la “alteración” de esos sistemas o mecanismos, y al igual que el anterior supuesto, el tipo refiere “equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores”.

En ninguno de los supuestos de hechos vistos, los documentos que se presenten a las autoridades que controlan la distribución de hidrocarburos, para tratar de ocultar su verdadero origen, hace parte del tipo penal objetivo; podrá constituir otra clase de conductas punibles (falsedad material o ideológica en documento público o falsedad en documento privado -dependiendo de quien

lo expida-) pero no la descrita en el artículo 327B del Código Penal».

RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS -
Elementos / **RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS** - Elementos: sujeto activo no cualificado / **RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS** - Verbos rectores / **RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS** - Dolo

«En lo que respecta al delito de Receptación de hidrocarburos, descrito en el artículo 327-C del Código Penal, conducta por la cual se imputó, acusó y absolió en primera instancia; su estructura típica prevé un sujeto activo no cualificado, que debe resultar ajeno a las conductas descritas en los artículos 327-A y 327-B, y que “adquiera, transporte, almacene, conserve, tenga en su poder, venda, ofrezca, financie, suministre o comercialice a cualquier título hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan debidamente reglamentadas o sistemas de identificación legalmente autorizados”, y que debe tener conocimiento de la procedencia ilícita del bien, de allí que sea un tipo de comisión dolosa.

[...].

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: se vulnera, evento en que impuso condena por un hecho jurídicamente relevante que no fue objeto de la acusación

«No puede la Sala dejar de advertir someramente que la segunda instancia, en el presente caso, no contaba con el soporte fáctico para cambiar los hechos jurídicamente relevantes que de manera idéntica se le formularon al procesado tanto en la imputación como en la acusación (aunque más concretos en la última) para acomodarlos a un tipo penal que en su estructura objetiva difiere de los hechos puestos de presente por el Fiscal.

[...]

La Fiscalía General de la Nación en tal descripción de los hechos jurídicamente relevantes nunca planteó el apoderamiento o la alteración de “equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores” que empleen las autoridades para identificar la procedencia lícita o ilícita de los hidrocarburos.

Por lo anterior, debe anotarse que, para condenar por un tipo penal diverso a aquel por el cual se acusó, no basta simplemente

con escoger uno que tenga pena inferior, sino que éste debe acoplarse en su estructura objetiva con los hechos formulados por la Fiscalía, respetando siempre el núcleo fáctico del acto de comunicación. Actuar como lo hizo el Tribunal es quebrantar el derecho de defensa, pues se está sorprendiendo a las partes con circunstancias que no fueron debatidas en el proceso, en una etapa en la cual ya no se puedan controvertir el nuevo núcleo fáctico.

No obstante lo anterior, aunque es un comportamiento errado del Tribunal, la Corte lo superará, dado que para la correcta resolución del presente caso, el análisis de las pruebas que fueron practicadas en el juicio oral del 28 de abril de 2014, permite establecer la ausencia de responsabilidad de SH, como lo exige el artículo 381 del C.P.P. de 2004, en cualquiera de las conductas, tanto en el delito por el que fue condenado, como en aquel por el que se le formuló acusación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: se vulnera, evento en que impuso condena por un hecho jurídicamente relevante que no fue objeto de la acusación / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: los documentos que se presenten para tratar de ocultar su verdadero origen no hacen parte del tipo penal objetivo

«Para la Corte, en el presente caso el Tribunal no contaba con la prueba suficiente para llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la tipicidad en el delito de Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación establecido en el artículo 327B del Código Penal, por cuanto (i) no se estableció la procedencia ilícita del hidrocarburo encontrado en el rodante de placas [...] el día de los hechos; (ii) tampoco que el procesado hubiera desplegado actos de alteración de equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores que se utilizan para identificar la procedencia del hidrocarburo por el procesado, y (iii) que el procesado hubiera cargado el combustible que se encontró en el rodante del cual era poseedor.

Además, en el presente caso, la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar en cabeza de SH, la configuración de la conducta punible de Receptación de hidrocarburos, puesto que en el juicio oral, por más que trató de demostrar que la sustancia encontrada en el vehículo de placas [...] era ilegal y que era “nafta”, su teoría del caso fue derruida por

cuenta del testimonio rendido por la investigadora de la Policía Judicial e ingeniera química NMC, y también por la deficiente labor de investigación que realizó la Fiscalía.

[...]

Tal y como lo destacó el juez de primera instancia, la labor investigativa de la policía fue deficiente para determinar que el vehículo de placas [...] cargaba combustible ilegal, pues fue la misma perito quien expuso que no se podía determinar que la sustancia encontrada en éste proviniera del rodante con placas [...], y tal nexo causal no fue determinado tampoco por los agentes de Policía, sin que el olor o la primera prueba preliminar PIPH tomada a la sustancia hallada en estos dos vehículos llenara tal vacío.

En este punto, es importante resaltar que el vehículo fue encontrado a cien (100) metros de distancia de aquél donde se estaba hurtando hidrocarburo (...), no se hallaron mangueras, motobombas, canecas o instrumentos que permitieran concluir que las acciones tienen una unidad fáctica, no se capturaron personas en el vehículo de placas [...], no se estableció relación alguna entre el conductor del vehículo (OHRB) y su tenedor y actual procesado RESH con alguno de los siete (7) capturados, no se entrevistó al administrador del parqueadero para establecer, por ejemplo, si el vehículo de placas [...] entró al mismo cargado o sin carga como lo manifestó el acusado en el juicio oral, pero además, tampoco se estableció si ese combustible pertenecía a ECOPETROL.

[...]

Todas estas falencias permiten sostener que no existe el conocimiento más allá de toda duda razonable, para atribuir responsabilidad por del delito de Receptación de hidrocarburos por el que fue acusado SH.

Ahora, frente al delito de Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación establecido en el artículo 327B del Código Penal, encuentra la Corte que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cometió la equivocación de pensar que con las facturas que "presentaba" el vehículo de placas [...], se configuraba el supuesto de hecho contenido en la norma.

Al respecto debe decirse que tal razonamiento resulta equivocado. En primer lugar, las facturas no las presentó el procesado, fueron halladas en la guantera del rodante de placas

[...], ni al amparo de qué facultad legal se accedió a esa documentación, en segundo lugar, la deficiente labor investigativa no permitió establecer que las facturas fueran falsas, más cuando el investigador DFPM en juicio oral, ante las preguntas complementarias del Ministerio Público, declaró que no se determinó que las facturas fueran apócrifas o que la empresa [...] no existiera.

Sin embargo, el Tribunal hizo una interpretación errada del tipo penal por el cual condenó, pues recuérdese, como se estableció al inicio de la parte considerativa de la presente providencia, que los sistemas o mecanismos a que se refiere el artículo 327B, son aquellos "equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores" que utilizan las autoridades para identificar la procedencia del hidrocarburo, objeto material del tipo penal objetivo que no se demostró dentro del plenario.

La confusión de la segunda instancia consiste en pensar que las guías de transporte que expide ECOPETROL (a las que hizo referencia el investigador PM para denotar que se elaboran cuando esa empresa envía hidrocarburos por medio de tractocamiones), son sistemas o mecanismos para identificar la procedencia de los hidrocarburos o sus derivados, cuando realmente ese documento -guía de transporte- no tiene tal calidad.

Reitera la Corte, el mismo artículo 327B del C.P., establece que esos sistemas o mecanismos son los "equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores" utilizados por las autoridades y por ECOPETROL para identificar los hidrocarburos y sus derivados.

También se insiste que los documentos que se presenten a las autoridades que controlan la distribución de hidrocarburos, para tratar de ocultar su verdadero origen, no hace parte del tipo penal objetivo, y de demostrarse que son utilizados para fines de ocultamiento (no de identificación), esa acción podrá constituir otra clase de conductas punibles, verbi gratia falsedad en documentos, lo que también se descarta en esta oportunidad debido a que no se estableció que las 7 facturas fueran apócrifas, y tampoco se desvirtuó (debido a la deficiente labor investigativa) que el camión hubiera entrado al parqueadero con su tanque lleno y con una sustancia diferente al aceite residual».

- 6. DOBLE INSTANCIA** - Se vulnera:
cuando se impone una medida administrativa que limita el derecho del procesado a impugnar el fallo adverso a sus intereses / **DERECHO SUSTANCIAL** - Prevalencia / **RECURSOS** - Medios electrónicos: correo electrónico / **DERECHO SUSTANCIAL** - Prevalencia: defecto procedural por exceso ritual manifiesto

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, que confirmó la dictada por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en cuanto lo declaró penalmente responsable, y a H.A.M. por el delito de concierto para delinquir agravado, al tiempo que absolvío a esta última por el punible de homicidio en persona protegida.

En esta ocasión, la Sala casó el fallo impugnado, en orden a decretar la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo de segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, inclusive, para que esa Corporación proceda a resolver, todos los recursos de apelación presentados en legal y oportuna forma contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Lo anterior por cuanto, con la declaratoria de desierto del recurso de apelación se vulneraron las garantías fundamentales del sentenciado. En efecto, se demostró que, el defensor interpuso y sustentó, en legal y oportuna forma, el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, remitiendo el escrito correspondiente al correo electrónico del Centro de Servicios de los Juzgados Penales Especializados de Antioquia.

En este punto, a juicio de la Corte, no es admisible la justificación de que, el mencionado correo electrónico solo estaba habilitado para el trámite de notificaciones, pues, debe primar el derecho fundamental del procesado a impugnar el fallo adverso a sus intereses; máxime cuando, previamente, ya había sido usado por el abogado con fines similares, lo cual le generó la expectativa razonable de que podía seguirlo utilizando en posteriores oportunidades.

SP3711-2022(58620) de 26/10/2022

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 2 de abril de 2002, a la altura del sitio denominado “Kilómetro Cinco”, ubicado entre la cabecera municipal de Yondó y la Vereda El Tigre (Antioquia), N.G.C.C., presidenta de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Puerto Matilde de ese municipio, quien se movilizaba en un vehículo de transporte público, fue retenida por integrantes de la estructura paramilitar “Conquistadores de Yondó”, tras señalamientos de ser colaboradora de la guerrilla. Cuatro días más tarde, en el Río Magdalena, fue hallado su cuerpo sin vida, el cual presentaba heridas de proyectil de arma de fuego y una cortada abdominal.

2. Según la fiscalía, las labores de investigación permitieron determinar nexos de algunos políticos de la región con la mencionada organización criminal para ejercer el control local. En particular, que la concejal H.A.M. y el personero municipal J.A.M.B., eran quienes instigaban a los paramilitares para dar muerte a sus opositores políticos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASACIÓN - Legitimación en el proceso / **CASACIÓN** - Legitimación en la causa / **CASACIÓN** - Interés para recurrir: identidad temática con la apelación, excepciones, cuando el recurrente postula un cargo de nulidad

«Tratándose de la interposición de los recursos dentro del proceso penal, es imprescindible cumplir las exigencias atinentes a la legitimación en el proceso y la legitimación en la causa. La primera, comporta que el recurrente ostente la condición de sujeto procesal o interveniente habilitado para actuar. La segunda, por su parte, está relacionada con el interés jurídico que le asiste al impugnante para atacar el proveído. Esto es, que la decisión le cause perjuicio a sus intereses, en tanto no hay lugar a inconformidad

frente a providencias que le reporten un beneficio o simplemente no lo perjudiquen.

En el ámbito del recurso extraordinario de casación, es postura decantada de la Sala que para acudir a dicho mecanismo, resulta necesario, por regla general, que el interesado haya impugnado el fallo de primer grado y, además, que exista identidad temática entre las pretensiones de la apelación y las de la demanda de casación.

[...]

De igual forma, la Sala ha reconocido que el principio expuesto admite algunas excepciones. Al respecto se precisó:

(...) ese imperativo sólo está exceptuado frente a las siguientes hipótesis: 1.- Cuando aparezca demostrado que arbitrariamente se le impidió el ejercicio del recurso de instancia. 2.- Cuando el fallo de segundo grado modifique su situación jurídica, de manera negativa, desventajosa o más gravosa. 3.- Cuando se trate de fallos consultables que causen perjuicio, para los eventos en que aún resulte procedente. **4.- Cuando el sujeto procesal proponga nulidad por la vía extraordinaria.** (CSJ AP, 16 feb. 2022, rad. 60702). (Negrilla ajena al texto original).

La última de estas reglas, esto es, cuando se pretenda la nulidad, ha sido ratificada recientemente por esta Corporación al sostener:

[I]a Sala ha establecido como una de las salvedades en torno a la legitimidad para recurrir en casación, cuando «[...] se invoque nulidad, siempre que la irregularidad represente un daño (confrontar sentencias del 17 de enero de 2002, 23 de junio de 2003, 16 de marzo de 2005 y 28 de septiembre de 2006, radicados 12.106, 17.401, 21.296 y 23.638, en su orden). En este asunto, el demandante en el segundo cargo propone una causal de nulidad, razón por la que en principio tendría interés y es dable determinar si el reproche es admisible. (CSJ AP, 2 oct. 2019, rad. 55821. Reiterada en CSJ AP, 18 mar. 2020. Rad. 56399).

En este asunto, el Tribunal Superior de Antioquia declaró que el defensor de JAMB no impugnó el fallo de condena de primer grado, pues si bien interpuso el recurso de apelación, no lo sustentó dentro del término legal. Esa situación confirmaría, en principio, que la demanda formulada a favor del mencionado procesado no

podría ser estimada por la Corte debido a la ausencia de interés jurídico del libelista.

Sin embargo, como lo reclamado en este asunto es la nulidad de la actuación al sustentarse quebrantado, justamente, el derecho a la doble instancia, es evidente que concurre una de las situaciones excepcionales establecidas por la jurisprudencia y le asiste interés al recurrente. Por ende, la Sala analizará de fondo, si su reproche es o no admisible».

DOBLE INSTANCIA - Garantía del debido proceso: impone al juez adelantar un control judicial efectivo a la sentencia controvertida

«El demandante acusó el fallo de nulidad debido a la existencia de un vicio de garantía que afectó el debido proceso de su representado. Aseguró que el Tribunal Superior de Antioquia declaró desierto el recurso de apelación incoado contra el fallo de primer grado, en el marco de un trámite contrario a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 194 de la Ley 600 de 2000, y a pesar de que éste fue interpuesto y sustentado dentro del término de ley.

Ciertamente, tiene dicho la Sala que el derecho a la doble instancia se erige como una garantía fundamental que integra el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta Política, consagrada en el artículo 31 ídem, y desarrollada en el artículo 18 de la Ley 600 de 2000, según el cual, “las sentencias y providencias interlocutorias podrán ser apeladas o consultadas, salvo las excepciones que consagre la ley”.

En materia penal, la segunda instancia se constituye en una garantía y un mecanismo idóneo y eficaz para la corrección por parte del superior, de los yerros en que pueda incurrir el inferior, posibilitándole al afectado con una decisión errónea o arbitraria pedirle al juez o autoridad competente la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. Le subyacen los derechos de impugnación y de contradicción».

DOBLE INSTANCIA - Se vulnera: cuando se impone una medida administrativa que limita el derecho del procesado a impugnar el fallo adverso a sus intereses / **NULIDAD** - Principio de la doble instancia / **NULIDAD** - Devido proceso: se configura / **DERECHO SUSTANCIAL** - Prevalencia / **RECURSOS** - Medios electrónicos: correo electrónico / **DERECHO SUSTANCIAL** -

Prevalencia: defecto procedural por exceso ritual manifiesto

«Visto lo anterior, resulta incuestionable para la Sala que le asiste razón al recurrente en su reclamo. Pese a que el defensor de JAMB interpuso y sustentó, en legal y oportuna forma, el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dictado el 9 de marzo de 2018 por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Antioquia, dicha alzada arbitrariamente no fue tramitada y se declaró desierta por el Tribunal Superior de Antioquia.

En efecto, según los antecedentes reseñados, confirmó la Corte que una vez proferida la sentencia de primer grado y efectuado el trámite de notificaciones, el apoderado del procesado en mención remitió al correo electrónico del Centro de Servicios de los Juzgados Penales Especializados de Antioquia secjpesant@cendoj.ramajudicial.gov.co, sendos memoriales a través de los cuales interpuso y sustentó, oportunamente, el respectivo recurso de apelación.

El primer escrito data del 23 de marzo de 2018 y, valga mencionar, milita a folios 172-173 del cuaderno del juzgado. El segundo, sin embargo, no obra en el expediente, pero - en virtud del informe rendido ante esta Corporación por el mencionado Centro de Servicios-, existe constancia irrefutable de que efectivamente fue enviado por el abogado y recibido por esa dependencia el 13 de julio siguiente, día en que según las constancias secretariales reseñadas en acápite anterior, vencía el plazo para presentar fundamentación de la alzada. Es decir, comprobó la Corte una realidad procesal muy distinta a la declarada por el Tribunal ad quem, en tanto se declaró deserto un recurso de apelación que había sido presentado y sustentado en los términos de ley.

Lo anterior, sin lugar a dudas, por el actuar caprichoso y negligente del Centro de Servicios de los Juzgados Penales Especializados de Antioquia que, en lugar de propender por el acceso efectivo a la administración de justicia, a través de los medios electrónicos, tal y como lo prevén los artículos 95 de la Ley 270 de 1996 y 103 del Código General del Proceso, terminó por restringirlo de manera absurda e injustificada.

Para la Corte, en realidad, es inadmisible que so pretexto del cumplimiento de una “regla” fijada al interior de esa dependencia -atinente a que el

email secjpesant@cendoj.ramajudicial.gov.co, solo estaba habilitado para trámite de notificaciones-, se haya omitido tramitar el memorial de sustentación del recurso de apelación presentado por el defensor de MB.

Principalmente, por razones de índole constitucional, pues una tal medida administrativa jamás puede sobreponerse al derecho fundamental del procesado de impugnar el fallo adverso a sus intereses. Menos aún, puede ser óbice para quebrantar el debido proceso por desconocimiento del verdadero decurso procesal, pues lo cierto en este caso es que el apoderado del enjuiciado cumplió con la carga de fundamentación del recurso, al enviar el respectivo memorial, al correo electrónico que, se impone precisar, justamente pertenecía al Centro de Servicios mencionado y era utilizado para el trámite de asuntos secretariales.

Además, por razones de carácter práctico en tanto se verificó, también, que en el marco de este proceso fue el Centro de Servicios el que previamente avaló ese correo electrónico para la recepción del escrito de interposición del recurso de apelación. Recuérdese, ciertamente, que el 23 de marzo de 2018, mediante email dirigido a la dirección

secjpesant@cendoj.ramajudicial.gov.co, el defensor del procesado había expresado su intención de impugnar el fallo de primera instancia y, en esa oportunidad, fue el propio Centro de Servicios el que imprimió ese correo y lo anexó a foliatura. Es decir, fue ese proceder el que generó en el abogado la confianza de haber actuado de manera correcta y la expectativa razonable de que podía utilizarlo en posteriores oportunidades con fines similares.

Por ende, no llama a dudas la existencia del vicio de garantía denunciado por el demandante. La irregularidad advertida, imputable al Centro de Servicios de los Juzgados Penales Especializados de Antioquia, comportó una flagrante violación al debido proceso y a las garantías fundamentales del procesado, en tanto le fue cercenada la posibilidad de acceder al recurso de apelación y, con ello, la oportunidad de rebatir la sentencia adversa a sus intereses.

Ahora bien, echa de menos la Corte que, en este asunto, el defensor no impugnó la decisión mediante la cual el Tribunal Superior de Antioquia declaró la deserción del recurso de apelación. No porque esa Corporación haya propiciado el error del abogado al no consignar,

expresamente, en el acápite resolutivo del fallo de segunda instancia, que contra la decisión que declaró la deserción del recurso de apelación procedía el de reposición. Sino por su propia incuria, en tanto los recursos operan por ministerio de la ley y los términos en que fue sustentada la demanda de casación demuestran que el defensor conocía perfectamente el sentido y alcance del artículo 194 de la Ley 600 de 2000.

Sabía de antemano y con absoluta claridad cuál era la naturaleza de la decisión que declara desierto el recurso de apelación -auto de sustanciación- y que contra ella procedía la impugnación horizontal. Empero, se apartó de ese entendimiento y omitió recurrir, a través del mecanismo idóneo previsto en la ley, la decisión contraria a sus intereses. Circunstancia que, en principio, daría al traste con su pretensión, en tanto podría sostenerse que el defensor acudió a la sede extraordinaria para corregir su propio error y revivir términos procesales precluidos a raíz de su propia desidia.

Sin embargo, considera la Sala que una interpretación tan rigurosa cercena el núcleo esencial del derecho al acceso a la administración de justicia y no se justifica dentro del marco del Estado social y democrático de derecho que nos rige, en el que el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal garantiza a los asociados mínimas condiciones de justicia y equidad.

La Corte Constitucional, en sentencia T-268 de 2010, reiterada, en providencia SU-041 de 2022, precisó: “(...) por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedural por “exceso ritual

manifesto” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales”. (Destaca la Sala).

Postura avalada por esta Corporación, bien en trámites de casación ora en asuntos de tutela, en los cuales se ha considerado que los funcionarios judiciales quebrantan el debido proceso cuando obstaculizan la efectividad de los derechos sustanciales, simplemente, por apego extremo a las formas.

Así las cosas, suficiente resulta lo expuesto para entender que dadas las especiales circunstancias observadas en este caso y las falencias cometidas por el Centro de Servicios de los Juzgados Penales Especializados de Antioquia, resulta procedente adoptar los correctivos necesarios para garantizar al procesado el trámite del recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente contra el fallo dictado el 9 de marzo de 2018 por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Antioquia. Lo anterior, en observancia de los principios de prevalencia del derecho sustancial e instrumentalidad de las formas procesales -artículo 228 de la Carta Política-, conforme a los cuales, las normas legales no son simples mandatos a los que se debe ceñir ciegamente el funcionario judicial, sino verdaderos caminos para hacer viable los fines que irradia el debido proceso.

Es que, enfatiza la Sala, de haberse tramitado la sustentación de la impugnación formulada por el defensor del procesado JAMB contra la sentencia condenatoria de primera instancia, se habría evitado que el ad quem declarara desierto ese recurso por falta de sustentación».

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: exhorta al Tribunal a imprimirlle celeridad al asunto

«En ese orden, además, surge imperativo prevenir a la mencionada Colegiatura sobre la necesidad de imprimirlle celeridad a este asunto, dada la inminente prescripción de la acción penal».

7. FUERO - Aforados constitucionales: competencia de la Sala de Casación Penal, Acto Legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas especializadas de instrucción y juzgamiento de aforados

/ DOBLE CONFORMIDAD -

Impugnación especial: se decide en Sala integrada por tres magistrados, distintos a los que participaron en el fallo de casación

/ DOBLE CONFORMIDAD -

Impugnación especial: competencia de la Sala de Casación Penal, no es posible que un fallo penal proferido por la Corte pueda ser revisado o modificado por un ente diferente

/ CONCIERTO PARA

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

En cumplimiento de la sentencia SU-373 de 2019, proferida por la Corte Constitucional, la Sala de Casación Penal, integrada por 3 magistrados, se pronunció sobre el instituto de doble conformidad incoado por el procesado M.E.M.D. y su apoderado, contra la sentencia proferida por una Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, que lo condenó como autor responsable del punible de concierto para delinquir agravado, en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los punibles de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (en concurso homogéneo sucesivo, en calidad de coautor), tentativa de homicidio agravado, en concurso homogéneo sucesivo, en condición de coautor, y porte de armas y munición de uso privativo de las fuerzas armadas, como coautor.

En esta ocasión, la Sala: i) Modificó el numeral primero de la sentencia impugnada, que condenó a M.E.M.D., como autor del punible de concierto para delinquir agravado, por sus nexos con las A.U.C.-, y, en su lugar, lo absolió por el mencionado delito; ii) Confirmó la sentencia en cuanto condenó a M.E.M.D. como autor del punible de concierto para delinquir agravado, por su relación con el grupo criminal Las Águilas Negras; iii) Modificó la sentencia que condenó a M.E.M.D., como coautor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por el envío de cocaína al exterior, en un peso “específico desconocido pero superior a los

2.000 gramos (sic)”, en su lugar lo absolió por este hecho; iv) Confirmó la sentencia de condena por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cometido en concurso homogéneo sucesivo, en calidad de coautor –envío de 1200 y 1500 kilogramos de cocaína-; y v) Confirmó la sentencia de condena por el delito de homicidio en grado de tentativa en concurso homogéneo simultáneo, en concurso heterogéneo con porte de armas y munición de uso privativo de las fuerzas armadas, como coautor.

Como consecuencia de la anterior decisión, modificó la pena inicialmente impuesta al procesado.

Para el efecto, la Sala, en primer lugar, avaló su competencia para pronunciarse sobre el instituto de doble conformidad, teniendo en cuenta que: (i) el fallo que se profirió emergió consecuencia obligatoria de la decisión de tutela con la cual la Corte Constitucional amparó el derecho a la doble conformidad del acusado y, (ii) por razones constitucionales de estricta jerarquía judicial, en lo que a la competencia refiere, no existe la posibilidad de que un fallo penal proferido por la Corte pueda ser revisado o modificado por un ente diferente, en sede de doble conformidad.

En segundo lugar, consideró que no hubo vulneración de los derechos al debido proceso y de defensa del recurrente, en tanto, la Sala de Primera Instancia lo condenó por el delito de concierto para delinquir agravado en la modalidad de promover grupos armados ilegales, conservando tanto el aspecto fáctico como el jurídico, indicados desde la vinculación del aforado al proceso.

Finalmente, analizó si la sentencia que, en única instancia, profirió una Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia –Sala Penal-, cumplía con el estándar probatorio para condenar, estudio del que concluyó que:

i) existe duda acerca de la real ocurrencia de los hechos relacionados con el delito de concierto para delinquir, dadas las alianzas a las que llegó, en su condición de alcalde del municipio de San Antero, con las autodefensas unidas de Colombia –Bloque Córdoba y Montes de María-, a partir del año 2003 y hasta julio de 2005;

ii) el concierto para delinquir con el propósito de financiar y promocionar a la organización criminal Las Águilas Negras y cometer el delito de narcotráfico, surgió a partir del año 2006, en su condición de alcalde de San Antero, por el liderazgo que representaba

como primera autoridad en esa zona, cargo que desempeñó hasta el 31 de julio de 2007, por lo que es ésta fecha, y no otra, la que se debe tener como la última de su intervención con la organización criminal, pues, no se demostró, ni siquiera por vía indiciaria, que con posterioridad a esa calenda continúo aliado con la organización al margen de la Ley.

iii) en lo atinente a la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en concurso, no puede concluirse que, como A.S. recibió quinientos mil dólares en una reunión, el cargamento debió ser superior a los 2000 gramos (sic), razón por la que, respecto del tercer envío de alcaloide, existe duda razonable.

iv) los ilícitos de homicidio tentado y porte ilegal armas de uso privativo de las fuerzas militares, fueron demostrados en el proceso, sin que haya duda acerca de que, en los mismos tuvo directa participación el aforado.

SP3815-2022(49315) de 09/11/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

M.E.M.D., fue acusado atendiendo los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

i) Incurrir en el delito de concierto para delinquir agravado, por cuanto, para salir electo alcalde de San Antero, en las elecciones de 2003, periodo constitucional 2004-2007, se alió con la organización paramilitar que operaba en el departamento de Córdoba - Bloques Córdoba y Montes de María- a cambio de promocionarlas y financiarlas, una vez electo. Con esos propósitos contó con el apoyo del alcalde saliente W.P.P., reconocido aliado paramilitar de la mencionada organización.

Estas alianzas permanecieron en el tiempo, con relación al Bloque Córdoba, a partir de 2003, hasta enero de 2005, época última en que se desmovilizó su comandante paramilitar A.A.S., alias A; y, respecto del Bloque Montes de María, perduraron hasta el 14 de julio 2005, cuando se sometió al proceso de justicia y paz E.C.T., alias D.V.

ii) En su condición de alcalde de San Antero, a partir del año 2006 y por lo menos hasta el 15 de mayo de 2012, en que fungió como senador de la República, acordó la promoción y

financiación de la organización criminal Las Águilas Negras, liderada por el ex paramilitar A.A.S. -excomandante militar de S.M.G.- a cambio de que éstos prestaran seguridad a la banda dedicada al narcotráfico, de la que el investigado hizo parte, con el objetivo de sacar del país hacia centro américa cargamentos de cocaína.

iii) En cumplimiento de ese acuerdo de voluntades y en aras de materializar los ilícitos, para finales de 2006 -cuando aún fungía como alcalde de San Antero- la organización de narcotráfico, con el apoyo de Las Águilas Negras, logró sacar del país 3 cargamentos de cocaína.

iv) Para finales de 2006, el acusado tomó parte en la planeación y ejecución del atentado contra la vida de W.J.P.P., llevado a cabo en horas de la madrugada del 26 de noviembre de ese año, en la residencia de la víctima, ubicada en el municipio de San Antero, sitio en el que accionaron varias granadas de fragmentación -de uso de las fuerzas militares- y utilizaron armas de fuego; sin embargo, por motivos ajenos a la voluntad de los actores, W.J.P.P. y su familia -siete personas que en la vivienda dormían-, resultaron ilesos.

El aforado había fraguado el homicidio con la intención de incumplir los acuerdos económicos pactados con W.J.P.P., quien, como alcalde de San Antero, lo había patrocinado para llegar a la alcaldía de ese municipio en las elecciones de 2003, por lo que, para la materialización del atentado contó con la venia del grupo criminal Las Águilas Negras, quienes asignaron su ejecución a Y.E.S.G., «alias E.C.»

Para realizar el plan criminal, el aforado habría aportado dinero dirigido a la compra de las armas, con el cual adquirieron 3 revólveres calibre 38, 3 pistolas, 12 granadas, 2 cajas de tiro 9 milímetros y 30 tiros 9 milímetros «dum».

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: evento en que la Sala da cumplimiento a una sentencia de tutela

/ DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: competencia de la Sala de Casación Penal

/ DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: precisión efectuada en

la sentencia SU-373 de 2019 **/ FUERO** - Aforados constitucionales: competencia de la Sala de Casación Penal, Acto Legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas especializadas de

instrucción y juzgamiento de aforados / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: reglas de acceso al recurso, si se concede, se ordenará en el mismo auto sortear el asunto entre los magistrados que no hicieron parte de la Sala que dictó la sentencia impugnada / **DOBLE CONFORMIDAD**

- Impugnación especial: se decide en Sala integrada por tres magistrados, distintos a los que participaron en el fallo de casación / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial:

competencia de la Sala de Casación Penal, no es posible que un fallo penal proferido por la Corte pueda ser revisado o modificado por un ente diferente

«[...] la Sala debe advertir que la controversia planteada se verifica completamente impertinente, por dos razones fundamentales, que son ampliamente conocidas por el procesado: (i) el fallo que aquí se profiere emerge consecuencia obligatoria de la decisión de tutela con la cual la Corte Constitucional amparó el derecho a la doble conformidad del acusado y, (ii) por razones constitucionales de estricta jerarquía judicial, en lo que a la competencia refiere, no existe la posibilidad de que un fallo penal proferido por la Corte pueda ser revisado o modificado por un ente diferente, en sede de doble conformidad.

[...]

En este sentido, si lo buscado por el acusado, es que sea un Tribunal el que verifique la justicia del fallo de primer grado, se ofrece inaceptable, simplemente porque conduce a que un ente de inferior categoría examine, en sede ordinaria, con posibilidad de modificación o revocatoria, lo decidido por el superior, circunstancia que por sí misma desnaturaliza la esencia de los recursos, estimada como tal la doble conformidad.

Ahora bien, en lo que toca con el primero de los aspectos arriba relacionados -necesidad de cumplir el fallo de tutela expedido por la Corte Constitucional-, aunque para el 31 de mayo de 2018, momento en que se condenó al procesado, aún no habían entrado en funcionamiento las Salas de Instrucción y Especial de Primera Instancia, pese a estar vigente el Acto Legislativo 01 de 2018, ese asunto fue objeto de controversia y dilucidado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el acápite de la competencia, en la sentencia ahora examinada, reafirmando su competencia para juzgar y emitir sentencia en única

instancia en el proceso adelantado contra el actor, [...]

Aspecto éste reconocido por la Corte Constitucional, dado que en la Sentencia SU 373 de 15 de agosto de 2019, en la cual protegió el derecho fundamental del actor de acceso a la administración de justicia, indicó, que pese a estar vigente el Acto Legislativo 01 /2018, “la Sala Especial de Primera Instancia sólo entró en funcionamiento el 18 de julio siguiente -fecha en la cual se posesionaron los magistrados que la integran-, esto es, aproximadamente mes y medio después de que la Sala de Juzgamiento emitió sentencia en el presente caso”; por lo que, indicó que la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia se vio en la necesidad de proferir el respectivo fallo en única instancia, para no vulnerar, entre otros derechos fundamentales del procesado, el debido proceso -en la faceta relativa a que su situación se resolviera en un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas-, el desconocimiento del deber de administrar justicia con celeridad y diligencia (art. 229 de la C.P.), así como el carácter perentorio de los términos -art. 15 de la Ley 600 de 2000-.

[...]

Además de lo anterior, la Corte no puede pasar desapercibido que por regulación del canon 235 constitucional, modificado por el art. 3 del Acto Legislativo ib, corresponde a la Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que no hayan participado en la decisión, conforme lo determina la ley, resolver la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala. (subraya fuera de texto)»

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: promover grupo ilegal / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Acuerdo entre grupos armados ilegales y representantes de la institucionalidad / **CONCIERTO PARA ORGANIZAR, PROMOVER O FINANCIAR GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY** - Alcance de la Ley 1121 de 2006 / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Entre la indagatoria y la resolución de acusación: no se vulnera, por el hecho de que no se hayan puesto de presente todos los aspectos tratados en la decisión que convocó a juicio / **CONGRUENCIA** - Entre la resolución de situación jurídica y la resolución de acusación

«La defensa tiene razón cuando indica que al momento de la vinculación del aforado mediante indagatoria, sólo se le atribuyó lo relacionado con los posibles vínculos y convenios realizados con las A.U.C., para promocionarlas, más no lo relacionado con la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tipificado en el artículo 345 del Código Penal, modificado por el artículo 16 de la Ley 1121 de 2006.

[...]

De las anteriores consideraciones se colige que la imputación jurídica que se hace en un momento procesal como la indagatoria, generalmente en estados primarios de la investigación, no es vinculante frente a las decisiones ulteriores, pues el análisis del funcionario o la prueba sobreviniente pueden incidir en la variación de la adecuación típica de la conducta que se endilga, de ahí que lo que no puede ser objeto de variación durante toda la actuación, es el núcleo esencial de la imputación fáctica.

En consecuencia, no obstante que al procesado no se le hicieron conocer en ese momento procesal las disposiciones legales que describían inequívocamente los comportamientos endilgados, sí se le informó que se le estaba vinculando a una investigación penal por el delito de prevaricato por acción y que esta conducta se había cometido dentro de una actuación judicial que se seguía por el delito de homicidio, circunstancia que finalmente es la constitutiva de la agravación que echa de menos el recurrente. Así como se le informó que se le investigaba por el delito de cohecho propio, por haber recibido dinero para ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales.

En consecuencia, conforme lo ha sostenido esta Corporación , no constituye un vicio con la fuerza necesaria para invalidar la actuación, el hecho que durante la indagatoria se le hiciera una imputación fáctica provisional y jurídica con algunas deficiencias, porque la trascendencia de la omisión radica en que el sindicado ignore absolutamente cuáles son las conductas por las que se le investiga y se le impida ejercer su derecho de defensa -subraya fuera de texto- (CSJ SP, 28 May. 2010, Rad. 33095, 25 Feb. 2015, Rad. 44235, y 8 Jul. 2020, Rad. 55788)»

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

políticos, a través de la promoción de grupo armado al margen de la ley / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, a través del apoyo financiero al grupo armado al margen de la ley / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, que el procesado tenga relación con otros políticos condenados por este tipo penal, no lo hace, de manera automática, responsable, sino que debe ser demostrado / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: existencia de pruebas que conduzcan a la certeza del hecho y la responsabilidad penal del acusado (Ley 600 de 2000)

«La Sala encuentra que las pruebas incorporadas respecto de este acontecer no lograron derribar la presunción de inocencia de MD, por cuanto, a diferencia de lo sostenido por la Sala de Juzgamiento, no fue posible acreditar sus nexos con las autodefensas unidas de Colombia -AUC-, en específico, con los denominados BLOQUE HÉROES MONTES de MARÍA y CÓRDOBA, menos su patrocinio y financiación.

[...] del relato de MG -insiste la Sala- no se puede inferir, con la certeza que exige la norma -art. 232 Ley 600 de 2000-, que la organización paramilitar por él liderada, patrocinó a MD, para llegar a la alcaldía de SAN ANTERO, en el año 2003, y que éste, a cambio, una vez electo, se comprometió a su promoción.

[...]

Reitera la Sala que no se duda de las alianzas de WPP con el grupo paramilitar, pero en este asunto, los medios de prueba allegados a la actuación no logran demostrar que, aun cuando MD contó con el apoyo de aquél para llegar a la alcaldía, de la misma forma recibió auspicio de la organización delincuencial, a cambio de financiarlas y promocionarlas, una vez elegido alcalde de SAN ANTERO.

[...]

Por tanto, existiendo duda acerca de la real ocurrencia de estos hechos, se revocará el fallo de condena para, en su lugar, absolver a MEMD, por el delito de concierto para delinquir agravado dirigido a promover y a financiar a las autodefensas que operaron en Córdoba -Bloques Montes de María y Córdoba-, conforme lo establece el artículo 340, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, en concordancia, con el artículo 29 ibidem,

por hechos que, se dijo, tuvieron ocurrencia entre el año 2003 y julio de 2005.

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: promover grupo ilegal, verbos rectores / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: demostración / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, demostración, espacio temporal de los hechos / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: valoración en conjunto con los demás medios de prueba

«Valga precisar que la Corte, respecto del delito de concierto para delinquir en la modalidad de promocionar grupos armados al margen de la Ley, ha señalado que contiene diversos verbos rectores de carácter alternativo en la que incluyen, además, la promoción, apoyo, mantenimiento y financiación de grupos armados al margen de la ley -C.S.J. rad. 31244, de 25 de abril de 2012, rad. 32785 de 5 sept. 2018-.

[...]

La Sala no duda de lo que al respecto afirmó el testigo SG, por la sincronía que guardó su relato con lo afirmado por CT y MG, sin que se pueda decir que se trató de una componenda elaborada en contra del procesado, dado que éstos, incluso, indicaron que no conocieron al testigo como integrante de las autodefensas por ellos liderada, por lo que de entrada se descarta que se reunieran para ejecutar la supuesta conspiración.

Por su parte, ninguna razón distinta a contar la verdad, tendría MG para declarar en contra de AS, pese a que fue su jefe militar en las AUC, si no fuera porque, como de igual manera lo atestaron CT y SG, efectivamente el testigo decidió rearmanse y conformar la organización LAS ÁGUILAS NEGRAS, después de la desmovilización.

De suerte que resulta infundada la teoría de la defensa acerca de que la acusación de MG en contra de AS, provino de las sindicaciones que en ese sentido, sin fundamento, realizara la ex congresista EP -allegada a MG-, con el fin de impedir la aspiración del testigo al Congreso.

[...]

Cobra gran relevancia, entonces, lo afirmado por SG, en tanto, no solo fue un hecho cierto la llegada de ex integrantes paramilitares a SAN ANTERO y las alianzas de éstos con las principales autoridades del municipio, entre los que mencionó políticos, comerciantes y ganaderos, aspectos de los que igualmente

dieron cuenta los líderes paramilitares mencionados, sino que el informe del C.T.I., del 4 de abril de 2012 , contrastó la mencionada información, al identificar a JAAS, «alias comandante A», como un paramilitar que perteneció al BLOQUE CÓRDOBA, señalado tercero en jerarquía en la zona, después de CCG y SMG.

[...] la Sala comparte los planteamientos del fallo de instancia, por cuanto, en torno a este acontecer, las pruebas incorporadas a la actuación dan la certeza de que el aforado MD, es autor responsable del delito de concierto para delinquir para financiar y promocionar a la organización criminal LAS ÁGUILAS NEGRAS, a la cual permitió su ingreso en el municipio de SAN ANTERO, con el fin de promocionarlas, cometer el delito de narcotráfico y financiar el terrorismo, en tanto, entregó dinero para la obtención de armamento dirigido a la ejecución de actividades por fuera de la Ley.

El aforado actuó con dolo. Dada su trayectoria como dirigente político; en su condición de alcalde de SAN ANTERO le era exigible un comportamiento diverso, pues, tenía el poder de contrarrestar, junto con las demás autoridades, a las bandas criminales que allí operaban; pero, contrariando mandatos legales decidió delinquir, por lo que no es posible aceptar que actuó amparado en una causal de ausencia de responsabilidad.

Finalmente, es importante precisar que tanto la acusación como el fallo emitido por la Sala de Juzgamiento sostuvieron que la conducta aquí analizada mantuvo permanencia en tiempo, a partir del año 2006, cuando el aforado ocupaba el cargo de alcalde de San Antero, hasta el 15 de mayo de 2012, en que fungió como Representante a la Cámara.

[...]

Sobre el punto, le asiste razón a la defensa al indicar, de un lado, que no existe evidencia de que el concierto para delinquir, pactado con LAS ÁGUILAS NEGRAS y organizaciones dedicadas al narcotráfico, se hubiere perpetrado hasta el año 2012, dado que para entonces el testigo se encontraba privado de la libertad.

[...] lo que arroja el proceso, es que los nexos con la mencionada organización criminal surgieron a partir del 2006, en su condición de alcalde de SAN ANTERO, por el liderazgo que representaba como primera autoridad en esa zona costanera, cargo que desempeñó hasta el 31 de julio de 2007, por lo queería

ésta fecha, y no otra, la que se debe tener como la última de su intervención con la organización criminal, pues, no se demostró, ni siquiera por vía indicaria, que con posterioridad a esa calenda continúo aliado con la organización al margen de la Ley.

Téngase en cuenta que SG fue capturado el 12 de diciembre de 2006, sindicado de haber intentado asesinar a WPP, según se indica, por mandato de MD, por lo que sería imposible que desde el encierro -en el que aún seguía para el 15 de mayo de 2012 en que rindió la ampliación de declaración-, pudiera dar cuenta de las actividades que en adelante siguió realizando el aforado con la organización criminal, por lo menos respecto de su quehacer posterior a la terminación del mandato como alcalde.

Por su parte, no resulta posible tener por finalizadas esas alianzas el 28 de diciembre de 2006, cuando fue asesinado en Medellín AAS, uno de los cabecillas de la organización criminal LAS ÁGUILAS NEGRAS, como lo dice la defensa, dado que con ello no desapareció la estructura delincuencial, entre otras razones, porque como segundo al mando estuvo el ex paramilitar IR alias «J», y del lado de la organización criminal dedicada al narcotráfico se encontraban, entre otros, JENB, «EL CN» y MP, alias «M» -ambos narcotraficantes de la región-, sin que ninguno de ellos hubiere fallecido para el 31 de diciembre de 2007, fecha en que terminó el acusado su mandato.

Ahora, como la modificación que aquí se hace, trasciende sin duda, en la sanción de prisión impuesta por la primera instancia, la misma será redosificada al final de este proveído, [...]

Igual situación se presenta con relación a la multa impuesta, de trece mil doscientos setenta y cinco (13.275) SMLMV, la que de igual forma será objeto de disminución por las consideraciones atrás señaladas».

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: contradicciones / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: contradicciones, aunque existen no son trascendentales / **PRUEBA** - Libertad probatoria

«Es necesario partir por indicar que no es objeto de discusión, por estar ello debidamente sustentado a lo largo de este proveído, que la principal fuente de financiamiento de las organizaciones

criminales que operaron en SAN ANTERO, lo fue el narcotráfico, como lo sostuvieron los ex paramilitares [...]

Esa misma forma de financiamiento, adveró en concreto MG, fue la que utilizaron los ex paramilitares como AAS, cuando se rearmaron y ocuparon de nuevo territorios de la zona costanera en Córdoba, que eran corredores estratégicos de movilidad de alcaloide, entre ellos, los municipios de SAN ANTERO, SAN BERNARDO y PUERTO ESCONDIDO; al sitio llegaron, entre otras organizaciones al margen de la Ley, LAS ÁGUILAS NEGRAS, LOS PAISAS y “otra gente” de Medellín.

[...]

De lo evocado se extrae que, cuando LAS ÁGUILAS NEGRAS llegaron a SAN ANTERO, a mediados de 2005, ya los nexos de los narcotraficantes con las primeras autoridades del municipio resultaban palpables; tanto así, que fue LC, alias «M», narcotraficante de la zona, quien los relacionó directamente con WPP y MD, mandatario, para ese momento, de la región.

Este acontecimiento es importante traerlo nuevamente en contexto, para verificar que a pesar de las imprecisiones en que incurre SG, respecto de los lugares y fechas de las reuniones, en el fondo ello no tiene la connotación que la defensa le otorga, por cuanto, en lo que hace relación con el tema central del tráfico de drogas y la participación del aforado en los hechos delictivos, el testigo mantiene firme y uniforme su relato.

[...]

Ahora, la Corte de manera reiterada ha sostenido que al analizar el testimonio, lo que destruye su valor y credibilidad es la verdadera contradicción, interna o externa, sobre aspectos esenciales, relevantes, cuya depreciación será mayor cuando sea menos explicable la inconsistencia (CSJ SP 17 jun. 2010, rad. 33.734, reiterada en CSJ SP 22 may. 2013, rad. 40.555).

[...]

Con relación a los dos primeros cargamentos enviados a Centroamérica, SG mantuvo consistente su relato. No sólo respecto de quienes participaron en las operaciones ilícitas, sino con relación al reparto de ganancias, aspectos que se corrobora con los demás medios de conocimiento, los que no dejan duda de la presencia en SAN ANTERO de personas dedicadas al narcotráfico, así

como del apoyo dado a éstas organizaciones por parte de LAS ÁGUILAS NEGRAS, en las que el testigo actuó como jefe de seguridad, por lo que tuvo directo conocimiento de los envíos y de la participación del aforado en ambos ilícitos.

Así las cosas, no cabe duda que en el municipio de SAN ANTERO Córdoba y sitios circunvecinos, operó una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, la cual, para finales de 2006 logró enviar dos cargamentos de alcaloide con un peso de 1.200 y 1.500 kilogramos cada uno, con destino a Centroamérica, hechos en cuales participó el acusado MD.

Para esa época el acusado ostentaba la calidad de alcalde de SAN ANTERO Y permitió que la organización dedicada al narcotráfico, de la cual hizo parte, sacara del país la cantidad de alcaloide indicado, por lo que de manera dolosa vulneró el bien jurídico de la salud pública, sin que a su favor surja causal alguna que justifique su reprochable proceder.

Por consiguiente, la Sala confirmará la condena, por el delito de tráfico de estupefacientes, al haberse demostrado que, con conocimiento de causa, MD participó con la organización criminal, pero sólo en el envío de 1.200 y 1.500 kilogramos de cocaína hacia Centroamérica, conforme atrás quedó señalado.

Ahora, tanto en la acusación como en la sentencia de condena, se alude a un tercer envío “del cual se ignora la cantidad exacta, pero en atención a la repartición de las ganancias «es superior a 2000 gramos (sic)».

[...] la Corte no puede concluir que, como AS recibió quinientos mil dólares en esa reunión, el cargamento debió ser superior a los 2000 gramos (sic), en virtud a que el testigo no hizo referencia a esa cantidad de alcaloide, sino que, advirtió, no supo “(...) qué negocio ya grande estaban haciendo ellos por fuera”, manifestación que impide establecer si, además del envío de cocaína, hubo alguna otra transacción ilícita de la que no se enteró el referido testigo -YSG- o, siquiera, cuál fue la naturaleza del pago y cómo pudo intervenir en ello el acusado.

En esas condiciones, respecto del tercer envío de alcaloide “con peso específico desconocido, pero superior a los 2000 gramos (sic)”, la Sala absolverá a MD, en aplicación del principio in dubio pro reo -art. 7 Ley 906 de 2004-

TENTATIVA DE HOMICIDIO - Demostración / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES – Demostración

«Para la Sala, contrario a lo que refiere la defensa, SG no falta a la verdad. Está probado que participó en el atentado contra PP, tanto así, que por esos hechos actualmente se encuentra condenado, por lo que no cabe duda que conoció las razones por las que se perpetró el crimen y quiénes fueron sus autores intelectuales, en particular, MD, quien, como se verá, contaba con razones de sobra para acabar con la vida de PP.

[...]

Las razones que entregan SG y PP para advertir por qué MD pretendía acabar con la vida del segundo, resultan coherentes, pues, no solo quiso sustraerse de cumplir los compromisos a los que había llegado con este, entre los que se encontraba el pago de tres mil millones de pesos, sino que, según lo afirmó el primero, se había constituido en una «piedra en el zapato» para la organización de narcotráfico a la que pertenecían.

[...] si bien, RMDP, «alias EL R» también terminó retractándose de su primera versión, en la que señalaba a MD por su autoría en estos hechos, la Sala otorga credibilidad a inicial atestación, [...]

Por supuesto que ese cambio repentino de versión resulta a todas luces inverosímil, de un lado, porque en la primera exposición dio una serie de detalles que hicieron creíble su relato, al tanto que nada explica la modificación, que de entrada se observa producto de un libreto aprendido, claramente dirigido a favorecer al acusado, sin pasar por alto la impropiedad que surge de atribuir a un confeso asesino la inadvertencia de ir contando sus crímenes.

[...]

Igual situación ocurre con la segunda versión ofrecida por el funcionario del D.A.S., CJSB, cuando pone en duda los señalamientos que en contra de MD, realizó EEVL , aunque, lo cierto es que ratificó la información dada en diligencia del 2 de diciembre de 2006 , seis días después del atentado, ante la Fiscalía Local del CTI de Lorica, acerca de la información obtenida en la Wiskeria de su propiedad.

[...]

Es evidente, entonces, que se realizaron actos inequívocamente dirigidos a terminar con la

vida, no sólo de WPP, sino de 8 personas más, en la madrugada del 26 de noviembre de 2006.

[...]

Atentado en el que el aforado convino un precio para su realización, utilizándose para el efecto dos pistolas, dos revólveres, doce granadas, y 30 tiros dum dum.

Ninguna controversia existe, acerca de que en el atentado hubo integrantes de la Policía Nacional de SAN ANTERO, pues no otra razón válida explica que encontrándose ubicado dicho cuerpo uniformado a escasas cuadras de la casa de PP, no hubieran reaccionado inmediatamente ocurrida la detonación, y menos que sorpresivamente el vehículo resultara varado cuando se hallaban en la persecución de los que cometieron el

atentado, por lo que cobra fuerza probatoria lo señalado [...]

En ese orden, los ilícitos de homicidio tentado y porte ilegal armas de uso privativo de las fuerzas militares, igualmente fueron demostrados en este proceso, sin que quede duda que en los mismos tuvo directa participación el aforado, razón por la que se confirmará la condena contra MD, al hallarlo coautor responsable del delito de homicidio agravado, en grado de tentativa -arts. 27, 103 y 104 numerales 4 y 7 del Código Penal-, cometido dentro del contexto del plan criminal fraguado para dar muerte a WPP, en concurso homogéneo simultáneo -tentativas de homicidio, de conformidad con los artículos 29 y 31 del Código Penal- en concurso heterogéneo con el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares -art. 366 del C.P.-».

Inicio

8. IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: sustituye el elemento infracción al deber objetivo de cuidado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** -

Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** -

Excepciones: posición de garante / **DELITO IMPRUDENTE** - Se configura: cuando el comportamiento supera el riesgo jurídicamente permitido con infracción del deber objetivo de cuidado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Limitaciones al principio de confianza: no aplica con igual rigor cuando se trata de niños, ancianos o personas con alguna discapacidad / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: evaluación ex ante respecto del riesgo creado y ex post frente al resultado

La Sala de Casación Penal resolvió la impugnación especial promovida por el defensor de L.E.C.B. contra la sentencia dictada por la Sala de Con jueces del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que, por primera vez en segunda instancia, condenó al nombrado por el delito de homicidio culposo.

En esta oportunidad, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte revocó el fallo impugnado y, en su lugar, restableció la sentencia dictada en primera instancia, en

cuanto absolvio a L.E.C.B. del delito de homicidio culposo; pues, la Fiscalía, no logró cumplir con una actividad investigativa completa, que permitiera desentrañar lo verdaderamente ocurrido en el *sub lite*.

Para decidir, la Sala analizó el delito imprudente en la teoría de la imputación objetiva y concluyó que, en ésta, lo trascendente es: i) que el resultado sea consecuencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) que el riesgo se haya realizado en el resultado; elementos que el juez debe verificar desde una perspectiva *ex ante*, con particular atención en los conocimientos especiales que el sujeto tenía para ese momento.

SP3790-2022(56430) de 02/11/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

Salvamento de voto:
Myriam Ávila Roldán
Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente a las 3:15 p.m. del 23 de junio de 2006, L.E.C.B., quien conducía una volqueta, ingresó, debidamente autorizado, al terreno ubicado en el barrio Las Brisas de la

Comuna de Villa Santana de la ciudad de Pereira, para vaciar escombros.

2. Antes de proceder a tirarlos, se parqueó en el lugar durante unos 10 a 15 minutos y, al iniciar la marcha, atropelló con las llantas traseras derechas, al menor J.A.B.V., de 9 años, que estaba jugando pelota en el sector. El niño murió instantáneamente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: sustituye el elemento infracción al deber objetivo de cuidado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Elementos para su existencia / **DELITO CULPOSO** - Aspectos generales: creación de un riesgo y su nexo causal con el resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Excepciones: posición de garante / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Limitaciones al principio de confianza / **DELITO IMPRUDENTE** - Configuración: requiere que la acción se haya ejecutado sin el cuidado exigible ex ante al sujeto / **DELITO IMPRUDENTE** - Imputación objetiva: requiere verificar la creación de un riesgo no permitido / **DELITO IMPRUDENTE** - Se configura: cuando el comportamiento supera el riesgo jurídicamente permitido con infracción del deber objetivo de cuidado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Limitaciones al principio de confianza: no aplica con igual rigor cuando se trata de niños, ancianos o personas con alguna discapacidad / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: evaluación ex ante respecto del riesgo creado y ex post frente al resultado / **DELITO CULPOSO** - Infracción al deber objetivo de cuidado: elementos a analizar / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Principio de confianza, se superpone el principio de defensa

«Acorde con lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal (Ley 599 de 2000) la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción a un deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible o, habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

La Sala ha resaltado cómo, en la teoría de la imputación objetiva, se ha sugerido la sustitución del elemento infracción al deber objetivo de cuidado por el de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, “para con

ello desligar la atribución de responsabilidad a la simple relación causal con la acción (u omisión), de allí que el juicio de valor se concreta tanto en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento jurídico como con la realización de dicho riesgo en el resultado” (CSJ SP3360-2019, rad. 54896).

Pues bien, el sistema jurídico penal se ha ocupado de determinar cuándo a un sujeto se le debe atribuir la lesión a un bien jurídico y cuándo dicha afectación es objeto de la mera causalidad. Mientras en el causalismo, la imputación se derivaba de un estricto dogma causal, con el finalismo se centró en un análisis de intencionalidad de la conducta. Luego, con la teoría de la imputación objetiva -el postulado sobre el cual gira fue propuesto a comienzos del siglo XIX por Hegel, para quien el resultado era la obra derivada del comportamiento del autor, pues consideraba que a una persona solo se le podía imputar aquello que constituyera su obra y no lo que sea resultado de la simple casualidad, de la mala suerte o del destino-, se buscó darle una interpretación al juicio de imputación, despojándolo de un contenido eminentemente naturalístico y soportarlo en consideraciones de carácter social. Al derecho penal no le interesa, entonces, la simple acción naturalística, sino aquella que tiene un significado social, esto es, la que defrauda a la sociedad, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales.

En ese orden, la responsabilidad penal gira en torno al ámbito de competencia de cada individuo, de modo que solo se le reprochará penalmente el actuar desviado frente a ese espectro, en cuanto respecto de él tiene posición de garante.

[...]

Así las cosas, la teoría de la imputación objetiva no se contrae tan solo al resultado, ni a la relación entre éste y la acción naturalística, lo trascendente es (i) que el resultado sea consecuencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) que el riesgo se haya realizado en el resultado, entendiendo el “último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas”. Solo habrá responsabilidad penal si se verifican ambos elementos.

El juez, al ocuparse sobre el primero de ellos y establecer si el agente infringió el deber objetivo de cuidado que le impone su rol en la sociedad o la actividad riesgosa que

despliega, habrá de analizar la situación como si fuese un observador situado en las mismas condiciones de aquél en el instante en que llevó a cabo la acción, es decir, desde una perspectiva ex ante, con particular atención en los conocimientos especiales que el sujeto tenía para ese momento (CSJ SP3736-2021, rad. 56190).

La actividad de conducción, aunque es un riesgo permitido, constituye uno de los ámbitos típicos del delito imprudente. Si se exceden los límites de velocidad permitidos o se ignoran los deberes y prohibiciones establecidos por la ley y la sociedad, se desborda esa frontera autorizada y se crea un riesgo no permitido, que resulta relevante para el derecho penal.

[...]

El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos. (CSJ SP, 24 oct. 2007, rad. 27325)

Ahora bien, una de las manifestaciones del riesgo permitido es el principio de confianza, en virtud del cual el individuo actúa sobre el supuesto de que los demás lo harán acorde con las previsiones sociales de conducta, es decir, dentro del marco reglamentario. Sin embargo, tal postulado no aplica con igual rigor cuando se trata de niños, ancianos o personas con alguna discapacidad física o sensorial. En dichos eventos, para CB, “el principio de defensa se superpone al principio de confianza”, toda vez que el individuo se convierte en garante frente a reacciones imprevisibles de aquellos, lo que determina

incluir medidas de cuidado extraordinarias para así contrarrestar el peligro especial que provenga de la conducta de alguna de esas personas.

No obstante, para la misma autora, la ampliación de ese ámbito de responsabilidad del conductor “debería limitarse en el sentido de que esto sólo fuera posible cuando éste pudiese, ex ante, advertir la configuración de la víctima y, con ello, su posible actuación “imprevisible” y no aplicar el principio de defensa cuando el autor no pudo conocer la “clase de víctima” a la que afectaba su conducta”.

En síntesis, el juzgador habrá de examinar si el procesado creó un riesgo no permitido y si, como consecuencia de ello, se produjo el resultado relevante para el derecho penal, toda vez que la mera causalidad no es suficiente para la imputación jurídica del resultado (artículo 9 de la Ley 599 de 2000). Se requiere “demostrar tanto la relación causal entre el comportamiento examinado y el resultado lesivo como la concurrencia del tipo subjetivo, entendido como el conocimiento que el sujeto tenía del riesgo creado con su conducta”. (CSJ SP, 6 may. 2020, rad. 56299)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: corresponde a la fiscalía establecer las circunstancias del tiempo, modo y lugar, así como la existencia de los elementos del tipo y las categorías de antijuridicidad y culpabilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos

jurídicamente relevantes: cuando se trata de delitos culposos o imprudentes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Adición a la imputación: mecanismo idóneo para modificar la premisa fáctica derivada de los actos de investigación

«Cuando se procede por un delito imprudente, a la Fiscalía le asiste la obligación, desde el mismo momento de la imputación, de concretar cuál fue la acción u omisión del procesado que incrementó ese riesgo jurídicamente permitido. Si bien la Corte ha señalado que, tratándose de esta clase de conductas punibles, no es necesario hacer una relación detallada de las normas de tránsito que se consideran infringidas por parte del implicado, máxime porque no toda infracción del deber de cuidado se concreta en violaciones a disposiciones de esa naturaleza, si es imperioso que “se precise cómo se pasó por alto dicho deber objetivo de cuidado, esto es, cuál fue la desatención,

omisión, negligencia, impericia o violación de normas que condujo al resultado dañoso” (CSJ SP4792-2018, rad. 52507)»

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Prueba de referencia: no la constituye una declaración anónima / **ANÓNIMO** - No es un medio de prueba: por lo tanto no puede ser prueba de referencia

«El Tribunal reprobó penalmente la conducta de LECB porque (i) ingresó al lugar con la clara intención de deshacerse de unos escombros, obviando que ya no había permiso para ello y (ii) aunque tuvo tiempo para observar los niños jugando, no tomó las medidas de precaución necesarias, con lo cual creó un peligro no abarcado por el riesgo permitido.

En criterio de la Corte, esos argumentos son insostenibles -el primero- y no encuentran respaldo probatorio -el segundo-.

Tal y como lo dejó entrever el defensor en su impugnación, la eventual falta de autorización para tirar el material en el sector donde ocurrió el suceso no posee nexo causal con la muerte de J.A.B.V. Se trata, tan solo, de una medida administrativa orientada a proteger el medio ambiente.

Además, en dicha zona -así lo reconoció el ad quem- era usual, hasta días previos al suceso, la entrada de vehículos pesados con tales propósitos, no había un letrero que prohibiera esa actividad y, de cualquier modo, el acusado no alcanzó a arrojar los escombros-se demostró que, luego del accidente, estaban intactos bajo la carpeta-.

Por dicha razón, no es posible si quiera reconocer que el implicado hubiese creado una fuente de peligro que le impusiera luego alguna posición de garante.

Aun de aceptar, en gracia de discusión, lo contrario, lo cierto es que esa situación no podría serle reprochada ahora al enjuiciado, pues el fallador desbordó el marco fáctico de la imputación al afirmar que CB solo poseía autorización para transportar desechos, no así para deshacerse de los mismos en el sitio.

[...]

De cualquier manera, las pruebas son insuficientes para reconstruir lo acaecido y determinar qué fue lo que el acusado hizo o dejó de hacer y si violentó o no su deber objetivo de cuidado. Al igual, tampoco permiten afirmar, como lo sugirió la Juez de primer grado, que el resultado hubiese sido culpa exclusiva de la víctima.

Ninguno de los testigos -se insiste- pudo ver a J.A.B.V. siquiera acercarse al automotor y, de la simple revisión de las fotos que dieron respaldo a las estipulaciones, no emerge alguna posible teoría al respecto -la Fiscalía no llevó a un perito que trazara alguna ruta-.

Lo único que de allí emerge con certeza es que el cráneo del menor fue aplastado por las llantas traseras derechas de la volqueta, pero no puede extraerse si ese resultado fue consecuencia de un accionar hacia adelante o hacia atrás y menos cuál pudo ser la ubicación previa del niño, de modo que permitiera al incriminado advertir su presencia cercana.

[...]

El recurrente pretende que se tenga en cuenta lo manifestado por el patrullero FJTP, en lo que se refiere a la eventual imprudencia del menor, no obstante, ello es abiertamente improcedente, toda vez que esos datos provienen de una fuente anónima, que no pudo confrontarse en el juicio, lo que es de inaceptable admisión como medio de prueba (CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27.477; CSJ SP5798-2016, 4 may. 2016, rad.41667 y CSJ, AP3479-2014, rad.43865).

La Sala no puede dejar de reconocer que estamos ante un hecho lamentable y doloroso, por cuanto se trata de un menor de tan solo 9 años de edad, sin embargo, la prueba no permite afirmar, más allá de toda duda, que el acusado infringiera el deber de cuidado y creara un riesgo desaprobado en la actividad de conducción que desplegaba.

La Fiscalía, pese a las dos negativas de preclusión por parte de la autoridad judicial, no logró cumplir con una actividad investigativa completa, que permitiera desentrañar lo verdaderamente ocurrido».

- 9. JURISPRUDENCIA** - Precedente: fuerza vinculante, cuando la Corte varía su postura, produce efectos inmediatos y obligatorios hacia el futuro
- / INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - Se configura: cuando la interpretación de la norma legal llamada a regular el caso, es contraria a la establecida por la Corte
- / SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente: diferente al reintegro contemplado en el artículo 349 C.P.
- / REINTEGRO DE LO APROPIADO** - Fines y objeto: son diferentes a los del incidente de reparación integral
- / SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, por lo menos el 50 por ciento, su incumplimiento genera la ilegalidad del acto de aceptación

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación presentado por la apoderada de algunas de las víctimas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que modificó parcialmente, en lo que tiene que ver con las penas impuestas, el fallo emitido por el Juzgado 54 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta misma ciudad, que condenó al ciudadano A.P. como coautor de los delitos de falsedad material en documento público, fraude procesal, obtención de documento público falso, estafa agravada y concierto para delinquir, los cuatro primeros punibles, en concurso homogéneo sucesivo (5 eventos).

En esta ocasión, la Sala: i) casó parcialmente la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; ii) decretó la nulidad parcial de lo actuado, única y exclusivamente frente al delito de estafa agravada en concurso homogéneo, a partir del momento en el cual, después de formulada la imputación fáctica y jurídica, el Fiscal informó la posibilidad de allanarse a cargos; iii) ordenó la ruptura de la unidad procesal respecto del delito de estafa agravada en concurso homogéneo y iv) modificó parcialmente el fallo de segunda instancia, en el sentido de redosificar las penas principales y accesorias.

Para ello, la Corte reiteró su jurisprudencia respecto a que, el allanamiento a cargos es una modalidad de los acuerdos bilaterales entre Fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos, lo cual implica, como presupuesto de validez, que

en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente.

En consecuencia, tanto la aprobación por parte del órgano judicial, como la emisión de un fallo anticipado condenatorio reconociendo rebaja punitiva en virtud de aceptación de los cargos, sin dar cumplimiento al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es a todas luces ilegal, debiendo haber sido improbadado por incumplimiento de uno de los presupuestos de validez de esta modalidad de acuerdo.

Por último, la Corte consideró que el *ad quem* confundió las medidas de restablecimiento del derecho relativas a la cancelación de escrituras públicas falsificadas y de los registros correspondientes en las oficinas de instrumentos públicos, con el reintegro del incremento o ganancias patrimoniales obtenidas con la comisión de la conducta punible. Adicionalmente, aclaró que, este último difiere en cuanto a sus fines y objeto, con aquellos del incidente de reparación integral.

SP3883-2022(55897) de 26/10/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

Salvamento de voto:

Gerson Chaverra Castro

Salvamento parcial de voto:

Myriam Ávila Roldán

Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Por hechos relacionados con 5 eventos en los que los titulares del derecho de dominio de determinados inmuebles evidenciaron que sus bienes no se encontraban registrados a su nombre sino al de A.P., la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de A.P., por los siguientes delitos:

- Falsedad material en documento público, en concurso homogéneo.
- Fraude procesal en concurso homogéneo.
- Estafa, agravada por ocasionar grave daño a la víctima, en concurso homogéneo.
- Obtención de documento público falso.
- Concierto para delinquir.

2. Advertido el imputado acerca de sus derechos, manifestó de manera libre, consciente y voluntaria aceptar los cargos.

3. Previa solicitud del Fiscal del caso se impuso en contra del imputado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

4. Radicado escrito de acusación con allanamiento, el juez de conocimiento adelantó audiencia de verbalización del escrito de acusación con allanamiento, al final de la cual «impartió aprobación a la aceptación de cargos».

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: modalidad de acuerdo o preacuerdo

«La interpretación jurisprudencial de los mecanismos de justicia premial introducidos a partir de la Ley 906 de 2004, ha transitado por la disyuntiva entre considerar el allanamiento a cargos como una forma o modalidad de acuerdo de un lado, o, de otro lado, como figuras distintas entre sí, no equiparables. A partir de la sentencia SP14496 de 27 de septiembre de 2017 (Rad. 39831) y desde entonces, de manera reiterada y pacífica, la Corte entiende el allanamiento a cargos como una modalidad de los acuerdos bilaterales entre Fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: requisitos mínimos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, le corresponde verificar si hubo incremento patrimonial y de ser así, que se haya reintegrado el 50 por ciento de tal valor / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: rebaja de pena, porcentaje, oposición de la fiscalía / **DEBIDO PROCESO** - Inaplicabilidad de cambio jurisprudencial desfavorable al procesado: casos en que aplica

«El entendimiento del allanamiento a cargos como modalidad de los acuerdos en el Procedimiento Penal de 2004, trae consecuencias en la interpretación y alcance de algunas normas, entre otras, del artículo 349 de la Ley 906.

De conformidad con esta disposición, «[e]n los delitos en los cuales el sujeto activo de la

conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente».

De tal forma, aplicando el criterio seguido desde el 2017 por la Corte conforme con el cual el allanamiento es una forma de acuerdo, el presupuesto de validez exigido por la citada norma, consecuentemente, rige de igual manera para los casos de allanamiento a cargos que involucren delitos cuya comisión ha generado un incremento patrimonial al actor.

Seguir una postura contraria, esto es, orientada a sostener que la aceptación de cargos en la audiencia de imputación está exenta del cumplimiento del presupuesto de reintegro, contraviene las finalidades de los "Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado" consagrados en el artículo 348 ibidem, principalmente, entre otros, aquellos referidos a activar la solución de conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con éste, a cuyo cumplimiento apunta la obligación de reintegrar el incremento patrimonial logrado con la conducta punible.

Adicionalmente, la teleología de las normas regulatorias de la justicia premial, no está dirigida a enviar el equivocado mensaje de que el delito es rentable y /o vale la pena, pues esa sería la señal que deja, aprobar la aceptación de cargos de quien quedándose con las ganancias de su actuar ilícito, adicionalmente recibe beneficios punitivos. Delinquir y someterse a la justicia, no puede generar de manera alguna, rentabilidad.

Por tanto, realizada la imputación por parte de la Fiscalía en los términos descritos por los numerales 1 y 2 del artículo 288 del Código de Procedimiento Penal, el delegado del ente acusador, de pretender en ese momento obtener del implicado el reconocimiento de su responsabilidad penal en la conducta imputada, deberá:

- i.) Informar al investigado la posibilidad de allanarse a los cargos atribuidos y
- ii.) Advertir las condiciones para obtener la rebaja punitiva a que hace referencia el artículo 351 inciso 1 ibidem, lo cual implica en los casos en que el actor haya obtenido un incremento patrimonial, dar cumplimiento a la exigencia del canon 349 citado.

En este orden, hechas las anteriores advertencias y de manifestar el procesado su decisión de allanarse, debe entonces el funcionario de la

Fiscalía presentar el correspondiente escrito de acusación con allanamiento al Juez de Conocimiento, el cual a su vez deberá contener:

iii.) Imputación fáctica y jurídica

iv.) Acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349; y finalmente,

v.) El acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta imputada, lo cual abarca: determinación del porcentaje de rebaja punitiva y monto preciso de las penas (salvo que acuerden dejarla a criterio del Juez), así como también, la procedencia o improcedencia, dentro del marco legal aplicable al caso, de conceder algún sustituto de la pena de prisión.

El objetivo principal del cumplimiento de todo lo anterior, ha resaltado la Corte, «es que todas las consecuencias de la conducta punible realizada por el imputado, deban quedar debidamente convenidas con la Fiscalía para que ésta las incluya en el escrito de acusación, de tal modo que una vez la autoridad judicial haya verificado que la admisión de responsabilidad es libre, voluntaria y debidamente informada, así como la existencia de consenso sobre la pena y su forma de ejecución, la única actuación subsiguiente en el trámite sea la adopción del fallo respectivo, y que el mismo pueda tornarse de inmediato en definitivo e inapelable por quienes suscribieron el acuerdo, ante la carencia de interés que tendrían para discutir sus términos, precisamente por tratarse de una sentencia dictada de conformidad con el acusado».

[...].

Retomado lo hasta aquí expuesto, debe quedar en claro lo siguiente:

- La exigencia contemplada en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, constituye un presupuesto de validez, tanto para acuerdos como para allanamientos celebrados entre la Fiscalía y el imputado.

- Realizado un allanamiento a cargos con la expectativa de obtener el descuento punitivo consagrado en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, el incumplimiento de lo reglado por el artículo 349 ibidem, acarrea la ilegalidad del acto de aceptación.

- Por consiguiente, tanto la aprobación por parte del órgano judicial, como la emisión un fallo anticipado condenatorio reconociendo rebaja punitiva en virtud de aceptación de los cargos, sin dar cumplimiento al citado 349, deviene en irregularidad sustancial que además de vulnerar

los derechos de las víctimas, afecta el debido proceso.

[...]

En el sub-iúdice en la audiencia preliminar adelantada el 09 de mayo de 2018 ante el Juzgado 77 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía luego de realizar una detallada imputación fáctica y jurídica en contra del señor AP, puso de presente a éste la oportunidad de aceptar su responsabilidad en los delitos atribuidos, caso en el cual, “la ley le otorgaría una rebaja de hasta la mitad de la pena”.

Adicionalmente advirtió el acusador al imputado, que en caso de aceptar los cargos formulados en su contra, respecto al punible de estafa, “de acuerdo a la línea jurisprudencial” la atenuación punitiva a obtener podría ser “muy inferior a la que establece el artículo 351”, al no existir reparación a las víctimas, resaltando que “en las demás conductas, hasta la mitad de la pena podrá ser usted acreedor si en el día de hoy es consciente y acepta allanarse a los cargos”.

[...]

La anterior reseña de lo acontecido en el desarrollo del proceso, en concordancia con el marco jurídico y jurisprudencial reseñado en los numerales 3. y 4. de estas consideraciones, permiten concluir, lo siguiente:

- La aceptación de cargos manifestada por el procesado AP el 09 de mayo de 2018 corresponde a la figura del allanamiento implementada por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

- En tal virtud y por ser ese acto procesal posterior al cambio jurisprudencial derivado de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 27 de septiembre de 2017 (Rad. 389831), tal allanamiento se entiende como una modalidad de acuerdo bilateral entre Fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos y no como una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del implicado.

- De acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes atribuidos al procesado AP en la mencionada audiencia preliminar y descritos en acápite inicial de esta providencia, es claro que el conjunto de conductas punibles atribuidas, generaron un incremento patrimonial indebido en las arcas del actor. [...]

- En consecuencia, al haberse edificado la aceptación de responsabilidad del señor AP en la modalidad establecida en el artículo 351 de la ley procesal penal, esto es, con miras a obtener una

rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, el reintegro de por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido con el delito o delitos y el aseguramiento del recaudo del remanente, exigidos por el artículo 349 *ibidem*, era y sigue siendo en la actualidad, presupuesto de validez para la aprobación de tal allanamiento.

Luego entonces, el allanamiento manifestado y al cual se dio trámite sin verificación del cumplimiento del artículo 349, fue a todas luces ilegal, debiendo haber sido improbadado por incumplimiento de uno de los presupuestos de validez de esta modalidad de acuerdo.»

JURISPRUDENCIA - Unificación de la jurisprudencia / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: apartamiento de su contenido, el funcionario debe argumentarlo jurídicamente / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: fuerza vinculante, cuando la Corte varía su postura, produce efectos inmediatos y obligatorios hacia el futuro / **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - Se configura: cuando la interpretación de la norma legal llamada a regular el caso, es contraria a la establecida por la Corte

«Como quedó visto, el juez de primera instancia se apartó de la jurisprudencia de la Corte vigente y reiterada desde septiembre de 2017 que equipara allanamientos con acuerdos y en tal virtud negó la aplicación del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal al caso bajo estudio, por estimar esta primera forma de terminación anticipada del proceso como un derecho del acusado y un acto unilateral.

La Sala de manera reiterada ha señalado que la jurisprudencia —fijada por los órganos de cierre— después de su emisión es aplicable de manera general e inmediata en sentido vertical y horizontal. De tal forma, a partir de ello, la lectura de la normatividad debe hacerse a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el tribunal de cierre.

Tal imperativo no debe interpretarse como una imposición de la Corte, sino como la aplicación de la función Constitucional de unificar la interpretación del derecho que le corresponde a cada órgano de cierre en materia jurisdiccional, así como también, como “fuente del derecho”, en aras de preservar la vigencia de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima en las decisiones de los jueces e igualdad en el acceso a la Administración de Justicia para la solución de los conflictos.

De todas formas, la fuerza vinculante de la jurisprudencia resulta relativa, en la medida que la exposición razonada y fundada de los sustentos jurídicos, permiten al operador judicial

apartarse de la jurisprudencia dictada por la Corte en reconocimiento del principio de imparcialidad y autonomía judicial, tal como lo estableciera la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, al declarar la exequibilidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896.

[...]

Luego entonces, no se trata de sacrificar el principio de independencia judicial a costa de dar prevalencia a los principios de igualdad y seguridad jurídica, pero sí de exigir a los jueces que en caso de apartarse de la jurisprudencia, lo hagan de manera razonada y no caprichosa como lo hizo el juez de primera instancia en el presente asunto, debiendo exponerse razonadamente las causas que los motivan a alejarse de los parámetros interpretativos previamente fijados por el órgano de cierre de la jurisdicción, ofreciendo en todo caso, mejores razones para ello.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto y de la simple lectura de lo argumentado por el a-*quo*, es fácil deducir su yerro al separarse del precedente jurisprudencial fijado por la Corte a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 2017 (Rad. 39831), utilizando escasos argumentos y sin mayor y mejor consideración por debatir la postura seguida por la Sala. Luego entonces, su deber constitucional y legal, era dar aplicación al precedente jurisprudencial.

Consecuentemente se constata la configuración del yerro demandado por violación directa de la ley sustancial, derivada de la falta de aplicación de la norma cuestionada, una norma procesal de contenido sustancial, al estimar erradamente el juez de primer nivel, que ésta no era aplicable al caso.

El vicio que se estructura cuando un Juez se niega a la aplicación del precedente vertical de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es, en principio, el de la interpretación errónea.

Definida constitucionalmente la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria”, establecido por la misma Carta que una de sus funciones es la de actuar como tribunal de casación y dispuesto por la ley procesal que una de las finalidades de ésta es “(...) la unificación de la jurisprudencia”, resulta claro entonces que el vicio demandable en casación de “interpretación errónea” ocurre cada vez que un Juez de primera o de segunda instancia se niega a la aplicación de una norma legal llamada a regular el caso, con la precisión y alcance que la Corte Suprema de Justicia le ha

dado en desarrollo de su función unificadora de la jurisprudencia.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deber de protección y garantía de los derechos de las víctimas, frente a su restablecimiento y la reparación integral / **CANCELACIÓN DE REGISTRO** - Medida de restablecimiento del derecho y reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente: diferente al reintegro contemplado en el artículo 349 C.P. / **REINTEGRO DE LO APROPIADO** - Naturaleza / **REINTEGRO DE LO APROPIADO** - Fines y objeto: son diferentes a los del incidente de reparación integral

«Por su parte, la posición adoptada por la Corporación de segunda instancia, que en resumidas cuentas estimó satisfecha la exigencia del mencionado artículo 349 al haberse ordenado por el Juzgado las medidas de restablecimiento del derecho relativas a la cancelación de escrituras públicas falsificadas y de los registros correspondientes en las oficinas de instrumentos públicos, es completamente errada, al confundir los juzgadores aquella medida establecida en el inciso segundo del artículo 101 del Código Procesal Penal y el reintegro del incremento o ganancias patrimoniales obtenidas con la comisión de la conducta punible del artículo 349 ibidem.

La primera (cancelación de escrituras y registros), es la consecuencia jurídica de la demostración en el proceso penal del carácter fraude del título de propiedad, que tiene como objetivo volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del delito o estado predelictual (restitutio in pristinum). En materia de bienes, tiene por objeto proteger la legalidad de la función registral, en los términos de su valor jurídico y de su importancia social, a la vez que restituye derechos a quienes fueron despojados ilegalmente de los mismos. Y finalmente, su efectivización es independiente a cualquier forma de terminación del proceso penal, al igual que de la voluntad del procesado.

En cambio, el reintegro contemplado en el artículo 349 atañe al sujeto activo de la conducta punible, en tanto depende de su voluntad y ánimo de entregar la ganancia obtenida con su conducta ilícita, que no siempre se limita, como sucede en el presente asunto, a la devolución de bienes sujetos a registro. [...]

Mucho menos puede confundirse el reintegro exigido por el citado canon 349 en cuanto a sus fines y objeto, con aquellos del incidente de reparación integral, tal como lo hizo la segunda instancia, pues el legislador obliga a reintegrar, al menos, la mitad del incremento patrimonial obtenido y a asegurar el pago del remanente, lo cual no implica una reparación integral a las víctimas.

Incurrió entonces el ad-quem en interpretación errónea del mencionado artículo 349, dándole a su contenido un alcance que no posee».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, por lo menos el 50 por ciento, su incumplimiento genera la ilegalidad del acto de aceptación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: el requisito de reintegrar el 50 por ciento del incremento patrimonial únicamente es exigible frente al delito por el cual el autor se benefició y no respecto a los demás delitos que se hubiesen cometido / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: nulidad, vicios del consentimiento

«Ahora bien, es claro que la consecuencia del incumplimiento del requisito previsto en el citado artículo 349, es la ilegalidad del acto de aceptación en tanto se omitió un presupuesto de validez de la actuación y no - como lo sostienen recurrente, Ministerio Público y Fiscalía -, la discusión acerca del monto de la rebaja punitiva a otorgar al imputado en virtud de la aceptación de cargos. Ello atendiendo los razonamientos que a continuación se exponen:

No es posible pasar por alto que AP, debidamente asesorado por su defensor, aceptó los cargos formulados por la Fiscalía en su contra, bajo las condiciones que le fueron expuestas en la audiencia preliminar de imputación celebrada el 09 de mayo de 2018, esto es, a cambio de tal reconocimiento de responsabilidad, «la ley le otorgaría una rebaja de hasta la mitad de la pena». En momento alguno, ni Fiscalía, ni defensor, ni Jueces de Garantías y de Conocimiento le advirtieron la obligación de reintegrar el 50% del incremento patrimonial percibido con sus conductas ilícitas y garantizar el pago del remanente, necesarios para hacerse acreedor a la rebaja punitiva del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con el precedente jurisprudencial vigente desde el 27 de septiembre de 2017. Condiciones bajo las cuales se profirieron las sentencias de primer y segundo grado.

Limitarse en la actual etapa procesal a cambiar y/o alterar las condiciones y consecuencias de la modalidad de acuerdo pactado entre fiscalía e imputado, negando el descuento punitivo concertado «de hasta la mitad de la pena», devendría en una irregularidad más, al generar un vicio en el consentimiento como consecuencia del yerro en que se hizo obrar al acusado, quien aceptó su responsabilidad con el convencimiento errado de que tal manifestación, sin requisito alguno adicional, le acarrearía, si o sí, la rebaja punitiva advertida por el fiscal del caso.

Al respecto la Corte considera oportuno resaltar, que el allanamiento a cargos siempre debe estar fundamentado en un consentimiento informado, no sólo de la imputación fáctica y jurídica, los derechos a los que se renuncian y el beneficio a obtener a cambio si lo hay, sino también, de los requisitos o presupuestos de validez previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Luego entonces, el incumplimiento de un presupuesto legal de validez del acuerdo entre Fiscalía y procesado y la emisión de sentencia condenatoria con base en tal actuación ilegal, que a su vez conculcaron el derecho de las víctimas garantizado a través de la exigencia consagrada en el artículo 349, constituye irregularidad trascendente, que como quedó atrás evidenciado vulneró el derecho al debido proceso en aspectos sustanciales, reparable únicamente a través de la nulidad de lo actuado.

En este contexto, como la Fiscalía omitió su obligación dentro de la audiencia de imputación de advertir el contenido del canon 349 CPP y dentro de esta misma diligencia la Juez de Garantías tampoco realizó el control respectivo, resulta imperativo que el acusador precise todos los factores que dan vía libre al allanamiento para que el procesado pueda acceder a los beneficios que otorga la ley, garantizando a su vez los derechos de las víctimas y el cumplimiento de las finalidades de preacuerdos y negociaciones consagradas en el canon 348 del Código Procesal Penal.

Por lo tanto, la Corte casará parcialmente el fallo impugnado y en consecuencia, declarará a nulidad de lo actuado única y exclusivamente frente al delito contra el patrimonio económico, esto es, la estafa agravada en concurso homogéneo, por cuanto es éste y no otro el punible que contiene el beneficio económico como elemento de la conducta. Afectar con nulidad los demás delitos concurrentes por haber constituido el medio que facilitó la conducta final,

como ya lo ha señalado la Sala en pretérita oportunidad, sería una interpretación desfavorable, que ampliaría las restricciones ya existentes -y por demás abundantes- para allanarse en contextos delictuales en los cuales se obtiene beneficio económico.

Así pues, la invalidación de lo actuado respecto al punible de estafa, lo será a partir del momento en el cual, después de formulada la imputación fáctica y jurídica, el Fiscal informa la posibilidad de allanarse a cargos (numeral 3º del artículo 288 Ley 906 de 2004) debiendo así comunicar al imputado el contenido expreso del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y que en caso de decidir aceptar la imputación, no será beneficiado con ninguna rebaja punitiva, de no reintegrar el 50% de lo apropiado y garantizar el recaudo del saldo, con base en la liquidación concreta que presente la Fiscalía.

En consecuencia, se ordenará la ruptura de la unidad procesal respecto del concurso homogéneo de los atentados contra el patrimonio económico, para que bajo un nuevo número de radicación se adelante lo dispuesto respecto a éstos».



- 10. LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Naturaleza: puede ser pena principal o accesoria / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - La renuncia voluntaria del acusado al cargo o su destitución antes de la culminación del proceso penal, no impide su imposición en la sentencia / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Procedencia: la permanencia en el empleo o cargo público no es presupuesto para su aplicación / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Naturaleza: puede ser pena principal o accesoria, situaciones en las que su imposición como pena accesoria es obligatoria / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - No es excluyente con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial 54 Penal II, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual condenó a J.A.R.R. como coautor del delito de concusión, la Sala de Casación Penal adicionó la sentencia impugnada, en el sentido de imponer al condenado la pena accesoria de pérdida del cargo y la inhabilitación para desempeñar cualquier cargo público u oficial por el término de 60 días. En todo lo demás confirmó la decisión de primera instancia.

Al respecto, la Corte explicó que, la pérdida del empleo o cargo público implica la inhabilidad temporal para desempeñar cualquier otro de la misma naturaleza, siendo indiferente para su imposición como accesoria, que el acusado no se encuentre desempeñando el cargo por renuncia al mismo.

Además, afirmó que, el hecho de que el preacuerdo no haya comprendido la pena accesoria, no impide que el juzgador pueda imponerla.

SP3456-2022(62227) de 07/09/2022

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. J.A.R.R., en su condición de Fiscal 4º Especializado de Bucaramanga, tenía bajo su cargo la indagación iniciada en julio de 2010 a los entonces esposos J.F.M.F. y A.C.R.R., por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos. A partir del 15 de enero de 2021, el citado funcionario judicial con la colaboración de un miembro de policía judicial y de un abogado, abusando de su función, empezó a ejecutar actos para obligarlos a entregar entre 350 y 400 millones de pesos para archivarles dicha investigación.

2. Como resultado del seguimiento dispuesto por la fiscalía ante la denuncia de una de las víctimas, el fiscal fue capturado el 9 de abril de 2021, después de guardar, en un maletín de su propiedad, 100 millones de pesos que previamente le había entregado J.F.M.F.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PENA ACCESORIA - Supone la existencia de una pena principal / **PENA** - Pérdida de empleo o cargo público / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial / **PENA ACCESORIA** - Debe tener relación directa con la realización de la conducta punible / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Naturaleza: puede ser pena principal o accesoria / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - La renuncia voluntaria del acusado al cargo o su destitución antes de la culminación del proceso penal, no impide su imposición en la sentencia / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Procedencia: la permanencia en el empleo o cargo público no es presupuesto para su aplicación / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Naturaleza: puede ser pena principal o accesoria, situaciones en las que su imposición como pena accesoria es obligatoria

«El artículo 34 de la ley 599 de 2000, señala que las penas que pueden imponerse con arreglo al Código Penal, son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no se impongan como principales.

En este sentido, la pena accesoria supone la existencia de una principal. Puede ser principal, cuando como tal se consagre en la parte especial del estatuto punitivo.

El artículo 43 de la Ley 599 de 2000, relaciona las penas privativas de otros derechos, citando en su numeral 2, como una de ellas “la pérdida del empleo o cargo público”.

Tal pena conlleva una inhabilidad temporal. Su imposición, inhabilita al mismo tiempo al condenado hasta por cinco (5) años “para desempeñar cualquier cargo público u oficial”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Código Penal.

Con excepción de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, correlativa a la pena de prisión, las demás accesorias “las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible”, por i) abuso del derecho que conlleva a su imposición, ii), facilitar su comisión y iii) contribuir a la prevención de conductas similares, según lo contempla el artículo 52 de la misma codificación sustantiva.

Bajo tales premisas legales, a la pérdida del empleo o cargo público, sea pena principal en los casos previstos en la parte especial del Código Penal o accesoria por acceder a una de esa naturaleza, es consustancial el impedimento de ejercer otro por el lapso señalado.

Siendo inherente a dicha pena la inhabilidad que hace parte de ella, la renuncia voluntaria del acusado al cargo o su destitución antes de la culminación del proceso penal, no impide legalmente su imposición en la sentencia, toda vez que no es presupuesto de su aplicación la permanencia en el empleo o cargo público que se pierde por virtud de la condena.

En este sentido, aunque no esté en el cargo público, la sanción sigue siendo eficaz al impedir al acusado hasta por el término de cinco (5) años ocupar uno de esa naturaleza.

Por el contrario, la inaplicación por la dejación del cargo propiciaría que la inhabilidad no dependa del mandato legal sino de otros factores no previstos en él, entre ellos, la decisión personal del acusado que la haría nugatoria.

[...]

Además los delitos en los que está contemplada como pena principal acompañante quedarían sin pena, sin motivo legal alguno; y, las funciones de la sanción penal, entre ellas, la de prevención general y retribución justa, las cuales rigen la aplicación tanto de las privativas de la libertad y de las que no lo son, serían desconocidas como fundamento de su existencia.

Su imposición como pena accesoria es obligatoria, estando el juez compelido a fijarla, cuando determine que la realización del punible fue posible porque el condenado en su ejecución abusó del cargo o empleo que desempeñaba, su ejercicio facilitó la comisión del delito o la restricción para ocuparlo sirve para prevenir

conductas similares a las que originaron la condena».

PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO -

Inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial, pero no es equivalente a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - No

es excluyente con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Procedencia / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena accesoria / **PENA ACCESORIA**

- Debe tener relación directa con la realización de la conducta punible / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial

«[...]la pérdida del empleo o cargo público y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, no son penas excluyentes.

La disimilitud entre ambas es evidente. Aunque pueden ser penas principales si así son contempladas en la parte especial del Código Penal, en su calidad de privativas de otros derechos son imponibles por motivos legales distintos.

La pérdida del empleo o cargo público, como accesoria aplica cuando tiene relación directa con la realización de la conducta punible, mientras la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por mandato legal accede a la de prisión.

Aun cuando las dos son consecuencia del delito, la pérdida del empleo o cargo público implica la dejación del que actualmente el acusado desempeña o ha ocupado, lo que implica una sanción por el abuso que ha hecho del mismo, que conlleva además el impedimento para trabajar con la administración pública por un periodo determinado; la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impide a aquel hacia el futuro el desempeño de las que puede ser sujeto, es privarlo de la facultad para ejercer funciones que aún no tiene o a las cuales no se encuentra dedicado.

Para efectos penales, la pérdida del empleo o cargo público, aunque el ejercicio de este comprenda una función pública, no hace parte de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la que según el artículo 44 del Código Penal “priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”.

[...]

La consagración en numerales distintos del artículo 43 del Código Penal, permite su coexistencia siempre que existan o cumplan los presupuestos legales que permitan su aplicación, bien como penas principales o accesorias, aun cuando tal distinción coincida o no con las de otras ramas del derecho».

LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO

- Dosificación punitiva / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: pena accesoria

«Al atender a la literalidad del numeral 2 del citado artículo 43, el tribunal pasa desapercibido que la pérdida del empleo o cargo público implica la inhabilidad temporal para desempeñar cualquier otro de la misma naturaleza, tal como está previsto en el artículo 45 del estatuto punitivo, siendo indiferente para su imposición como accesoria por no haber sido prevista como principal para el delito y tener relación directa con la realización de la conducta punible, que el acusado no se encuentre desempeñando el cargo por renuncia al mismo.

En este caso, la pena opera por ministerio de la ley y no por decisión del imputado. El legislador quiere mayor drasticidad cuando el hecho punible es cometido mediante el aprovechamiento del cargo y prevenir a los asociados que conductas similares a las que originan la condena, conlleva como pena adicional a la principal su pérdida y consiguiente inhabilidad.

Ahora, como el preacuerdo no comprendió la pena accesoria, ello no impide que el juzgador pueda imponerla. Primero, la ley en ningún caso despoja al juez de la facultad de fijar e imponer las penas previstas para los delitos, pues lo autorizado en virtud de la declaración de culpabilidad del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, es la eliminación de alguna causal de agravación punitiva o cargo específico, o la tipificación de la conducta en el alegato conclusivo de una forma específica con

miras a disminuir la pena; y segundo, no queda eliminado lo que no ha sido objeto del convenio ni tal omisión lo frustra, como equivocadamente el defensor lo adujo ante el Tribunal.

[...]

La Sala en su determinación al considerar el tribunal ajustada al principio de legalidad la pena, la fija teniendo en cuenta que la pena mínima privativa de la libertad prevista para el cómplice, cuarenta y ocho (48) meses, fue incrementada en dos (2) meses al acordarse una sanción final de cincuenta (50) meses de prisión, proporción que servirá igualmente para determinar la accesoria, sin acudir al sistema de cuartos tal como lo previene el artículo 3º de la Ley 890 de 2004.

El artículo 45 del Código Penal señala que la inhabilidad es “hasta por cinco (5) años”; luego el mínimo de la sanción es un (1) día y el máximo mil ochocientos (1.800) días, hecha la conversión correspondiente a días.

Para el cómplice, la pena prevista para la infracción se disminuye de una sexta parte a la mitad, de modo que el mínimo se establece en 0.5 días y el máximo en 1.500 días, por lo que al realizar un incremento de sesenta (60) días (esto es, el mismo aumento de dos meses efectuado respecto de la pena mínima de prisión prevista para el cómplice frente al delito materia de juzgamiento), la sanción accesoria de pérdida del cargo se establece en sesenta días.

En consecuencia, la Sala impone a R.R. la pena accesoria de pérdida del cargo de Fiscal 4º Especializado de Bucaramanga y la inhabilitación por el término de sesenta (60) días para desempeñar cualquier cargo público u oficial, comunicando tal decisión a la Fiscalía General de la Nación.

Como quiera que ninguno de los intervenientes mostró inconformidad con la legalidad de la sentencia y de la pena privativa de la libertad impuesta al acusado, la Sala la confirma en los aspectos no discutidos en sede de apelación».

11. LIBERTAD PROVISIONAL - Vencimiento de términos / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley

906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, sólo es posible cuando ese ejercicio no genera un traumatismo o resquebrajamiento del sistema mixto

/ **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: es indispensable respetar la especificidad de cada sistema penal, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004

/ **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** -

Libertad provisional: principio de favorabilidad, Ley 600 de 2000 y 906 de 2004

La Sala de Casación penal confirmó, en sede de apelación, el auto proferido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual le negó a N.I.M.R. (exsenador), una petición de libertad provisional.

Para ello, la Sala aclaró que, al procesado no le es aplicable por favorabilidad el numeral 6 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, y no se han agotado los dos años de vigencia de la medida de aseguramiento prevista para los delitos contra la administración pública.

AP4146-2022(62192) de 13/09/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En el período 2008-2011, en diversas entidades del Distrito Capital se suscribieron de manera irregular varios contratos públicos y fueron desviados recursos oficiales para el pago de coimas o comisiones con destino a servidores públicos, contratistas y terceros que oficiaron como lobistas e intermediarios, dentro de un entramado públicamente conocido como el «carrusel de la contratación en Bogotá».

2. Las indagaciones alrededor de esta red de corrupción permitieron conocer que, en el año 2009 la Secretaría de Salud del Distrito Capital, a través del Fondo Financiero Distrital de Salud, realizó licitación pública con el objeto de contratar un servicio de ambulancias para la capital de la República.

3. Sobre este negocio jurídico se estableció que H.Z.R., secretario distrital de salud –quien a la

vez fungía como director ejecutivo del Fondo suscribió como resultado de la licitación mencionada, contrato con la unión temporal representada legalmente por J.A.B.L., cuyo objeto se contrajo a «la prestación de servicios de salud de atención prehospitalaria, en diferentes unidades móviles a través de uno o de varios operadores para que realicen asesoría, atención y /o traslados de pacientes con patología médica y /o traumática y /o adulto y /o pediátrica; de manera que se garantice el derecho a la atención de urgencias, emergencias y desastres de la población en el Distrito Capital», por la suma de sesenta y siete mil doscientos tres millones seiscientos noventa mil setecientos setenta y cuatro pesos (\$67 203 690 774).

4. La adjudicación del contrato estuvo mediada presuntamente por un arreglo ilícito entre el alcalde mayor y su hermano, el exsenador N.I.M.R., con concejales, contratistas del Distrito Capital e intermediarios, en el que los pliegos de condiciones del proceso licitatorio se elaboraron con determinadas especificaciones que permitieron su direccionamiento hacia el proponente ganador. Además, se habría acordado la distribución de coimas correspondientes al nueve por ciento (9%) del valor del contrato.

5. A N.I.M.R., senador de la República para la época de estos hechos, se le atribuye haber dispuesto con su hermano, alcalde mayor de Bogotá, que la adjudicación del contrato de ambulancias recayera en el proponente señalado por el concejal H.M.G. y haber impartido instrucciones para la distribución de dineros de la «comisión» pre acordada con el contratista y entregada por este, correspondiente al 9% del valor del contrato, asegurándose de que todos los involucrados recibieran importantes sumas de dinero, con el consiguiente detrimento al erario.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LIBERTAD PROVISIONAL - Vencimiento de términos / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, sólo es posible cuando ese ejercicio no genera un traumatismo o resquebrajamiento del sistema mixto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: es indispensable respetar la especificidad de cada sistema penal, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** - Libertad provisional: principio de favorabilidad, Ley 600 de 2000 y 906 de 2004 / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** - Detención preventiva: plazo máximo de duración

«La Sala Especial denegó la solicitud de libertad en favor del procesado N.I.M.R., principalmente, por considerar improcedente la aplicación favorable del numeral 6 del artículo 317 del C.P.P. /2004, según lo dicho por la jurisprudencia, y porque aun si, en gracia de discusión, se admitiera la tesis del defensor, no han transcurrido 300 días desde la realización de la audiencia de juzgamiento.

[...]

El artículo 29 superior consagra el principio de legalidad como componente básico del debido proceso, pero con igual fuerza normativa establece que: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Tal mandato es reproducido por el artículo 6 del Código Penal, tanto del sustantivo como del procedural (para las normas con efectos sustanciales).

La sentencia SP, feb. 16 /2005, rad. 23006 explicó con sencillas palabras el fenómeno de la favorabilidad como una excepción al principio de legalidad: “... cometido un delito, toda la normatividad que lo regula en su descripción típica, en su sanción y en las normas procesales de efectos sustanciales, acompañan ad infinitum a ese comportamiento y a su autor, salvo que con posterioridad surja norma nueva que favorablemente modifique tales atributos para que ésta sea aplicada retroactivamente.”.

Desde los albores de la Ley 906 /2004 y debido a la vigencia paralela, para casos anteriores, de la Ley 600 /2000, la Corte admitió que el principio de favorabilidad podía operar no solo frente a la tradicional hipótesis de sucesión de leyes sino también para la de coexistencia de las mismas, siempre que ello no implicara desconocer o alterar aspectos esenciales o estructurales de los sistemas procesales enfrentados. [...]

En adelante y hasta la fecha se entendió que la retroactividad de normas sustanciales o procesales con efectos sustanciales de la Ley 906 /2004 a los procesos regidos por la Ley 600, anterior pero vigente, es viable siempre que se cumplan los siguientes requisitos: “i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones; ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales y iii) que con la aplicación beneficiosa de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable” (AP4711-2017, jul. 24, rad. 49734, entre otros).

Al amparo de esos criterios, la Corte ha admitido la remisión de las actuaciones tramitadas por el

código procesal de 2000 a algunas regulaciones más favorables del que entró en vigencia con posterioridad, por ejemplo: los requisitos menos exigentes de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria previstos en el artículo 314 posterior (SP, may. 4 /2005, rad. 23567) y el beneficioso límite temporal de la detención preventiva introducida por la Ley 1786 /2016 (AP4711-2017, jul. 24, rad. 49734).

Y, claro está, con base en los mismos parámetros de análisis, otras veces la jurisprudencia también ha negado la pretendida retroactividad, como ocurrió frente a la premisa normativa de inexistencia de la revocatoria de la libertad provisional con motivo de la acusación prevista en el artículo 365.4 del C.P.P. /2000 (AP7414-2015, dic. 16, rad. 46822 y AP3888-2021, sep. 1, rad. 59850).

La cuestión de si el numeral 6 del artículo 317 del C.P.P. /2004 es aplicable retroactivamente, por virtud del principio de favorabilidad, a un proceso regido por las pautas de la Ley 600 /2000, como el seguido contra N.I.M.R., ya ha sido abordada y resuelta en forma negativa por esta Sala de Casación.

[...]

En esta ocasión se reitera que la inclusión en el régimen procesal del 2000 de la causal de libertad provisional descrita por el numeral 6 del artículo 317 del C.P.P. /2004, supondría no un ejercicio de favorabilidad sino una verdadera modificación legal, porque el primero no consagra una norma que regule el mismo supuesto fáctico que la sobreviniente.

Además, no puede olvidarse que en el precepto invocado la causal liberatoria obedece al incumplimiento de un término para realizar la “audiencia de lectura del fallo o su equivalente” y esta diligencia oral no está prevista para las actuaciones procesales reguladas por la Ley 906 /2004; por tanto, no existe similitud fáctica en el presupuesto de la consecuencia jurídica.

La anterior interpretación no implica que después de iniciada la audiencia pública de juzgamiento en el procedimiento penal primigenio, la vigencia de la medida cautelar de privación de la libertad sea indefinida; porque, como se recordará, en el auto AP4711-2017, jul. 24, rad. 49734, ya la Corte estableció que el límite temporal introducido por la Ley 1786 /2016 (art. 1) al sistema procesal de 2004, debía aplicarse por favorabilidad a los sucesos juzgados bajo el régimen legal coexistente (1 año prorrogable por otro en ciertos casos), [...]

De esa manera, el interregno entre la audiencia de juzgamiento y la sentencia de primera instancia en procesos de Ley 600 /2000, por virtud del juicio de favorabilidad legal anotado, queda comprendido por el límite temporal general de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En consecuencia, la interpretación sistemática del régimen de la cautela personal y de las causales de libertad provisional salvaguarda el derecho a la libertad personal y a ser juzgado en un plazo razonable, contrario a lo alegado por el recurrente, tanto así que este mismo la invoca como segundo argumento de su pretensión.

[...]

En lo que interesa al caso bajo examen, la norma citada prescribe que la vigencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad es de un año; y que este término podrá prorrogarse por otro igual cuando se investiguen o juzguen, entre otros, “actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011”. Una vez cumplido el plazo general o el prorrogado de la detención preventiva podrá debatirse sobre su sustitución por una no privativa de la libertad.

El apelante pretende que se aplique a su representado el parágrafo 1º del artículo 307 del C.P.P. /2004, por ser más favorable, pero solo en la parte que regula la vigencia general de la medida de aseguramiento privativa de la libertad; es decir, con exclusión de lo relativo a la prórroga por otro año que es viable frente a delitos de corrupción, como son aquellos por los que se acusó al procesado. En otras palabras, la pretensión del recurrente es la inadmisible aplicación parcial de la proposición normativa más favorable.

[...]

De otra parte, sin fundamento alguno, alegó el titular de la defensa técnica que la prórroga a 2 años de la vigencia de la medida de detención preventiva no opera para los delitos de corrupción cometidos antes de la Ley 1474 /2011, límite temporal este que no prescribe el inciso 1º del artículo 307 y que, además, supone una nueva mutilación del ordenamiento jurídico acomodaticia a sus intereses procesales consistente en que la disposición normativa sea aplicable a los hechos de corrupción anteriores a la Ley 1474, en la parte que es menos exigente para obtener la consecuencia beneficiosa; y que solo lo sea para los posteriores, en la parte que impone un requisito temporal más riguroso.

Basta revisar el tenor literal de la norma en cuestión para comprender que cuando menciona los “actos de corrupción de los que trata la Ley

1474 de 2011” como uno de los supuestos en que la duración de la medida de detención puede ser hasta de 2 años; simplemente remite a las conductas delictivas que en tal estatuto legal fueron catalogadas como “actos de corrupción” y, en consecuencia, de ninguna manera esa remisión tenía que ver con la vigencia de aquél. En otras palabras, fue la técnica empleada por el legislador para referirse a una categoría de delitos sin tener que mencionarlos uno a uno.

Recuérdese que la Ley 1474 /2011 buscó “fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Con ese propósito, entre otras medidas de orden penal, el artículo 13, por ejemplo, excluyó de beneficios (subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, la prisión domiciliaria, entre otros) a los “delitos contra la administración pública”, dos de los cuales son, precisamente, aquellos por los que es juzgado N.I.M.R.: peculado por apropiación y el interés indebido en la celebración de contratos.

[...]

El primer inciso del artículo 307 del C.P.P. /2004 dispone que la prórroga de la medida de aseguramiento será decidida por el Juez de Control de Garantías previa petición del representante de la Fiscalía o de las víctimas. Esta prescripción involucra la figura de un funcionario judicial especializado en la verificación de las garantías procesales, un fiscal que interviene como parte con poder de postulación y, obviamente, el principio dispositivo que rige, por regla general, las decisiones judiciales con previa oportunidad de contradicción.

Tales contenidos normativos son de la estructura o esencia del sistema procesal acusatorio de 2004; por lo que, resulta imposible o, cuando menos, bastante traumática su adaptación al procedimiento regulado por la Ley 600 /2000, más aún cuando el juzgamiento es adelantado por la Sala Especial de Primera Instancia, porque ante esta no interviene un órgano acusador. Es claro que, como lo advirtió el recurrente, la sentencia C-545 /2008 ordenó al legislador la separación de funciones de investigación y juzgamiento de aforados dentro de la Corte Suprema de Justicia; pero no, y tampoco es una consecuencia de dicha orden, que los Magistrados con función de instrucción concurrieran a la etapa de juicio a defender la acusación.

En las condiciones expuestas, la fijación de un límite temporal a la medida de aseguramiento de detención preventiva (art. 307, par. 1º, C.P.P.

/2004), sea de 1 año en general o de 2 para ciertos delitos como los que atentan contra la administración pública, es más favorable que la indefinición que prohijaba la Ley 600 /2000. Pero, reitérese, aquellos contenidos que solo se entienden en la estructura del procedimiento establecido por la Ley 906 /2004, no resultan aplicables al anterior.

Así las cosas, en punto de la duración de la detención preventiva, el mandato de

favorabilidad legal permite entender que tendrá un máximo de un año por regla general y que en los delitos para los cuales esta prevista la prórroga dicho término es de dos años, con mayor razón cuando se trate de procesos cuyo juzgamiento compete a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, en el que no interviene el acusador».

[Inicio](#)

12. PRUEBA DOCUMENTAL - Sentencia proferida en el extranjero: valor probatorio / **NON BIS IN ÍDEM** -

Sentencias extranjeras: debe acreditarse la identidad de persona, causa y objeto o identidad fáctica / **NON BIS IN ÍDEM** -

Sentencias extranjeras: aspectos que se deben revisar, decisión en firme o providencia con la misma fuerza vinculante / **NON BIS IN IDEM** -

Demostración: decisión judicial en firme y ejecutoriada

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de M.P.O. y M.V.P., contra la sentencia mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado del mismo Distrito Judicial, que condenó a los procesados, como coautores del delito de tráfico de estupefacientes agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

La Sala no casó la sentencia impugnada, por cuanto no fue posible demostrar la vulneración del principio *non bis ídem*, ya que la documentación aportada no cumple con los requisitos para tenerse como sustento probatorio válido, en tanto, por ausencia de autenticación, no hay certeza de la existencia y contenido de la sentencia aparentemente proferida por la Corte del Distrito Sur de New York.

De otro lado, la Corte descartó la existencia de falencias en la motivación del llamado a juicio y de las sentencias de instancia.

SP3509-2022(56588) de 05/10/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. Producto de interceptaciones telefónicas legalmente adelantadas por las autoridades competentes, así como de lo acreditado por otros medios de prueba, fue posible establecer que, en 1998, M.P.O., D.P.C. y M.V.P. hicieron parte de una organización criminal, denominada "Los Niches", dedicada al tráfico de estupefacientes desde el Valle del Cauca.

2. De manera puntual, se determinó que los prenombrados participaron en el envío de siete (7) cargamentos de estupefacientes incautados.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NON BIS IN IDEM - Prohibición de doble valoración: alcance y significado / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Sentencia proferida en el extranjero: valor probatorio / **NON BIS IN ÍDEM** -

Sentencias extranjeras: debe acreditarse la identidad de persona, causa y objeto o identidad fáctica / **NON BIS IN ÍDEM** -

Sentencias extranjeras: aspectos que se deben revisar, decisión en firme o providencia con la misma fuerza vinculante / **NON BIS IN IDEM** -

Demostración: decisión judicial en firme y ejecutoriada / **PRUEBAS** - Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero: validez, presupuestos

«46. En desarrollo de los postulados de seguridad jurídica y justicia material, el artículo 29 superior contempla que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas... quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

47. Tal prerrogativa implica, en concreto, que las decisiones judiciales definitivas, adoptadas una vez culminados los procesos legales respectivos, brindan la seguridad al interesado de que los mismos hechos no serán objeto de posteriores debates, ni sanciones, toda vez que ese susodicho

pronunciamiento materializa la precisa expresión de la justicia, en el caso particular.

[...]

49. En consecuencia, como parte del derecho fundamental al debido proceso, a los asociados les asiste la prerrogativa de no ser doblemente juzgados, ni sancionados por las mismas circunstancias fácticas.

[...]

53. Así las cosas, la viabilidad de dar aplicación a la garantía del non bis in idem supone que:

- i) El procesado es la misma persona, en dos actuaciones judiciales de la idéntica naturaleza;
- ii) Existe correspondencia y similitud de las circunstancias fácticas objeto en los procedimientos penales; y
- iii) El motivo de la iniciación de los procesos es el mismo en ambos casos.

[...]

58. En este asunto, expone el demandante que ya se dictó sentencia condenatoria en el exterior, por hechos que, según él, corresponden a los mismos que fueron objeto de investigación y juzgamiento por la jurisdicción colombiana, donde se emitió la decisión actualmente controvertida en sede de casación.

59. De establecerse que el condenado PO ya fue juzgado y condenado en nuestro país, por los mismos hechos que, de manera previa, motivaron su extradición y condena en los Estados Unidos, resultaría claro que se configuró la violación de la garantía en cuestión.

60. Tal conclusión deberá imponerse, siempre que se logre verificar la concurrencia de las tres identidades, a las que se ha hecho referencia.

Identidad en la persona

61. Coincidente con la resolución de acusación, en la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, se individualizó a PO [...]

[...] no cabe duda de que PO fue condenado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado Bogotá, el [...] de [...] de [...], y es la misma persona que extraditada hacia los Estados Unidos, en octubre de 2000.

[...]

66. Según la documentación allegada, con los elementos legales para ser apreciada, se debe indicar que, mediante indictment N° S1 99-CR-0101 del 9 de marzo de 1999, PO fue acusado por

la justicia de los Estados Unidos, por cuatro (4) cargos [...]

73. En Colombia, PO fue declarado penalmente responsable por delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, en concurso homogéneo y sucesivo [...]

76. Las reseñas transcritas en los acápite anteriores permiten establecer que el requisito de la identidad del hecho, únicamente, se satisface de manera parcial e incompleta.

[...]

80. En Colombia, PO fue acusado por hacer parte de una organización criminal, en 1998, dedicada a tráfico de estupefacientes y por sacar del país (exportar) significativas cantidades de cocaína con destino a Europa, USA y África.

[...]

84. Ahora bien, a pesar de la igualdad de las circunstancias fácticas, no resulta menos cierto sostener que PO fue procesado por dos verbos rectores diferentes, en Estados Unidos por introducir la cocaína (importar) a ese país y en Colombia por sacarla (exportar) con múltiples destinos.

85. Esa distinción, a pesar de ser verídica, mal puede justificar la emisión de dos condenas por una misma hipótesis factual. Al respecto, la identidad debe predicarse entre los hechos, entendidos como la misma génesis ontológica y naturalística de los dos o más diligenciamientos, y no entre las determinadas acciones jurídicamente relevantes que configuran el punible de tráfico de estupefacientes.

86. Lo anterior, por cuanto, como lo ha señalado la Corporación:

- i) Un procesado no puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho;
- ii) De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del condenado; y
- iii) Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que, en estricto sentido, es único.

[...]

88. Se establece, de manera parcial y preliminar, que los hechos por los cuales, en su momento, fue promovida la extradición de PO, son los mismos por los que, en su mayoría (4), se dictó la sentencia condenatoria en Colombia por siete operaciones de tráfico de estupefacientes.

89. En concreto, entonces, son siete los hechos por los cuales se dedujeron operaciones de

tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en Colombia. Sin embargo, sólo cuatro de esos casos (...) ontológica y naturalísticamente son los mismos que originaron la petición de extradición.

90. Tal aserto, por cuanto, indiscutiblemente tanto en la sentencia condenatoria proferida en Colombia, como en la acusación emitida en Estados Unidos, existen elementos concordantes, como lo son la cantidad de cocaína traficada, las fechas de incautación, el periodo de tiempo en el que se produjeron los acontecimientos delictuales, los participantes, la modalidad de envío marítimo, vía container, así como el puerto de destinación.

91. No obstante, en sede extraordinaria, de este hallazgo no se pueden extractar las consecuencias reivindicadas en la demanda de casación y menos afirmar la afectación al non bis in idem. Lo anterior se afirma, en razón de la imposibilidad de verificar la validez de la sentencia extranjera y su ejecutoria.

[...]

95. Por los anteriores motivos, la condena, en Colombia, por esas tres últimas incautaciones mencionadas debe permanecer incólume, sin que pueda predicarse la afectación al postulado del non bis in idem, planteada en la demanda, toda vez que la justicia norteamericana no se pronunció sobre tales circunstancias.

96. Si esa fuera la conclusión definitiva, en la parte resolutiva de esta decisión, correspondería redosificar la sanción impuesta.

97. Sin embargo, una determinación en tal sentido no será adoptada por esta Corporación, en razón de la consideración adicional que se procede a detallar.

[...]

100. El éxito de tal aserto se encuentra supeditado a la acreditación probatoria tanto la existencia del fallo emitido en el extranjero, como su ejecutoria y fuerza vinculante. Ello, con el lleno de los requisitos de autenticidad y validez previstos legalmente en nuestro ordenamiento para los documentos públicos otorgados en un país extranjero, en los términos del artículo 251 del Código General del Proceso, aplicable por virtud de la remisión a la que alude el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

[...]

102. En ese sentido, la sentencia que, según el demandante, fue aparentemente proferida por la Corte del Distrito Sur de New York, para ser apreciada como prueba debía, como mínimo:

i) Obrar en el proceso;

ii) Haber sido allegada con su correspondiente traducción, efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez;

iii) Contar con apostilla de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia;

iv) Estar debidamente autenticada por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y, en su defecto, por el de una nación amiga.
[...]

104. La documentación aportada por la defensa no cumple con ninguna de las exigencias previstas en la ley para ser estimada como medio suyasario; no se tiene certeza de su creador ni de su contenido, como tampoco de que haya adquirido firmeza.

105. Ahora bien, en respuesta a cartas rogatorias 002, 003 y 004, de 10 de junio de 2006, el 26 de septiembre de 2016, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos remitió al Juzgado Sexto Penal Especializado de Bogotá "información por parte de las autoridades de los Estados Unidos con relación a los fallos judiciales en contra del ciudadano colombiano MDJPO".

106. En efecto, fue enviada la copia simple de la "amended judgment in a criminal case" y su traducción efectuada por traductor oficial [...].

107. Verificado ese documento, se observa que el mismo no cuenta con apostilla, ni se encuentra debidamente autenticado.

108. Por lo anterior, debe concluirse que los elementos cognoscitivos obrantes en la actuación no pueden ser apreciados como pruebas que acrediten la existencia, contenido, alcance y firmeza de un fallo emitido por la justicia norteamericana, por los mismos hechos sancionados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

109. Los requisitos previstos para la incorporación y valoración judicial de documentos en idioma extranjero y otorgados por autoridades foráneas son exigencias de orden público, instituidas por el Legislador. Se trata de normas imperativas, obligatorias, no son susceptibles de ser obviadas, pues conciernen al interés público y social del Estado.

110. No existe norma en nuestro ordenamiento que faculte a los jueces a aplicar, de manera discrecional, tales exigencias para la valoración probatoria de dichos medios suyasarios.

111. En consecuencia, acreditada la ausencia de apostilla o autenticación de la sentencia, por

funcionario competente, no puede la Corte justipreciar esa decisión, para efectos de corroborar la identidad en la causa y proceder a una redosificación de la pena impuesta.

[...]

116. Por lo tanto, en consideración a que la alegación del demandante carece de respaldo probatorio regular y válido, por ausencia de autenticación de la sentencia judicial, refulge evidente que no se cumplieron todos los ritos formales de legalización prescritos por las normas de orden público nacionales. Por tal razón, la Corte no puede tenerlos como aptos para servir de prueba en este asunto, inobservándose así la exigencia estudiada acerca de la imposibilidad de determinar la identidad en la causa y ausencia de prueba de la existencia de una decisión en firme o providencia con la misma fuerza vinculante.

117. Sólo el conocimiento cierto sobre el contenido de los términos de aceptación de responsabilidad, acuerdo de culpabilidad o plea agreement y de la firmeza de la sentencia emitida por la Corte del Distrito Sur de Nueva York permitiría analizar la identidad de los cargos de conspiración para importar cocaína, importación de cocaína, conspiración para distribuir y poseer con intención de distribuir y distribución y posesión con intención de distribuir cocaína, con los que fueron objeto de sanción por las autoridades patrias».

SENTENCIA - Motivación: clara y expresa con base en las pruebas y normas aplicables al caso / **DECISIONES JUDICIALES** - Motivación: debida argumentación, garantiza los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, impugnación y doble instancia que hacen parte del debido proceso / **SENTENCIA** - Defectos de motivación: modalidades / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Defectos de motivación: no se configura / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Falta de motivación: motivación incompleta, ambivalente, sofística o aparente / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Requisitos: motivación

«119. Una de las máximas expresiones del derecho fundamental a un debido proceso es, definitivamente, la motivación de las providencias judiciales, toda vez que, desde un doble cariz, entraña la certeza y seguridad sobre las razones de la determinación, de cara al ejercicio del derecho de impugnación, y a su vez se erige como garantía en contra de la arbitrariedad y el capricho judicial.

120. Tal prerrogativa no puede ser entendida bajo el ropaje de una forma ritual, como tampoco de

la concisa o predeterminada resolución formal del fallador.

121. Desde la referida óptica iusfundamental deviene imperativo que, en el texto de la decisión, se indiquen con claridad, suficiencia y concreción los argumentos de orden fáctico, probatorio y jurídico que explican y justifican el sentido de la solución del asunto sometido a consideración del funcionario judicial.

[...]

125. La obligación de motivar las providencias judiciales aplica tanto para los fallos de instancia, como para el llamamiento a juicio. [...]

136. Lo anterior descarta la existencia de falencias en la motivación del llamado a juicio, pues de manera razonada y circunstanciada la Fiscalía sí fundamentó fáctica y probatoriamente por qué le atribuyó a los procesados la comisión de los punibles de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico de estupefacientes agravado, demostrados con suficiencia en los siete envíos frustrados.

137. Sin mayores desarrollos, el demandante hizo extensiva la misma postulación a las sentencias de instancia, pues considera que éstas se encuentran también huérfanas de referencias a la participación de PO en los hechos de Caldas (Antioquia), España o Bélgica.

[...] las sentencias de instancia sí especificaron las razones fácticas y probatorias que permitían conectar las tres incautaciones de Caldas (Antioquia), España y Bélgica, con la organización criminal y PO».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación: se configura, pero no es trascendente para casar el fallo / **TESTIMONIO** - Valoración probatoria

«154. Contratado lo objetivamente informado por los testigos con el contenido atribuido por la segunda instancia a esas declaraciones, se constata que, efectivamente, el ad quem le agregó aspectos de los que carecían y le hizo decir a la prueba algo que, en realidad, es producto de una adición que consistió en concluir erróneamente que los mencionados testigos habían afirmado que MP. “desarrollaba tareas específicas ... respecto al tráfico de drogas a las diferentes ciudades del continente europeo”, aseveración que no fue realizada por ninguno de los tres declarantes.

[...]

169. Sin embargo, los tres testigos (M, C y H) si coincidieron en manifestar que el procesado era subordinado de PO y cumplía múltiples

funciones que permitían el normal funcionamiento de las empresas que encubrían la operación de tráfico de estupefacientes, labor de real significancia en el interés y pretensión de que pasara desapercibido el envío de cocaína a Estados Unidos, Europa y África.

[...]

A las mismas conclusiones de la segunda instancia se arriba, como lo hizo el a quo, por otros medios de prueba (interceptaciones, fijación fotográfica, seguimientos, incautaciones de cocaína, declaración de AM) que, valorados conjuntamente, con lo informado en las tres precitadas declaraciones, permiten afirmar la participación y contribución sustancial del MV a la organización delictiva».

Inicio

13. PRESCRIPCIÓN - Delitos de ejecución permanente: comienza a contar desde la perpetración del último acto / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: diferente a la valoración probatoria / **CASACIÓN** - Errores en la apreciación probatoria: son diferentes de los que se presentan en la valoración de las pruebas / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Por vía excepcional: puede ser reconocida por el Juez de conocimiento / **PENA** - Funciones: prevención especial, tiene lugar en la fase de ejecución

La Corte Suprema de Justicia dictó sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada en nombre de E.C.G.M. contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena que le fue impuesta como determinadora del delito de peculado por apropiación.

En esta oportunidad la Corte casó parcialmente la sentencia impugnada, con el exclusivo propósito de conceder a E.C.G.M. la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Para ello, en primer lugar, analizó la figura de la prescripción, determinando su no ocurrencia, en consideración a que la realización de la conducta típica se prolongó hasta cuando, mediante decisión judicial, se decretó la cesación de efectos jurídicos del acto administrativo mediante el cual se reliquidaron ilegalmente las pensiones.

Posteriormente al analizar los cargos propuestos, la Sala aclaró la diferencia existente entre la apreciación y la valoración probatoria, cuyos errores difieren a la luz de la causal de casación que sustenta el recurso.

Finalmente, concluyó que, en este caso, es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a favor de la condenada, por vía excepcional, atendiendo la valoración de sus antecedentes, tales como la edad, el fin

resocializador de la medida, así como las bajas posibilidades fácticas de que reincida y, con ello; represente un peligro para la sociedad; por lo que, en conjunto, la ejecución de la pena resulta innecesaria, *máxime* cuando la gravedad o modalidad de la conducta no es suficiente para negar la concesión de beneficios y subrogados.

SP3371-2022(61904) de 28/09/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Entre 1993 y 1998, la abogada E.C.G.M., en calidad de apoderada de múltiples ex trabajadores de la liquidada empresa Puertos de Colombia, solicitó en nombre de aquéllos la cancelación indebida de ilegales reajustes pensionales, con supuesto fundamento en lo previsto en la Ley 4^a de 1976.

2. Pese a la manifiesta improcedencia de dicha pretensión, en el marco de la connivencia existente en la época entre ex portuarios, abogados, inspectores de trabajo, funcionarios de la mencionada entidad y jueces laborales, la señora E.C.G.M. efectuó reclamaciones judiciales y administrativas para obtener la reliquidación de las pensiones a favor de sus mandantes. Mediante conciliaciones logró el reconocimiento de reajustes de las mesadas, que dieron lugar a la expedición de múltiples actos administrativos y al pago efectivo de algunas prestaciones.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO FONCOLPUERTOS / PRESCRIPCIÓN - Delitos de ejecución permanente: comienza a contar desde la perpetración del último acto / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura: mediante el reconocimiento ilícito de incremento de pensiones y pago de retroactivos, Foncolpuertos / **PECULADO POR**

APROPIACIÓN - Prescripción / PECULADO POR APROPIACIÓN - Delito de ejecución instantánea: con efectos patrimoniales diferidos / **DELITO DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Favorabilidad: en tratándose de la vigencia de varias disposiciones legales / **DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Aplicación de la favorabilidad: se descarta

«La Sala descarta que la acción penal esté prescrita, como lo alega la censora. Al margen de la equivocada invocación de la causal de casación, lo cierto es que, en el fondo, el reclamo es infundado, pues se soporta en dos premisas erróneas: por una parte, que el conteo del término prescriptivo aplicable a la investigación ha de iniciar el 4 de octubre de 1994; por otra, que al haberse efectuado el primer pago de las reliquidaciones pensionales mediante nota débito de esa fecha, la pena a considerar es la prevista en el art. 133 del C.P. 80, modificado por el art. 2º de la Ley 43 de 1982.

En cuanto al primer aspecto, haciendo abstracción de los fundamentos de la acusación y las razones expuestas en la sentencia de segunda instancia, la demandante mutila el marco fáctico en que se imputó a la acusada la comisión, en calidad de determinadora de peculado por apropiación. Si bien la consumación de ese -primer- delito se dio en ese momento, también es verdad que la hipótesis delictiva comprende la afectación prolongada y sucesiva del erario, más allá del inicial pago ilegal de reajustes pensionales con efectos retroactivos.

Por ello, al tenor del art. 84 inc. 2º del C.P. 2000 (así como a la luz del art. 83 del CP 80), el término de prescripción comienza a contar desde la perpetración del último acto. En ese sentido, si bien el detrimento al patrimonio público inició con un pago correspondiente al ilegal reajuste de las pensiones -con efectos retroactivos, mediante la Resolución 1175 del 3 de octubre de 1994-, la afectación pecuniaria siguió produciéndose con posterioridad a la nota débito N° 003945 del día siguiente, mediante la cual se pagaron los montos reconocidos en dicho acto administrativo.

El reajuste implicó que las mesadas pensionales de los beneficiarios se incrementaran y, con un mayor valor de origen ilícito, se continuaran pagando mensualmente, pese a su ilegal liquidación. Esto, indiscutiblemente, condujo a la prolongada realización de la conducta típica hasta que, mediante decisión judicial del 30 de mayo de 2008, se decretó la cesación de efectos jurídicos del acto administrativo mediante el cual se reliquidaron las pensiones con manifiesta contravención de la ley. [...]

Acorde con esas razones, en el asunto bajo examen, el conteo del término de prescripción en la investigación ha de iniciar el 30 de mayo de 2008, fecha de la sentencia anticipada proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá contra L.H.R., a quien condenó como autor de peculado por apropiación, en calidad de exgerente de Foncolpuertos. En esa decisión fue que se decretó la cesación de los efectos jurídicos de las resoluciones proferidas ilegalmente, incluida la que dio lugar a los pagos aquí concernidos.

[...] Además, desde el plano de la selección normativa, la comprensión de la defensora -así como la de la procuradora delegada ante la Corte, al solicitar una dosificación de la pena en referencia a "la norma más favorable"-, es igualmente errónea, pues a la hora de escoger el término a contabilizar, tratándose de la comisión de un delito con permanencia en el tiempo, que ha de valorarse en su totalidad, bajo la óptica de la unidad de acción, el precepto aplicable es el vigente al momento del último acto.

Así lo tiene definido la jurisprudencia, con fundamento en razones de prevención general negativa, que descartan un conflicto de leyes en el tiempo y, en consecuencia, la aplicabilidad del principio de favorabilidad. [...]

Los planteamientos de la censora y de la agente del Ministerio Público son desconocedores de la decantada posición desarrollada por la Corte sobre el particular. En la CSJ SP 24 jun. 2009, rad. 31.401, ratificada por las antedichas decisiones y corroborada hoy por la Sala, se confrontaron diversas lecturas doctrinales sobre la viabilidad de seleccionar preceptos sancionatorios más benéficos cuando la conducta punible inicia en vigor de una norma y termina su ejecución en vigencia de otra. En ese caso, pertinente para ilustrar lo aquí discutido por vía analógica, se concluyó que la punición -y, por la misma vía, el referente temporal para contabilizar la prescripción- ha de regirse por la sanción establecida a la culminación de los efectos del delito, sin que ello comporte la vulneración del principio de favorabilidad. [...]

A la luz de tales referentes, el tribunal acertó al descartar la prescripción del peculado consumado, como quiera que, siendo aplicable el art. 397 inc. 2º del C.P. 2000 para contabilizar el término extintivo de la acción penal, el fenómeno no se configuró en la investigación ni en el juicio.

[...]

Y pese a que la reclamada prescripción se sustenta únicamente en la anterior conducta imputada, no sobra precisar que, de cara al

peculado tentado, por el que igualmente fue acusada la señora G.M., tampoco se verifica el fenómeno extintivo de la acción penal.

La atribución de esa conducta se remonta a la ilegal reliquidación mediante actos administrativos del 27 de mayo y 31 de julio de 1998, por valores de \$1.913.628.997 y \$4.849.952.217. Sin embargo, esas sumas no fueron pagadas. Para esas fechas, regía el art. 133 del C.P. 80, modificado por el art. 19 de la Ley 190 de 1995. Empero, la ley posterior aplicable, ahí sí por favorabilidad, es el art. 397 del C.P. 2000, pues pese a que ambas conductas prevén idéntica pena de prisión para el peculado agravado por la cuantía (22.5 años, reducidos a 16.8 por efecto de la tentativa), es más benigna la sanción de multa en el actual estatuto, pues se determina por la cuantía de lo apropiado, sin superar 50.000 s.m.l.m., límite que no se encuentra en la norma anterior.

Salta a la vista, entonces, que desde tales fechas no transcurrieron 16 años y 9 meses antes de que se interrumpiera la prescripción. Tampoco han corrido 8 años y 4 meses desde el 15 de julio de 2014, fecha en que la acusación quedó en firme.

Por consiguiente, el primer cargo no prospera, como tampoco hay lugar a casar oficiosamente la sentencia impugnada a fin de reajustar la dosificación de la pena, como lo pide la procuradora delegada ante la Corte, pues, como se explicó, no hay lugar a aplicar el art. 133 del C.P. 80, modificado por el art. 2º de la Ley 43 de 1982».

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Diferente al falso raciocinio / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por suposición: concepto / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Modalidades / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Demostración / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Configuración / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: diferente a la valoración probatoria / **CASACIÓN** - Errores en la apreciación probatoria: son diferentes de los que se presentan en la valoración de las pruebas / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: concepto / **PRUEBA** - Valoración probatoria: concepto

«Como pasa a exponerse, el reclamo subsidiario, a partir del cual se pretende lograr una decisión absolutoria por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, igualmente está llamado al fracaso. Ello, debido a que los reproches por cuyo medio se pretenden acreditar infracciones de apreciación probatoria, nada tienen que ver con ese proceso aplicado por los juzgadores y, mucho menos, son aptos para acreditar la denunciada modalidad de error. En verdad, los

cuestionamientos van dirigidos a la valoración en conjunto de las pruebas, pero aquéllos carecen de solidez y se muestran ineptos para alterar la estructura probatoria que soporta la declaratoria de responsabilidad.

La apreciación probatoria es el ejercicio de observación, entendimiento o lectura del contenido objetivo de las pruebas. Si el juzgador no las advierte o aprehende su contenido de una manera diversa, existirá un yerro en la existencia o en la comprensión de lo que informa el medio de conocimiento. Por su parte, la valoración de las pruebas es en estricto sentido un proceso distinto, posterior, consistente en el razonamiento aplicable por el juez al analizar la información extraída de ellas.

En la fase de apreciación, si se quiere, se extrae información de la prueba, mientras que en la valoración el juzgador escruta o examina cuidadosamente lo que ella le indica, para emitir juicios de valor, conclusiones o inferencias, a partir de los cuales declarará probados o no determinadas proposiciones fácticas.

Esa es la razón por la cual, en la teoría de la casación, los errores de apreciación pueden derivar de fallas de observación total o parcial, expresadas, respectivamente, en falsos juicios de existencia o de identidad. A su turno, los yerros de valoración sólo pueden ser cometidos en el ámbito del falso raciocinio, modalidad de error que tiene ocurrencia cuando el juzgador observa la prueba en su integridad, pero al valorarla desconoce los postulados de la sana crítica, es decir, una concreta ley científica, un principio lógico o una máxima de la experiencia.

Entendida la diferencia entre las fases de apreciación y valoración probatoria, salta a la vista la carencia de fundamento del reclamo elevado por "suposición de pruebas". El falso juicio de existencia se refiere a la entidad o el ser de los medios de conocimiento, de donde se sigue que ese error de observación tendría lugar cuando el juez comprende que un medio de conocimiento carece de existencia, pese a que ha sido incorporado al acervo probatorio, o entiende que tiene ante sí una prueba, pese a que ésta no existe en el proceso.

La primera de dichas hipótesis se presenta cuando el fallador, al proferir la sentencia, desconoce por completo el contenido material de una prueba debidamente practicada, es decir, la omite. En el segundo evento, "la inventa" o supone, esto es, afirma la existencia de una prueba que jamás fue practicada o recaudada.

[...]

La censura en manera alguna cuestiona la ilegalidad de las reclamaciones efectuadas por la acusada, como tampoco que la reliquidación y posterior pago de las pensiones fueron ilícitos. La queja estriba en la supuesta ausencia de prueba sobre la conducta determinadora, pero tal aserto es inaceptable porque éste fue fijado a través de prueba indiciaria, que para nada ataca la libelista y que la Corte estima sólida.

En primer lugar, el a quo declaró probado, como hecho notorio, que las reclamaciones presentadas por la acusada en representación de sus mandantes, base de los acuerdos conciliatorios por ella logrados tanto individualmente como en asocio con su colega, tuvieron lugar en un contexto de corrupción generalizada en Foncolpuertos, tendiente al desfalco de la entidad mediante reconocimiento ilícito de prestaciones, producto de colusión entre funcionarios públicos, extrabajadores y abogados.

En ese sentido, conviene destacar, la jurisprudencia ha reconocido la escalada de corrupción en Foncolpuertos, con ocasión de los procesos judiciales y reclamaciones de índole laboral adelantados por extrabajadores portuarios en su contra, como una situación objeto de valoración, por la vía del hecho notorio.

[...]

Bajo esa comprensión, el tribunal puso de presente que, en ese entramado de corrupción, en el que era bien conocida la disposición de los servidores públicos con disponibilidad jurídica de los recursos públicos para comprometerlos mediante el reconocimiento de ilegales e injustificadas reclamaciones, ex trabajadores y abogados se anexaron a ese ilícito propósito para verse beneficiados con el reconocimiento y pago de prestaciones carentes de sustento normativo.

[...]

Así que, sabido el ánimo corrupto en los funcionarios para acceder a reclamaciones manifiestamente ilegales, con las que aquéllos fueron aquiescentes y a las que se acogieron con plena condescendencia, el tribunal concluyó que la determinación imputable a la acusada estriba en la creación de las condiciones jurídicas necesarias para que los servidores dispusieran ilegalmente de los recursos, en beneficio de sus mandantes. Así fue que la abogada G.M. instigó la comisión de las conductas constitutivas de peculado, consumado y tentado, aserto que encuentra refuerzo probatorio en pruebas testimoniales y documentales que, contrario a lo expuesto por la defensa, muestran que aquélla sí estaba anexada a ese propósito criminal común,

pues, de un lado, en virtud de su formación y experiencia profesional, debía saber de la ilegalidad de sus reclamaciones; de otro, ella sí era conocida por servidores de Foncolpuertos.

[...]

Bien se ve, entonces, que el cargo no solo es impróspero porque los juzgadores no incurrieron en falso juicio de existencia por suposición alguno, sino debido a que los reproches son del todo infundados, pues la estructura probatoria en que se sustenta la declaratoria de responsabilidad es sólida y cumple con el estándar de conocimiento exigido por la ley para condenar. Tampoco es verdad que en la valoración se hubieran realizado conjeturas o suposiciones carentes de soporte en las pruebas. No. Lo que se evidencia es que la censora no identificó adecuadamente la argumentación probatoria que dio lugar a concluir, por vía inferencial, que la acusada determinó la comisión de las conductas constitutivas de peculado.»

DEMANDA DE CASACIÓN - No está prevista para aportar nuevas pruebas / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Edad / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Por vía excepcional: puede ser reconocida por el Juez de conocimiento / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor subjetivo: el sentenciador debe ponderar o conjugar sus presupuestos, para determinar si existe o no necesidad de ejecutar la pena de prisión / **MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA** - Factor subjetivo: se trata de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena / **PENA** - Fines: resocialización / **PENA** - Funciones: prevención especial, tiene lugar en la fase de ejecución / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor subjetivo: consideración de la modalidad y gravedad de la conducta / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor subjetivo: la invocación aislada de la gravedad o modalidad de la conducta no es suficiente para establecer la necesidad de ejecutarla

«Desde la perspectiva del planteamiento, el segundo cargo subsidiario -elevado por la vía de la violación directa de la ley sustancial- se muestra impróspero ab initio, pues en estricto sentido no desarrolla una problemática hermenéutica, sino reclama la concesión de un subrogado con referencia a supuestos fácticos ajenos a las sentencias impugnadas. Ello desborda el ámbito de control propio de la casual de casación invocada, que se limita a aspectos de

aplicación, selección o interpretación normativa, sin intermediación de cuestiones probatorias ni alteración de premisas fácticas, mucho menos cuando ello es producto de una inadmisible incorporación de pruebas con posterioridad al juicio oral. Sobre este último particular, no le es permitido a la demandante reclamar un beneficio con base en pruebas aportadas con el libelo casacional.

Sin embargo, la Sala hizo abstracción de tales falencias, que habrían de conducir a la inadmisión de la demanda, porque de la lectura preliminar de los fallos de instancia salta a la vista que la ponderación de las finalidades a la luz de las cuales ha de analizarse la procedencia excepcional de la suspensión de la ejecución de la pena, debido a la edad y las circunstancias particulares de la sentenciada, es precaria. En consecuencia, enseguida se examinará de fondo el asunto.

El a quo acertó al negar, en un primer momento, la procedencia del subrogado -ordinario- a la luz del art. 63 original del C.P. Ello por cuanto, de un lado, era improcedente dar cabida a los lineamientos de la Ley 1709 de 2014, pues además de que dicha normatividad no estaba vigente para el momento de los hechos, le era desfavorable a la acusada -debido a la prohibición de beneficios y subrogados incluida en el art. 68 A del C.P.-; de otro, tampoco es viable la suspensión a la luz del art. 63 original del C.P. 2000, dado que la pena impuesta supera los 3 años de prisión.

Sin embargo, el a quo erró al desatender las peticiones de la defensa en punto de la suspensión de la ejecución de la pena, por vía excepcional, dada la condición de adulto mayor y las particulares circunstancias personales de la sentenciada. Pretermitió ese análisis y únicamente verificó la procedencia de la sustitución de la prisión por reclusión domiciliaria, pasando por alto que si bien la suspensión prevista en el art. 471 de la Ley 600 de 2000 -aplicable en los mismos casos de la detención preventiva (art. 362-1 ídem)- es competencia del juez de ejecución de penas, no es menos cierto que, acorde con la jurisprudencia de la Sala (cfr. entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), tal beneficio también puede ser reconocido por el juez de conocimiento o de la causa.

[...]

En cuanto a las exigencias de carácter cualitativo, el texto y la redacción del precepto [art. 63 ídem] a esa altura, son inequívocos al imponer que se conjuguen los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado,

lo mismo que la modalidad y gravedad de la conducta, entendiendo por ésta la mayor o menor afectación del bien jurídico tutelado con la norma que infringió el sentenciado.

No se desprende la existencia de una permisión para que el juez escoja a su arbitrio, una o algunas de esas materias, las sopesa y si el resultado que aparece niega la necesidad del tratamiento penitenciario, adopte la decisión pertinente.

Inevitablemente, debe sujetarse a la totalidad del contenido normativo y cuando quiera que de éste dimanen rasgos de discrecionalidad, el operador judicial habrá de disponer de esa facultad con vistas a los componentes axiológicos de razonabilidad y proporcionalidad; lógicamente, dándole vigencia dentro del asunto, al derecho a la igualdad.

De ahí que el estudio de las características individuales del procesado sea esencial para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad, en tanto están ligados de manera inescindible a las funciones de la pena y al reproche subjetivo que el juez debe hacer dentro de la categoría de la culpabilidad (cfr., entre otras, CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35.943 y SP13989-2017, rad. 47.691).

[...]

Tales precedentes muestran con claridad que la procedencia del beneficio en manera alguna depende del simple factor objetivo de la edad del sentenciado. No. Superado ese aspecto, la esencia del examen judicial recae en materializar las finalidades de prevención especial en las condiciones personales del condenado, para establecer si se necesita o no que cumpla la pena de prisión. Pero ello ha de hacerse aplicando un juicio atinado en la valoración tanto de los factores definitorios del concepto de pena en sí, como de las funciones y las finalidades que ella cumple en la fase de ejecución -que es distinta y posterior a la de individualización e imposición-.

[...]

A la luz de tales premisas, saltan a la vista las imprecisiones en que incurrió el ad quem para negar la reclamada suspensión de la pena, tanto por incomprendión de la variante especial de la prevención, como por inobservancia y valoración inapropiada de aspectos fácticos pertinentes para dictaminar sobre el riesgo de reincidencia y, consecuentemente, en relación con la necesidad de la pena.

[...]

La prevención especial, que recae sobre el sentenciado, tiene lugar en la fase de ejecución y,

en ésta, por excelencia, debe propenderse por la resocialización. Así se desprende del art. 9º del Código Penitenciario y Carcelario, según el cual la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. En consecuencia, mecanismos como la suspensión de la pena son totalmente compatibles con la prevención especial positiva, pues entre menos se afecte la libertad personal del condenado, mayores son sus posibilidades de reintegración social, tanto más cuanto se trata de una persona de la tercera edad, cuya expectativa de vida es menor.

[...]

La retribución es connatural al concepto de pena y, por ende, es una finalidad legítima (art. 4º inc. 1º del C.P.). Mas ella no se auto justifica y en un Estado social de derecho ha de conjugarse con el propósito de prevención, en el que radica la legitimidad misma del ius puniendi, en clave de protección de bienes jurídicos. Tal conjunción implica, entre otras cosas, entender en qué fases de la punición determinados fines y funciones de la pena muestran distinta preponderancia.

El criterio de gravedad es un articulador de la conducta punible y la respuesta punitiva, que opera en el ámbito de la retribución. Alude a la relación de proporcionalidad entre el daño causado por el delincuente y el perjuicio que se le irroga en respuesta a su actuar, a través de la imposición de la pena. Entonces, en un primer momento, la “calidad y dimensión del daño causado” encuentran concreción en la imposición judicial de la pena en un monto específico, congruente con la valoración legislativa sobre la gravedad del delito.

Más adelante, de cara a la ejecución de la sanción, la gravedad y la modalidad de la conducta, desde luego, tienen relevancia. Mas tales referentes han de ser aplicados pertinente, esto es, de una forma compatible con las finalidades a las que sirve el cumplimiento efectivo de la pena, del cual excepcional y condicionadamente puede prescindirse, mediante figuras como la suspensión de la ejecución, aquí analizada.

El pronóstico que debe emitir el juez al conceptualizar si hay o no necesidad de ejecución de la pena, es el de plausibilidad de reiteración delictiva. Allí, la naturaleza, gravedad y modalidad de la conducta son factores indicadores de cómo podría actuar a futuro el sentenciado. Aquéllos deben ser analizados en conjunción con la personalidad de la persona condenada, para saber si es o no aconsejable la medida. Esto implica evitar un juicio negativo del beneficio a priori, basado únicamente en la

reafirmación retrospectiva de la gravedad, pues el razonamiento judicial en este escenario es eminentemente prospectivo y varía de caso a caso.

El juez ha de tener precaución de no eludir un verdadero examen subjetivo y, bajo el pretexto de la reiteración de la gravedad, ya considerada al momento de fijar la sanción y su monto individualizado, suplantar al legislador aplicando una especie de prohibición objetiva ex ante del beneficio, algo que solo pertenece al ámbito de valoración político criminal, privativo del legislador (cfr., por ejemplo, el art. 68 A del C.P. 2000).

Y en esa errada vía de análisis incurre el tribunal al sostener que “se procede por el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, de extrema gravedad porque encarna actos de corrupción”. Prácticamente, al negar la suspensión en esos términos, dio aplicación velada a una prohibición objetiva de concesión de beneficios y subrogados, prevista por el legislador, pasando por alto que la suspensión analizada es excepcional y comprende aún esas modalidades delictivas, siempre y cuando sea aconsejable la medida tras sopesar las particulares características del sentenciado con la modalidad de su actuar.

[...]

Conclusión.

La valoración de los antecedentes de todo orden de la sentenciada permite colegir la viabilidad de favorecerla con la suspensión excepcional de la ejecución de la pena. En concordancia con los referidos precedentes (cfr. CSJSP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), la Sala estima que, en referencia a las funciones de prevención especial negativa y reinserción social del condenado (faceta positiva), hay fundamento suficiente para afirmar que el encarcelamiento es innecesario, máxime que, con la ejecutoria de la sentencia, la abogada G.M. purgará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de su profesión, sin que pueda entonces valerse de ésta para utilizarla como mecanismo para la obtención de prestaciones ilegales que afecten el patrimonio público.

La necesidad de aislamiento del sentenciado, conocida criminológicamente como inocuización y que bajo la óptica dogmática pertenece a la prevención especial negativa, opera en concreto y es valorada en relación con el riesgo de reiteración; pero no de cualquier conducta habida y por haber, sino especificado por el perfil delictivo en el que el sentenciado infringió la ley penal y sus características personales. Su

peligrosidad, que pretende conjurarse a través de la reclusión, ha de medirse, entonces, por las particulares posibilidades fácticas de que reincida.

No se advierten, entonces, razones plausibles para suponer que la sentenciada puede evadir el cumplimiento de las obligaciones que la concesión del beneficio acarrea, no sólo debido a su arraigo familiar y social, sino porque concurrió al proceso seguido en su contra y acató los llamados que le hicieron las autoridades judiciales, pues no sobra recordar que, considerando esos antecedentes, la Fiscalía se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

Tampoco hay motivos para afirmar que E.C.G.M. representa un peligro para la comunidad o que probablemente reincidirá en el delito, pues es una delincuente primaria, sin antecedentes de ningún tipo. Y, de todas maneras, hay dos circunstancias del todo trascendentes que

debilitan su potencialidad delictiva -enmarcada en el ejercicio torcido de la profesión de abogada: por una parte, la prohibición de ejercicio de la profesión; por otra, su avanzada edad (70 años).

Ahora bien, no sobra advertir que la permanencia del beneficio depende del cumplimiento de las obligaciones propias para su concesión, que han de garantizarse mediante caución. Su inobservancia no sólo conlleva la pérdida de ésta, sino la revocatoria de la medida. De ahí que la condicionalidad que rige la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena es un incentivo para la abstención de delinquir. La referida amenaza de revocatoria es un componente característico de dicho instituto jurídico en el que tiene aplicación el fin de prevención especial negativa: la posibilidad de que se pierda el beneficio es un fuerte estímulo para mantener al condenado, dentro del tiempo de suspensión, exento de reincidencia».

Inicio

14. PRESCRIPCIÓN - Revelación de secreto / REVELACIÓN DE SECRETO - Elementos / REVELACIÓN DE SECRETO

SECRETO - Configuración: se requiere la intervención de varios sujetos, por una parte el funcionario y de otra el receptor de la información / **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN**

PUBLICA - Clasificación de la información / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Audiencia preliminar: solicitud de captura, carácter reservado / **REVELACIÓN DE SECRETO** -

Agravado: dolo, el sujeto se debe haber planteado el perjuicio que generaría su conducta

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensora de Z.V.M. contra la sentencia proferida por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, mediante la cual la condenó como autora del delito de revelación de secreto.

En esta oportunidad la Corte modificó la sentencia impugnada, en el sentido de suprimir el agravante del inciso segundo del artículo 418 del Código Penal e imponer la pena principal de multa.

Al respecto, analizó los elementos, configuración y demostración del delito de revelación de secreto, así como la naturaleza y límites del derecho de acceso a la información pública, para

concluir que, si bien la procesada incurrió en la conducta delictiva, el perjuicio causado no le es atribuible; determinación que incidió en la tasación de las penas.

SP3796-2022(61872) de 02/11/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En audiencia reservada, la entonces Juez Primera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Quibdó libró órdenes de captura en contra de D.M.D.R. y F.A.V.G., dentro del proceso que se adelanta por la presunta comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contrato, entre otros.

2. Con el fin materializar la orden de captura de F.A.V.G., el 24 y 25 de febrero de 2016 funcionarios del CTI se desplazaron a un apartamento situado en Barranquilla. Sin embargo, cuando los agentes llegaron al sitio descubrieron que F.A.V.G., había huido del lugar.

3. En el inmueble se recolectó un celular, del cual se extrajo información según la cual, J.C.

alertó a F.A.V.G., de la orden de captura que había sido librada en su contra. Esta información la obtuvo J.C. de parte de L.L.C., quien a su vez la había recibido de su amiga Z.V.M., juez que dictó la orden de captura.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Concepto / PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta / SISTEMA PENAL

ACUSATORIO - Prescripción: Diferencias con la ley 600 de 2000

«La prescripción de la acción penal es una causal de extinción de la pretensión punitiva del Estado, la cual tiene una doble connotación: es una garantía constitucional en favor del procesado, consistente en que su situación jurídica será definida oportunamente, y constituye una sanción para el Estado por la inactividad de sus agentes.

El artículo 83 del Código Penal establece que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de la libertad fijada en la ley, pero en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años, ni exceder veinte (20).

Adicionalmente, el inciso 4º del artículo 83 dispone que para las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Por su parte, el precepto 86 de la misma norma dispone que el término de la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, el cual comenzará a transcurrir nuevamente por un tiempo igual a la mitad del señalado inicialmente en el artículo 83, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10).

Sin embargo, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 precisa que, una vez interrumpida la prescripción con la formulación de imputación, el término comenzará a correr de nuevo por un periodo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a tres (3) años.

La aparente contradicción de estas normas procesales en relación con el término mínimo de prescripción, fue resuelta por esta Corporación cuando precisó que el tiempo mínimo de cinco (5) años, a los que alude el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal solamente es aplicable para los asuntos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, mientras que el término de tres (3) años dispuesto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 es relevante únicamente para los procesos adelantados conforme a dicho estatuto procesal.

Ahora bien, el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el inciso sexto del artículo 83 del Código Penal estableció que el término de prescripción se aumentará en la mitad al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas cometiera la conducta punible».

PRESCRIPCIÓN - Revelación de secreto / PRESCRIPCIÓN - Servidor público: término a tener en cuenta / PRESCRIPCIÓN - No se configura

«En el presente asunto, el inciso primero del artículo 418 del Código Penal no contempla una sanción privativa de la libertad, pues prevé una pena de multa y pérdida del empleo o cargo público, por lo tanto, el término de prescripción mínimo de la acción penal para esta conducta punible antes de la formulación de imputación es de 5 años, en virtud de lo contemplado en el inciso 4º del precepto 83 de la Ley 599 de 2000.

De la misma forma, como el inciso segundo del artículo 418 del Código Penal prevé una modalidad agravada del delito de revelación de secreto y dispone una pena de prisión de 16 a 54 meses (menor a 60 meses), el término de prescripción mínimo de la acción penal para este delito agravado también es de 5 años conforme a lo establecido en el artículo 83 del Código Penal.

El término de prescripción para la modalidad básica y la versión agravada de la conducta punible se interrumpió con la formulación de imputación realizada el 25 de junio de 2018, tiempo que comenzó a correr nuevamente por 3 años (36 meses) conforme al artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

Ahora, como ZVM ostentó la calidad de servidora pública y ejecutó la conducta punible prevalida de ese rol funcional, el término prescriptivo mínimo de 3 años (36 meses) se incrementa en la mitad (18 meses) para ambas modalidades del delito, conforme al artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 y la jurisprudencia anteriormente reseñada, lo cual arroja un resultado de 54 meses o 4 años y medio como lapso en que operaría el fenómeno extintivo, tiempo que se cumpliría el 25 de diciembre del 2022.

En conclusión, tal como fue señalado por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, la conducta de revelación de secreto, tanto en su modalidad básica como en su forma agravada aún no se encuentra prescrita».

REVELACIÓN DE SECRETO - Elementos / REVELACIÓN DE SECRETO - Tipicidad objetiva / REVELACIÓN DE SECRETO -

Concepto / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Elementos: sujeto activo calificado, servidor público / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Elementos: objeto material del acto / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Elementos: verbo rector / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Elementos: elemento normativo (secreto o reserva) / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Configuración: se requiere la intervención de varios sujetos, por una parte el funcionario y de otra el receptor de la información / **TIPO PENAL** - Aspecto objetivo del tipo: Nexo causal entre la conducta y el resultado / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Tipicidad subjetiva / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Delito de resultado y de conducta instantánea / **TIPO PENAL** - Elemento normativo: concepto / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Delito de ejecución personal

«El delito de revelación de secreto se encuentra consagrado de la siguiente manera en el artículo 418 del Código Penal:

ARTÍCULO 418. REVELACIÓN DE SECRETO. El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

Para describir la estructura típica de este delito, es necesario establecer su tipicidad objetiva y subjetiva. Dentro del primer componente, se evalúan los siguientes elementos: i) el sujeto activo calificado; ii) el objeto material del acto; iii) la acción típica; iv) el resultado; y v) la relación de causalidad. Por su parte, en el segundo componente se encuentra el dolo necesario para la comisión de la conducta.

Dentro de la tipicidad objetiva, en primer lugar, se encuentra que el sujeto activo calificado corresponde a un servidor público que en virtud de una norma tenga a su cargo la custodia de la información secreta o reservada.

En segundo lugar, el objeto material del delito hace referencia al elemento del mundo exterior en relación con el cual se realiza la acción típica. En este caso, el objeto material del delito es el documento o noticia sometida a secreto o reserva.

El secreto o reserva enunciado en el objeto material pertenece a los denominados "elementos normativos del tipo", los cuales han sido definidos por la doctrina como "premisas que sólo

pueden ser imaginadas y pensadas bajo los presupuestos lógicos de una norma" y que están contenidos en algunos tipos penales. Como ejemplos se encuentran: "la víctima", "la autoridad competente" o "el deber legal".

Esta Sala ha establecido que los elementos normativos del tipo son expresiones contenidas en cualquier tipo penal que buscan cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretenden precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, y en consecuencia le corresponde al juez penal en cada caso particular examinar su ocurrencia, con el fin de valorar la conducta como delictiva.

Por lo tanto, frente al delito de revelación de secreto, el juzgador debe evaluar si el documento o la información efectivamente están sometidos a reserva o secreto conforme a las normas que regulen la materia».

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA - Contenido / **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA** - Limitaciones / **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA** - Clasificación de la información / **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA** - Clasificación de la información: reservada / **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA** - Normativa aplicable / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preliminar: solicitud de captura, carácter reservado

«[...] vale la pena mencionar que el artículo 74 de la Constitución Política garantiza el derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el acceso a la información pública está caracterizado por el principio de máxima divulgación, el cual prescribe que toda información pública debe ser accesible como regla general, de modo que el régimen de limitaciones imponibles tiene carácter restringido y reserva de ley.

En función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la información, la Corte Constitucional la ha clasificado en pública o de dominio público, semiprivada, privada y reservada o secreta.

Igualmente, el alto tribunal ha caracterizado las situaciones en las cuales resulta válida la reserva de la información: "(1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la

publicidad de una información; (2) ante la necesidad de mantener la reserva para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) frente a la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales. En todo caso cualquier restricción debe resultar razonable y proporcionada a los fines que se busca alcanzar. (Negrillas fuera del texto)

Por último, la reserva debe tener carácter temporal y por el lapso razonable y proporcional para la protección de los bienes jurídicos que pretende proteger. Por este motivo, “durante el periodo en que se aplique la reserva, las respectivas autoridades deben asegurar que la información sea debidamente custodiada, de modo que pueda ser consultada una vez fenezca la restricción de acceso.”

Por otro lado, la Ley 1712 de 2014 por medio de la cual se creó la ley de transparencia y se reguló el derecho de acceso a la información pública nacional, en su artículo 6º contempla las siguientes definiciones:

a) Información. Se refiere a un conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen;

b) Información pública. Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal;

c) Información pública clasificada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley;

d) Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley;

Finalmente, en el artículo 19 de la misma ley se enumera la información pública reservada cuyo acceso puede ser rechazado o denegado conforme a las siguientes circunstancias:

- a) La defensa y seguridad nacional;
- b) La seguridad pública;
- c) Las relaciones internacionales;

- d) **La prevención, investigación y persecución de los delitos** y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;
- e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;
- f) La administración efectiva de la justicia;
- g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;
- h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;
- i) La salud pública. (Negrillas fuera del texto)

En conclusión, la información reservada es aquella que estando en poder o custodia de un servidor público, está exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos, entre los cuales se encuentra la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal.

Ahora bien, respecto al contenido de la orden de captura, se tiene que conforme al artículo 298 de la Ley 906 de 2004 la orden de captura es una providencia judicial que contiene datos relacionados con: la investigación penal, la identidad del sujeto indiciado o imputado, la conducta por la cual se adelanta la investigación, la fecha de los hechos y el fiscal que dirige la investigación y /o el juez que ordena la captura. La Corte Constitucional ha indicado que en principio esta información contenida en la orden de captura es pública.

Sin embargo, como se señaló en precedencia, la publicidad de la audiencia de solicitud de orden de captura y el mandato de aprehensión pueden ser restringidos, con el fin de garantizar la eficacia de la administración de justicia y el éxito de la investigación penal.

En este sentido, el artículo 18 de la Ley 906 de 2004 establece:

ARTÍCULO 18. PUBLICIDAD. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervenientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. **Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos** pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervenientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se **comprometa seriamente el éxito de la investigación.** (Negrillas fuera del texto)

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la celebración de audiencias reservadas de solicitud de orden de captura, en virtud a que

“es precisamente su reserva la que garantiza la eficacia de la administración de justicia en la lucha contra el delito.”

En otros pronunciamientos, esta Corporación ha validado la celebración de audiencias reservadas de solicitud de orden de captura:

“debe indicar la Sala que la audiencia de expedición de orden de captura, ha sido concebida con carácter de reservada, dado que su finalidad es «que se efectúe la privación de la libertad de una persona en forma temporal con el fin de proteger a la sociedad y asegurar su comparecencia al proceso.”

En virtud a lo anterior, la condición de reserva de la audiencia de solicitud de orden de captura tiene pleno respaldo jurisprudencial y legal, cuando el operador judicial le otorga esta característica para garantizar el éxito de la investigación penal. Igualmente, el contenido del mandato de aprehensión adquiere este carácter reservado al ser proferido en la mencionada audiencia, información que además es restringida al público en los sistemas de consulta de la Rama Judicial».

REVELACIÓN DE SECRETO - Tipicidad subjetiva: delito doloso

«Respecto a la tipicidad subjetiva, se encuentra que el delito de revelación de secreto es únicamente doloso. Por lo tanto, el agente debe cometer el delito con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de su realización conforme al artículo 22 del Código Penal. Asimismo, la conducta punible no contiene complementos subjetivos, pues no requiere que el sujeto actúe buscando una finalidad específica».

REVELACIÓN DE SECRETO - Agravado: dolo, el sujeto se debe haber planteado el perjuicio que generaría su conducta / SERVIDOR PÚBLICO - Es responsable por infringir la Constitución y las leyes o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Prohibida en la legislación nacional

«[...], el inciso segundo del artículo 418 de la Ley 599 de 2000 establece una modalidad agravada para este delito sancionada con pena de prisión. La norma castiga el hecho de que la revelación de secreto cause un perjuicio, sin especificar la naturaleza de la afectación ni la calidad de los lesionados.

Igualmente, de la mera descripción de la norma se deduce que debe existir un nexo de causalidad entre la consumación de la revelación del secreto y el perjuicio ocasionado con la misma. Sin

embargo, vale la pena aclarar que no es suficiente demostrar la producción del perjuicio de una forma causalista y atendiendo únicamente formas de responsabilidad objetiva, pues ésta se encuentra proscrita conforme al artículo 12 del Código Penal. Por lo tanto, es necesario que el agente se haya representado el resultado relacionado con el perjuicio causado y haya querido la producción de esa consecuencia dañosa.

Lo anterior impide atribuir al funcionario público la materialización de afectaciones imprevisibles, cursos causales atípicos y lesiones provocadas por otros. Lo anterior, en virtud también del principio de responsabilidad subjetiva, el cual impone que el individuo responda por sus decisiones y no por aquellas que incumben a los demás. En ese sentido, esta Corporación ha establecido que, en el caso de los funcionarios públicos, su compromiso penal se deriva exclusivamente del propio ejercicio del cargo, por infringir la Constitución y la ley y cuando incurra en actos de omisión, abuso o extralimitación de sus funciones tal como lo establece el artículo 6º de la Constitución Política».

REVELACIÓN DE SECRETO - Se configura / REVELACIÓN DE SECRETO - Tipicidad subjetiva: delito doloso / REVELACIÓN DE SECRETO - Demostración

«Respecto al tipo penal objetivo, se encuentra que el primer elemento típico de la conducta de revelación de secreto, consistente en la condición de servidora pública (sujeto activo calificado) de ZVM para la época de los hechos (febrero de 2016) fue acreditado con la certificación expedida por la Coordinadora de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Quibdó, DCVR [...]. Asimismo, en el expediente reposa el acta de posesión de la exjuez del 27 de enero de 2016.

Igualmente, está probado que la procesada en su condición de Juez Primera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Quibdó, en audiencia reservada celebrada el domingo 21 de febrero de 2016, expidió orden de captura contra de FAVG y DMDR, dentro del radicado [...] que se adelanta en contra de ellos por la presunta comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contrato, entre otros.

En virtud de su condición de juez, la procesada tenía a su cargo la custodia de la información relativa a la expedición de las órdenes de captura que ella dispuso en audiencia reservada contra FAVG y DMDR, noticia que en caso de ser

revelada podría frustrar la aprehensión de los investigados.

Esta obligación se deriva de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 138 de la Ley 906 de 2004 que establece como uno de los deberes de los servidores judiciales “guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo.”

El segundo elemento del tipo penal relativo al objeto material del delito (documento o información secreta o reservada) también se encuentra verificado en el presente asunto.

Conforme a lo expuesto en el marco teórico de esta decisión, la condición de reservada de la información sobre la orden de captura contra FAVG se derivó del carácter confidencial de la audiencia celebrada el 21 de febrero de 2016 por disposición de la entonces Juez Primera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Quibdó, ZVM en uso de sus facultades legales, en especial del artículo 18 de la Ley 906 de 2004.

Así, el Fiscal 4 Seccional de Administración Pública, YECM, requirió el 20 de febrero de 2016 la celebración de la audiencia reservada de solicitud de orden de captura conforme al artículo 227 del Código de Procedimiento Penal dentro del radicado [...] que se adelanta en contra de FAVG y DMD.

En razón a lo anterior, la Juez Primera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Quibdó, ZVM, celebró la audiencia reservada solicitada y expidió orden de captura en contra de los implicados, solamente en presencia del Fiscal CM. Por cuanto, con la reserva de esta diligencia se buscaba que los procesados VG y DR no fueran advertidos de los mandatos de aprehensión en su contra, y así no evadieran el accionar de la justicia ni afectaran la investigación a la que están vinculados [...]

Conforme a lo expuesto, también se tiene demostrado el cuarto elemento típico relativo al resultado, toda vez que la conducta de revelación de secreto se consumó el 21 de febrero de 2021, cuando la procesada puso en conocimiento de LLC la ocurrencia de la audiencia reservada de solicitud de orden de captura y la existencia del mandato de aprehensión expedido contra FAVG.

Finalmente, de lo expuesto también se deduce el quinto elemento del tipo referente al nexo de causalidad entre el resultado típico (la recepción por parte de un tercero no autorizado de la información reservada) y la acción desplegada por la entonces juez ZVM.

Frente al tipo penal subjetivo, se comprueba que ZVM actuó dolosamente, por cuanto tenía conocimiento del carácter reservado de la audiencia celebrada el 21 de febrero de 2016 y de la expedición de la orden de captura de FVG, y a pesar de ello, actuó indebidamente con la voluntad de revelar dicha información a LLC, quien no estaba autorizada para recibirla.

Ahora bien, frente a la censura de la defensora, consistente en que ZVM no actuó con dolo porque reveló la información de la captura con el propósito de invitar a su amiga a que se presentara ante el ente acusador, se aclara que la motivación que pudo haber tenido la acusada no excluye la tipicidad de la acción, por cuanto el dolo exigido en la norma consiste en el conocimiento y la voluntad de revelar la información sujeta a reserva, sin establecer mayores requerimientos, ni atender alguna motivación en particular.

Por todo lo anterior, la Sala considera que indudablemente las pruebas allegadas al plenario demuestran que ZVM, en su calidad de servidora pública, contraviniendo el deber de guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función consagrado en el artículo 138 de la Ley 906 de 2004, indebidamente dio a conocer a un tercero no autorizado (LLC) la información que debía mantener reservada, consistente en la existencia de la orden de captura en contra de FAVG que ella dispuso en audiencia del 21 de febrero de 2016.

En consecuencia, la procesada es responsable penalmente en calidad de autora de la comisión del delito de revelación de secreto contemplado en el inciso primero del artículo 418 del Código Penal».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: cuando hay varias versiones de un mismo testigo

«[...], la apoderada de ZVM en su escrito de apelación, señaló que el Tribunal le concedió equivocadamente credibilidad a lo dicho por la testigo LLC, puesto que, a su juicio, ella sigue un patrón de mendacidad, toda vez que reconoció haber mentido previamente a la Fiscalía cuando rindió testimonio ante esa autoridad.

Efectivamente, durante la audiencia de juicio, LLC espontáneamente manifestó que, ante la Fiscalía había dicho una verdad parcial acerca de lo sucedido y se auto incriminó en el interrogatorio al indiciado. Refirió que en esa oportunidad afirmó haber acudido a la oficina de la entonces juez ZVM y haber grabado en su celular la audiencia de solicitud de orden de captura contra FAVG, sin el consentimiento de ella.

Indicó que mintió ante la Fiscalía para proteger a su amiga ZVM, por cuanto ella “no actuó con dolo” y le comunicó la existencia de la orden de captura de VG, con el fin de que se presentara ante el ente acusador en caso de que también tuviera algo que ver en los hechos de corrupción ocurridos [...]

Frente a situaciones como esta, en las que un testigo ha entregado dos versiones diferentes respecto a un mismo aspecto, esta Corporación ha señalado que se debe analizar el testimonio, bajo el entendido de que:

“(i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder sucesorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervenientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos”.

Conforme a lo anterior, esta Sala considera al igual que lo hizo el Tribunal, que lo dicho por LLC merece total credibilidad, por cuanto, durante la audiencia de juicio renunció a su derecho a no auto incriminarse, expuso razones válidas y creíbles para haber cambiado la versión que rindió ante la Fiscalía, su testimonio es coherente y tuvo corroboración con otras pruebas allegadas al plenario.

En primer lugar, a pesar de las advertencias de los Magistrados del Tribunal acerca del derecho que le asistía a LLC de no auto incriminarse, ella fue contundente en afirmar que faltó a la verdad en el interrogatorio al indicado que rindió ante la Fiscalía y que asumiría las consecuencias jurídicas de su actuar, por cuanto deseaba decir la verdad en el juicio.

En segundo lugar, la testigo expuso razones válidas y creíbles para haber cambiado la versión que rindió ante la Fiscalía. Así, fue reiterativa al afirmar que faltó a la verdad en el interrogatorio ante el ente acusador, para proteger a su amiga ZVM, quien le había informado de la orden de captura contra FAVG, con el fin de que ella se presentara ante la Fiscalía.

En efecto, durante el juicio LC afirmó varias veces que: “me auto incriminé para proteger a la doctora Z, para no hacer más gravosa la situación del WhatsApp”.

Sin embargo, manifestó que decidió cambiar su versión y decir la verdad, porque cuando la Fiscalía la llamó nuevamente, advirtió que, en caso de ser interrogada en juicio, no podría describir acertadamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos y por tanto, temió que se detectara que sus afirmaciones anteriores eran falsas. Entonces, narró que entró en un choque emocional, tuvo mucho estrés e incluso habló del tema con su hermano RCM, quien es sacerdote y le dijo “L diga la verdad”. En consecuencia, aseguró en el juicio: “así se me vengan las consecuencias que se me vengan, jurídicas, las asumo, pero descanso y digo la verdad, pues incurri en una falsedad, pero estoy dispuesta a asumirla”.

En tercer lugar, la declaración rendida por LLC fue coherente durante todo el juicio, pues mantuvo la misma versión durante la audiencia, sin caer en contradicciones y vacíos. Asimismo, su dicho fue corroborado por los testimonios de MLMA y el Fiscal YECM».

REVELACIÓN DE SECRETO - Agravado: dolo / **REVELACIÓN DE SECRETO** - Agravado: no se configura

“Como se explicó anteriormente, el inciso segundo del artículo 418 de la Ley 599 de 2000 establece una modalidad agravada para este delito cuando “de la conducta resultare perjuicio”, sin especificar el tipo de afectación o la calidad de los lesionados.

En caso sub iúdice, las pruebas allegadas al plenario permitieron establecer que ZVM le comunicó a LLC la existencia de la orden de captura expedida contra FAVG.

Adicionalmente, se pudo comprobar que LC le transmitió esta información a JC, quien a su vez alertó a FAVG de la orden de captura en su contra, permitiendo su fuga. Lo anterior, evidentemente representó un perjuicio contra la administración de justicia, toda vez que no se pudo cumplir el mandato de aprehensión del

procesado, quien todavía se encuentra prófugo de la justicia.

Sin embargo, está última situación no puede ser atribuible a ZVM, toda vez que ella no actuó con la intención de facilitar la fuga de FAVG y causar con ello el perjuicio a la administración de justicia. Además, la subsecuente transmisión de la información reservada es responsabilidad únicamente de LLC y JC.

[...]

En conclusión, es claro que no es responsabilidad de ZVM el suceso de que FAVG haya sido avisado de la orden de captura en su contra y su consecuente fuga. Por cuanto, el propósito de la acusada con la divulgación del contenido de la audiencia del 21 de febrero de 2016 no fue propiciar la evasión de VG, y el hecho de que la información reservada haya llegado a oídos del procesado es atribuible únicamente a LLC y a JC, cuyo comportamiento no es punible, porque fueron receptoras de la noticia y no eran servidoras públicas al momento de los hechos, para que fueran investigadas conforme al artículo 419 del Código Penal, tal como se describió en el numeral 6.4 de las consideraciones de esta providencia.

Es cierto que VM le comunicó a su amiga LC de la audiencia reservada y de la orden de captura contra VG. No obstante, su propósito era hacerle saber de la existencia de una actuación judicial por hechos de corrupción investigados en el hospital en el que aquella trabajó, pero no específica y especialmente, contarle que había una persona con orden de captura que ella podía conocer y quizás beneficiar con la información. Ese dato fue revelado como una cuestión accidental, dentro del contexto general que la acusada le comunicó a su amiga. Lo cual evidencia que su finalidad nunca fue beneficiar a la persona que, al saber la información, se fugó.

En consecuencia, se modificará la sentencia de la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, en el sentido de suprimir el agravante del inciso segundo del artículo 418 del Código Penal. Adicionalmente, esta determinación tiene incidencia en la tasación de las penas, [...].

PENA - Pérdida de empleo o cargo público / **PENA** - Pérdida de empleo o cargo público: no interesa si actualmente ocupa o no el cargo público / **PENA** - Pérdida de empleo o cargo público: conlleva la inhabilitación por cinco años para desempeñar cargos públicos / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único: alcance

«En primer lugar, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó no le impuso la sanción de pérdida del cargo público a ZVM, por cuanto, se demostró que ella dejó de desempeñar el cargo de Juez Primera Penal Municipal de Control de Garantías de Quibdó el 3 de mayo de 2016. Respecto a este punto, es necesario señalar que conforme al criterio actual de la Corte “para la imposición de esta pena no interesa si el sentenciado ocupa o no el cargo público con ocasión del cual cometió el delito sancionado, o si se encuentra en otra actividad oficial, pues debe resaltarse que de acuerdo con el artículo 45 del Código Penal, “La pérdida del empleo o cargo público, además, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial”. Sin embargo, esta Sala no modificará en este punto la decisión del Tribunal, en virtud del principio non reformatio in pejus, puesto que la defensora de ZVM actuó como apelante única».

MULTA - Dosificación punitiva: cuando es pena principal / **RECURSO DE APELACIÓN** - Redosificación punitiva: multa

«En segundo lugar, el a quo erró al tasar la pena de multa, toda vez que la calculó a partir del sistema de cuartos, conforme a los extremos punitivos de la pena de prisión contemplada en el inciso segundo del artículo 418 de la Ley 599 de 2000, para finalmente imponer la sanción de multa de 27.35 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016.

No obstante, la sanción pecuniaria en el delito de revelación de secreto, por ser principal y no estar atada a la pena de prisión, debe ser tasada conforme a las reglas del artículo 39 del Código Penal en unidades de multa y no por el sistema de cuartos. Lo anterior, atendiendo además la capacidad económica de la condenada, para lo cual deben tenerse en cuenta sus ingresos promedio en el año inmediatamente anterior a la comisión del delito.

Definido lo anterior y en orden a tasar la pena de multa progresiva en unidades, se tiene, que la comisión de la conducta de revelación de secreto ocurrió el 21 de febrero de 2016 y, en consecuencia, a partir de esta última fecha deben establecerse los ingresos promedio percibidos por la sentenciada en el año anterior.

Sin embargo, la Fiscalía no aportó documento alguno que demostrara los ingresos que tuvo la procesada en el año anterior a la comisión de la conducta punible ni describiera su situación económica. Por lo tanto, es necesario ubicarse en el primer grado de la unidad de multa conforme el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, la cual

equivale a 1 salario mínimo legal mensual. Además, la multa derivada de la comisión del delito de revelación de secreto oscilaría entre una y 10 unidades de multa.

Entonces, de acuerdo con los criterios de determinación de la pena pecuniaria establecidos en el artículo 39 del Código Penal, encuentra la Sala que el daño producido y la intensidad de la

culpabilidad obligaría a tasar la pena pecuniaria en solamente una unidad de multa de primer grado, lo que equivaldría a 1 salario mínimo legal mensual.

En conclusión, también se modificará la sentencia de primera instancia, para imponer la pena principal de multa equivalente a 1 salario mínimo legal mensual para el año 2016».

Inicio

15. PRINCIPIO DE CONFIANZA - Aplicación

en delitos dolosos: causales de improcedencia, cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control
/ PRINCIPIO DE CONFIANZA -

Aplicación en delitos dolosos: causales de improcedencia, cuando la persona de manera objetiva, conozca o deba conocer una situación en la que ya no le es posible confiar / **PECULADO POR**

APROPIACIÓN - Principio de confianza: alcance / **PRINCIPIO DE CONFIANZA -**

Aplicación en delitos dolosos: división horizontal y vertical del trabajo en estructuras de administración pública

La Corte Suprema de Justicia decidió sobre la demanda de casación presentada por el defensor del acusado, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Diecisésis Penal del Circuito de esta ciudad, condenando al mencionado procesado como autor del delito de peculado por apropiación agravado.

Al respecto, la Sala no casó el fallo impugnado, por cuanto, en virtud de las competencias funcionales de control y vigilancia que le estaban atribuidas al acusado y de las condiciones objetivas que impedían mantener la confianza en el desarrollo legal de los trámites dispuestos para las liquidaciones prestacionales, no le era posible desentenderse de esa realidad jurídica y fáctica y ampararse en el principio de confianza, recayendo sobre él auténticos deberes de garantía.

SP3754-2022(61464) de 02/11/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

M.H.Z.R., director general del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia en liquidación, entre el 23 de diciembre de 1996 y el 2 de febrero de 1998, dispuso el pago de numerosas conciliaciones, sentencias y mandamientos de pago, a razón de acreencias laborales presuntamente irregulares, reconocidas a favor de cientos de pensionados de los Terminales Marítimos y Fluviales del país, con lo cual se expedieron cerca de 909 resoluciones.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONFIANZA - Concepto / **PRINCIPIO DE CONFIANZA -** Límites

/ **PRINCIPIO DE CONFIANZA -** Aplicación en delitos dolosos: causales de improcedencia, cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control
/ PRINCIPIO DE CONFIANZA - Aplicación en delitos dolosos: causales de improcedencia, cuando la persona de manera objetiva, conozca o deba conocer una situación en la que ya no le es posible confiar / **FONCOLPUERTOS -**

Estructura organizacional / **PECULADO POR**

APROPIACIÓN - Principio de confianza: alcance / **PRINCIPIO DE CONFIANZA -** Aplicación en

delitos dolosos: división horizontal y vertical del trabajo en estructuras de administración pública

/ PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL - Valoraciones probatorias: la única sujeción del juez es el ejercicio de la libre apreciación razonada y la sana crítica

«El razonamiento desarrollado por el recurrente hace alusión a que el acusado Z.R., no obstante que firmó las resoluciones a través de las cuales se produjeron los numerosos pagos ilegales a los trabajadores a través del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia -asunto que no lo discute en esta censura-, no podía revisar la legalidad de las reclamaciones porque no tenía el conocimiento jurídico para hacerlo, era voluminoso el promedio de liquidaciones y resoluciones que debía atender diariamente y, sobre todo, detrás suyo existía un equipo especializado en los aspectos jurídico y financiero

encargado de su elaboración, encontrándose en la posición de confiar en sus actuaciones de modo tal que asumía legítimamente la corrección de los actos administrativos que debía refrendar con su firma para ordenar los pagos reclamados.

En suma, argumenta que el acusado carecía del deber funcional de «verificar si lo liquidado por otra “voluntad”, en cada caso, se ajustaba a la ley, porque dicha función era previa a su firma y ya estaba asignada a un funcionario que contaba con la experiencia y la calificación profesional necesarias dentro del trámite» del acto administrativo complejo, en el que concurrían distintas voluntades para su perfección.

Sobre el principio de confianza, ha precisado esta Sala que es un instrumento normativo integrado a la teoría de la imputación objetiva y que opera dogmáticamente como un límite normativo de la norma de conducta, según el cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si ésta ha obrado convencida de que otras -de quienes se espera una actuación fundada en el principio de autorresponsabilidad o autodeterminación frente al cumplimiento de las normas- no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que hayan tenido motivos suficientes para dudar o suponer lo contrario.

Como consecuencia práctica, de acuerdo con el principio de confianza, quien se comporta adecuadamente no tiene que prever que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, pues por su propia definición «no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario.

Aunque el principio de confianza ha desempeñado un papel esencial en el ámbito de la imprudencia como criterio de determinación del deber de cuidado (especialmente cuando se trata de acciones que forman parte de una actividad compartida o que implica una distribución de trabajo, como pueden ser acciones propias del tráfico automotor o de la intervención quirúrgica), lo cierto es que como criterio normativo en otros ámbitos de la teoría jurídica del delito se extendió a las conductas dolosas en virtud del proceso de normativización de la tipicidad.

Ahora bien, esta Corporación ha relevado que el principio de confianza está sujeto a limitaciones.

En primer lugar, no es procedente su aplicación cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control dentro del ámbito de sus competencias, pues en

tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás.

En segundo lugar, no es posible acogerse al principio de confianza cuando, dentro de sus propios deberes de observación, de acuerdo a las circunstancias objetivas que lo rodean, pueda el individuo inferir que los otros no se comportan conforme a lo esperado: «cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no le es posible confiar -existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello- ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación»

Así, tratándose de delitos dolosos en régimen de actividades compartidas o en equipo de trabajo, le serán atribuibles objetivamente las acciones activas o pasivas a aquel que teniendo el deber de evitar el resultado o de vigilar la conducta de quienes colaboran en la ejecución de las labores a él encomendadas, permita que, ya sea mediante contribuciones esenciales o secundarias para la producción del resultado, vulneren el bien jurídico llamado a proteger.

Al respecto, debe acotarse que en supuestos de reparto de funciones propio de una empresa es preciso distinguir entre sujetos que trabajan al mismo nivel o en un nivel equivalente (relación de igualdad) y aquellos que trabajan en distintos niveles o en una relación jerarquizada donde uno recibe instrucciones de otra persona que se encuentra en un nivel superior y es controlada por ésta (relación de supra y subordinación). En el primer caso la doctrina se refiere a una división horizontal y en el segundo a una división vertical de funciones o del trabajo.

La división horizontal del trabajo, facilita que cada individuo, en un plano de igualdad, se pueda ocupar de su ámbito especializado, sin controlar que las otras personas se comporten correctamente, aspecto que puede asumir en razón del principio de confianza. Por su parte, en los supuestos de división vertical del trabajo el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el superior jerárquico puesto que hacen parte de su competencia funciones de vigilancia y control derivadas de la cadena de delegación de tareas, que le imponen el deber directo e inmediato de evitar un hecho típico.

Trasladando los referidos contenido y límites del principio de confianza a las actividades desarrolladas en estructuras propias de la administración pública, la Corte ha precisado

que «si un servidor público tiene el deber de administrar, vigilar o custodiar determinado bien (y, por lo tanto, de evitar la apropiación indebida por parte de terceros), no es posible predicar la aplicación del principio de confianza para excluir la realización del tipo objetivo de peculado por apropiación, ni siquiera en aquellos eventos en los que, en efecto, haya mediado la intervención dolosa de otras personas para la consecución del resultado»

[...]

Enfatizó el procesado que en la preparación, estudio y elaboración del proyecto de acto administrativo o resolución de pago no tenía ninguna participación, toda vez que para ello se surtía un proceso en el que intervenían varios funcionarios de la entidad, distribuidos en los grupos de trabajo constituidos para ese efecto. Así, según narró, la parte técnica, relacionada con las valoraciones jurídicas, se encontraban a cargo de la coordinación de prestaciones económicas, siendo de competencia del liquidador la determinación de las fechas de las reclamaciones y la prescripción de las diferencias de mesadas a fin de determinar a partir de qué fecha se hacia el reconocimiento. En otras ocasiones, sostuvo, se requerían los conceptos de la coordinación jurídica, donde se desarrollaban las revisiones y controles sobre la legalidad de las prestaciones (Fls. 224, C.O. 48 del sumario).

De esa manera, sostuvo Z.R. que, dentro del andamiaje administrativo de la entidad, existían competencias claramente delimitadas que recaían en las coordinaciones de prestaciones económicas y jurídica, las que se encargaban de dar los trámites financieros y de legalidad sobre las solicitudes prestacionales de los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, de tal manera que cuando llegaba a sus manos las resoluciones previamente elaboradas en aquellas instancias, podía confiar en su corrección.

En todo momento el procesado adujo que no era abogado y no tenía conocimientos jurídicos especiales en derecho laboral, por lo que en la organización vertical de la empresa que gerenciaba no se encontraba entre sus deberes funcionales la de verificar si se ajustaban a la ley las liquidaciones contenidas en los proyectos de resolución que finalmente eran convertidos en actos administrativos con su firma. Ese deber funcional, subrayó, estaba asignado a los funcionarios que contaban con la experiencia y la calificación profesional necesarias dentro del trámite complejo.

La Sala no desconoce que la organización empresarial de la entidad pública en cuestión,

para su adecuado funcionamiento, precisaba de un entramado funcional que permitía un proceso acumulativo de competencias por especialidades, donde cada grupo de trabajo realizaba una actividad reglada bajo el presupuesto de poder confiar en la legalidad de la actividad previa a su intervención.

[...]

Sin embargo, cuando se trata del director de la organización pública, recae sobre él funciones indelegables de verificación y control, sin que pueda sustraerse a la responsabilidad inherente a su cargo aduciendo incompetencia, desconocimiento jurídico o principio de confianza:

[...]

Retomando la base teórica planteada en precedencia, ya se ha dicho que el concepto de principio de confianza, surgido en el marco de la teoría de la imputación objetiva, ha sido empleado con mayor relevancia en la concreción de la tipicidad objetiva en los delitos imprudentes, pero que se ha trasladado como criterio interpretativo en materia de imputación a los delitos dolosos en cuanto el individuo solo responde por las conductas que se encuentran dentro de su propio ámbito de competencia.

No obstante, según también se ha precisado, se excluye la aplicación del principio de confianza cuando: (i) la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás; (ii) la persona, de manera objetiva, conozca o deba conocer una situación en la que ya no le es posible confiar, caso en el cual es posible imputar el hecho típico a esa persona en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación.

Es por ello que, en los supuestos de división vertical del trabajo, como el caso bajo estudio, el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el superior jerárquico que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad.

En suma, tratándose de empresas articuladas en una división vertical del trabajo, los deberes dependen de manera decisiva de la posición que se ocupe en la organización empresarial y de los deberes de garantía, en virtud de sus funciones de control y vigilancia, que se derivan de dicha posición; también, de los conocimientos especiales con que cuenta el sujeto que, en lugar de depositar la confianza en los operadores técnicos de la empresa, le indican guiarse por un sentido de «desconfianza».

Pues bien, puede advertirse que en la figura del Gerente General del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-, cargo que ocupaba el procesado Z.R., recaían expresas funciones de control y vigilancia definidas por las normas reglamentarias de la entidad. [...]

Se significa con lo anterior que esa posición de dirección de la estructura organizativa le imponía al acusado obligaciones relativas a la salvaguarda de los intereses económicos de la entidad pública y le confiaba, de manera específica, la coordinación jurídica. Bajo tales condiciones se diluye la posibilidad de ampararse en el llamado principio de confianza, achacándole de manera exclusiva la responsabilidad por los ilegales pagos, resultantes de las reclamaciones de los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, a los funcionarios que hacían parte de la organización en los niveles de prestaciones económicas y jurídica, subordinados a él.

Mal podría aducir en su favor que carecía de la formación de abogado, pues aunque ello resultara cierto, debía poseer los conocimientos jurídicos suficientes para desempeñar el cargo en tanto, reglamentariamente, era el coordinador de los asuntos jurídico-legales de la entidad.

Tampoco puede ser de recibo aquello de las múltiples tareas que desempeñaba en razón de las funciones que tenía asignadas, cuando la de reconocer y pagar pensiones y demás prestaciones económicas de la entidad en liquidación constituía, por mandato legal y estatutario, una de la más importantes -quizá la más- en el desempeño del cargo para el que fue nombrado.

En todo caso, valga reiterarlo, la existencia bajo su mando y coordinación de un equipo de funcionarios especializados en materias jurídicas y financieras -encargado de revisar las hojas de vida de los trabajadores, los pagos recibidos, los derechos consagrados en las convenciones colectivas y, con base en ello, elaborar los proyectos de resolución en los que disponían el pago de los derechos reclamados-, no lo libraba de sus responsabilidades de garantía sobre las actividades que ellos desempeñaban.

Por lo anterior, resulta infundada la aserción planteada por el recurrente en el sentido de que no era deber funcional del procesado la verificación de si lo liquidado se ajustaba a la ley y que, de haberlo hecho, habría invadido órbitas funcionales que no le correspondían. Todo lo contrario, de manera explícita, en virtud de la estructura vertical de la organización, pertenecía al campo de sus competencias funcionales verificar la legalidad de las liquidaciones que

adquirían vida jurídica con su firma y era su deber el control de la actividad desarrollada por su equipo de trabajo.

Ahora bien, el contexto de corrupción en que se desarrollaban las actividades propias del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-, era cuestión que no podía escapar al conocimiento de su director. Para el momento en que fue nombrado director (cargo ocupado entre el 23 de diciembre de 1996 y el 2 de febrero de 1998), el acusado ya había desempeñado otros cargos en aquella entidad. Había sido Secretario General (entre el 14 de febrero de 1995 y el 22 de diciembre de 1996), y antes de ello había sido contratista (del 25 de mayo de 1993 al 31 de diciembre de 1994).

[...]

De esa manera se pone en evidencia que cuando el procesado Z.R. suscribió las múltiples resoluciones que disponían los millonarios pagos prestacionales, estaba al tanto de la latente ilegalidad que por la fraguada corrupción se tejía al interior de la institución, lo que tenía directa relación con los trámites adelantados por los funcionarios bajo su subordinación. Por lo tanto, resulta indiscutible que, de manera objetiva, contaba con elementos suficientes para no confiar en la licitud de los procesos administrativos previos en los que se fundamentaban los proyectos de resolución que disponían el pago de los derechos reclamados.

[...]

Por último, el recurrente apela al principio de igualdad para reclamar el mismo trato en la decisión judicial que fue dispensado a M.P.M.A., también exdirectora de FONCOLPUERTOS, absuelta por el Tribunal Superior de Bogotá, y a M.D.R.V., abogada del Fondo, absuelta por esta Sala de Casación Penal.

Al respecto basta con acotar que, según tiene dicho la Corte, la pretensión de imponer valoraciones probatorias realizadas en otros procesos sobre los mismos hechos, violenta la independencia de los administradores de justicia, por cuanto en virtud del principio de autonomía judicial el juez debe resolver con libertad el caso sometido a su consideración, valorando la prueba sin otra sujeción que el ejercicio de la libre apreciación razonada que impera en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano.

Las circunstancias de los acontecimientos valorados en aquellos procesos citados por el recurrente no solamente pueden ser distintos a los asumidos en el presente caso, sino que el juicio de valoración racional llevado a cabo por el juez en cada evento solo se encuentra sujeto a la

apreciación en conjunto de la prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, emprendida para cada evento en particular, sin apego a la valoración realizada por otro juez de conocimiento»

DENUNCIA - Apreciación probatoria / **PRUEBA** - Principio de permanencia / **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL** - Valor probatorio: diferencias entre las leyes 600 y 906 / **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL** - Sirve como criterio orientador de la investigación / **INFORME TÉCNICO** - Valoración probatoria

«De entrada resulta impertinente la cita jurisprudencial alusiva a la naturaleza jurídica de la denuncia en la Ley 906 de 2004, ordenamiento en el que, según definió la Corte Constitucional, tiene carácter informativo en cuanto se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, careciendo, en principio y en sí misma, de valor probatorio. Connotación diferente, en virtud del principio de permanencia de la prueba, tiene la denuncia en el régimen de la Ley 600 de 2000.

De manera que es impertinente el símil que pretende establecer el demandante entre los informes presentados por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social y la denuncia, para rebatir el valor probatorio de aquellos.

Sucede lo propio cuando pretende asimilar los informes de policía judicial con el informe técnico en el marco de la Ley 600 de 2000. Sobre los primeros la jurisprudencia sostiene de manera pacífica y regular que las exposiciones y entrevistas obtenidas en las labores previas de verificación y contenidas en los informes de policía judicial no tienen valor de testimonio ni de indicios, sino que constituyen “criterios orientadores de la investigación”.

Sin embargo, se distingue las labores previas de verificación de la policía judicial adelantadas antes de la judicialización, de la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos por orden y comisión del fiscal que ha asumido la investigación, conforme con lo preceptuado por el artículo 316 de la Ley 600 de 2000, disposición a la cual ninguna referencia hace el reparo.

Por su parte, los informes presentados por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social fueron incorporados a la actuación como prueba documental, dándoseles el carácter de informes técnicos, en los términos del artículo 263 de la

Ley 600 de 2000, cuyo contenido está referido a los estudios y conceptos rendidos por dicho grupo de trabajo en relación con las múltiples irregularidades advertidas en las liquidaciones prestacionales de la entidad pública.

[...]

Esa información, referida a los estudios realizados por el grupo adscrito al anterior Ministerio de Protección Social, sirvió de clara orientación y respaldo para que la acreditación de la apropiación de dineros de FONCOLPUERTOS, pues de otra manera no habría sido posible su fundamentación que fue corroborada con los cotejos jurídicos realizados de los pagos ilícitos frente a la normatividad y jurisprudencia administrativa y laboral.

La mención recurrente que se hizo en el fallo de primer grado sobre los informes en cuestión, no invalidan su potencial demostrativo, así como tampoco significa que su contenido no haya sido corroborado por los demás medios demostrativos aducidos al proceso»

NULIDAD - Investigación integral: Trascendencia para su declaratoria / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Corresponde el ejercicio de la acción penal / **PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL** - Se debe demostrar la trascendencia del medio omitido

«De conformidad con el artículo 250, inc. 3º, -original- de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado. Por su parte, el artículo 20 de la Ley 600 de 2000 erigió ese deber del funcionario judicial en norma rectora del proceso que reglamentó, lo que corresponde a un esquema de impulso procesal basado en el principio de averiguación oficial de la verdad -contrapuesto a un modelo adversativo de construcción de la premisa fáctica de la decisión-, conforme al cual el funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello, deberá averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia (art. 234 inc. 1º, ibidem).

[...]

Así mismo, se ha puntualizado que la violación a la investigación integral, como elemento garantizador de la verdad procesal que conduce a la invalidación de lo actuado, debe suponer forzosamente que el funcionario judicial se ha negado en forma arbitraria a disponer la práctica de pruebas determinantes para el proceso o

cuando por inercia investigativa elude la averiguación de aspectos relevantes".

Para el presente asunto, el censor concreta el aparente desconocimiento del principio de investigación integral en el hecho de que en el proceso obran dos informes contables contradictorios -los rendidos por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del Ministerio de Protección Social y por la Contraloría General de la República- en relación con el hecho de si las resoluciones firmadas por el procesado y que disponían el pago de acreencias laborales, estaban o no ajustadas a la ley.

[...]

En últimas, lo que pretende el recurrente es derruir las valoraciones de los jueces de instancia sobre los dos medios de prueba incorporados legal y oportunamente a la actuación, reclamando su constatación a través de un tercer medio de conocimiento -esta vez de carácter pericial-, desconociendo el sistema de libertad probatoria imperante en el ordenamiento procesal a través del cual el fallador se formó su juicio sobre los hechos con la prueba documental aducida no solo por la Fiscalía, sino también aportada por el defensor que introdujo el informe

de la Contraloría, cuyos resultado pretende corroborar.

Debe acotarse que si la defensa del procesado pretendía como útil la práctica de aquella prueba pericial que ahora echa de menos, bien la pudo haber reclamado en la audiencia preparatoria, cosa que omitió según puede constatarse en el escrito contentivo de las solicitudes probatorias durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

De suerte que, haber guardado silencio sobre la solicitud probatoria de ese medio de conocimiento que ahora reclama como esencial para demeritar el valor demostrativo de los informes elaborados por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social, le impide a la defensa señalar como violado el principio de investigación integral por el hecho de no haber sido postulado por la Fiscalía de manera oficiosa o a través de una solicitud probatoria del instructor en la etapa de juzgamiento. De todos modos, tal aspecto, valga acotarlo, se aprecia impertinente en tanto pareciera consistir en una suerte de «prueba de la prueba» tendiente a corroborar o soportar otros medios de conocimiento valorados por el juez.

Inicio

16. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR - Normativa / PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR - Reglas jurisprudenciales para su aplicación / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el juez debe verificar si el procesado se encuentra en una situación de inimputabilidad que impida avanzar con el trámite procesal / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: allanamiento o aceptación de cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías

La Corte Suprema de justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito para

Adolescentes de la misma ciudad, que condenó a J.J.C.C. como autor del punible de hurto calificado agravado.

En esta oportunidad, la Sala casó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de decretar la nulidad de la actuación, desde la audiencia de verificación de allanamiento a cargos e imposición de sanción, con el fin de que esta se rehaga y se determine allí si J.J.C.C. al momento de la comisión de la conducta punible, pudo comprender y tener conciencia de su conducta.

Lo anterior por cuanto el juez de primera instancia no verificó correctamente la legalidad del allanamiento a cargos y, además, tampoco realizó una interpretación constitucional ni convencional adecuada frente al artículo 142 Inc. 2º de la Ley de Infancia y Adolescencia, porque cuando observó las incapacidades psicológicas y psiquiátricas del menor infractor, debió ordenar un dictamen médico legal que le permitiera aclarar si el menor se encontraba en una situación de inimputabilidad que impedía avanzar con el trámite procesal.

SP3520-2022(60553) de 05/10/2022

Magistrado Ponente:

RESUMEN DE LOS HECHOS

En la noche del 10 de febrero de 2021, en la ciudad de Bogotá, C.F.S.C. fue abordado por J.J.C.C. -que para entonces tenía 17 años- y un tercero no identificado, quienes, tras intimidarlo con un machete, lo despojaron de una bicicleta valorada en \$1.500.000. El adolescente fue capturado momentos después por agentes de la Policía Nacional que se encontraban en el sector y fueron alertados de lo sucedido.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: parámetros que debe analizar el juez / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES**

- Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el Juez de Control de Garantías para Adolescentes podrá hacer una remisión del caso a las diferentes entidades administrativas que conforman el Sistema de Infancia y Adolescencia para inspección, vigilancia y control a fin de garantizar el restablecimiento de derechos

«Los menores de edad, en virtud de su nivel de desarrollo físico y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos así como jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Jurisprudencialmente se han establecido parámetros de aplicación de este principio en los asuntos donde se encuentran en amenaza los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En lo atinente, se ha señalado que deben revisarse i) las condiciones jurídicas y ii) las condiciones fácticas:

“Las primeras, constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio pro infans: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones

paterno materno filiales. Las segundas, constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos”».

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD - Concepto / PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD - Normativa / SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Principio de protección y desarrollo de niños y niñas con discapacidad

«Ante una situación de vulnerabilidad o amenaza de derechos, el Estado cuenta con mecanismos legales que le permiten intervenir con miras a garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, niñas y adolescentes. Para ello, la normatividad enunciada establece “medidas de restablecimiento de derechos”, las cuales tienen por objeto “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados” (Art. 50), así como para darle cumplimiento a ello, se contemplan varias medidas que puede el funcionario examinar (Art. 53) a fin de brindarle una protección adecuada al menor.

Jurisprudencialmente, sobre este principio se ha reconocido que las personas en situación de discapacidad son un grupo que históricamente ha sido excluido o segregado en razón a sus características físicas, lo que impone implementar “medidas encaminadas a la eliminación de los obstáculos que impiden la adecuada integración social de los discapacitados en condiciones de igualdad material y real”».

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: parámetros que debe analizar el juez / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES**

- Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el Juez de Control de Garantías para Adolescentes podrá hacer una remisión del caso a las diferentes entidades administrativas que conforman el Sistema de Infancia y Adolescencia para inspección, vigilancia y control a fin de garantizar el restablecimiento de derechos

«Una lectura de los antecedentes normativos del artículo 142.2 avala la anterior lectura, dado que lo pretendido por el legislador fue brindar una hipótesis normativa de exclusión de casos del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes,

pero confundió dentro de su redacción las medidas de seguridad del Código Penal con las medidas de protección, cuestión que estaba antes unificada en el derogado Código del Menor, quedando un rezago de esa legislación, contradiciendo las finalidades y principios de la Ley 1098, las cuales están basadas en los anteriores instrumentos internacionales ya mencionados.

Ello se refuerza con la interpretación jurisprudencial -Constitucional y de la Sala Penal- sobre los principios antes mencionados, y con el desarrollo normativo comparado, demostrando cual debe ser la interpretación de la norma referida, acorde con el bloque de constitucionalidad.

Para esos eventos - como en el sub judice- el Juez de Control de Garantías para Adolescentes, podrá hacer una remisión del caso, a las diferentes entidades administrativas que conforman el Sistema de Infancia y Adolescencia para inspección, vigilancia y control a fin de garantizar el restablecimiento de derechos, tal como se enuncia en los artículos 208 a 214 de la Ley 1098 de 2006.

Estas instituciones administrativas desarrollarán actividades para el cuidado y restablecimiento de derechos del menor, pero así mismo el Juez Control de Garantías para Adolescentes -siempre que sea requerido por la gravedad del del asunto-, podrá supervisar dichas medidas amparado en el artículo 44 de la Carta y los diferentes instrumentos internacionales de protección de los mencionados derechos a fin de que se cumpla el principio de protección integral del menor, en su función de Juez constitucional como se expuso previamente (Supra Párr.32-34)».

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el juez debe verificar si el procesado se encuentra en una situación de inimputabilidad que impida avanzar con el trámite procesal / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: allanamiento o aceptación de cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: acto libre, espontáneo, voluntario e informado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías

«[...] durante la audiencia de verificación de allanamiento a cargos e imposición de sanción, se evidenció sobre la situación mental de J.J.C.C., no sólo en la comisión de la conducta,

sino posterior a ella, por cuanto dichos reportes develan los diferentes problemas psicológicos y psiquiátricos que presenta el menor procesado y que estos fueron conocidos por el Juez de instancia al momento de verificar la aceptación de cargos, no obstante se ignoraron procediéndose a dictar la sentencia condenatoria correspondiente.

Pese a que se debatió en las instancias sobre si el infractor al momento de cometer la conducta punible padecía de esos problemas mentales, no hay certeza para esta Corporación acerca de su concreta afectación.

Por ello, resulta fundamental por parte del Juez verificar la legalidad del allanamiento a cargos, determinando que haya sido libre, consciente, voluntario e informado, tal como lo describe específicamente el artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

El incumplimiento de ese deber configura “un vicio sustancial en la actuación procesal, tanto de estructura, porque se (dictaría) sentencia sin que se hubiera realizado el acto procesal que le daba fundamento a esta sin la previa celebración de un juicio, esto es, la verificación del allanamiento a cargos, como de garantía, porque esa vigilancia del respeto de los derechos del procesado no se (llevaría) a cabo”.

No hay que olvidar que, como lo ha destacado la Sala Penal en CSJ-SP, 16 mar. 2022, Rad. 60.633, en trámites del procedimiento abreviado, el acta de aceptación de cargos que firman el fiscal, defensor y procesado, requiere para constituir una verdadera aceptación de cargos que el Juez de conocimiento verifique su validez -Artículo 539 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017-; y ante dicho funcionario el procesado reconocerá que la manifestación de aceptación de responsabilidad fue libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, lo que no ocurrió en este caso.

De esta forma, la Corte ha destacado que el Juez, al estudiar la pretensión de condena presentada por la Fiscalía, debe verificar que: i) la aceptación de cargos haya sido libre y suficientemente informada; ii) las evidencias físicas, los documentos y la demás información aportada le brinden un respaldo suficiente a la premisa fáctica, según el estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004; iii) la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador; y iv) en general, que se respeten los derechos del procesado y las víctimas.

[...]

Como quedó anteriormente en evidencia, el Juez del caso se limitó a preguntar si al hacerse el

traslado del escrito “hubo aceptación o no de cargos”. Cuando se le informó que el adolescente aceptó su responsabilidad, apenas preguntó a la Fiscalía si “el relato de los hechos fue claro en el escrito” y si el mismo “está firmado... por el adolescente y la defensa técnica”. Respondido lo anterior, dejó “constancia del trámite del escrito de acusación y de la aceptación por parte del adolescente” y dio paso a la solicitud de internamiento preventivo. No interrogó a J.J.C.C. sobre su manifestación ni verificó que la misma hubiese sido consciente, voluntaria e informada.

Aquí el vicio de la voluntad que habría determinado el allanamiento del menor imputado estaría referido a que -según lo manifestó éste en la audiencia de verificación-, no entendió los cargos que se le formularon y tampoco recibió asesoría suficiente de su defensora para tomar esa decisión.

Visto lo anterior, es claro que el Juez cuando dio aval a dicha aceptación de cargos, no tomó en cuenta dichos postulados y avanzó imparciendo

legalidad a la sentencia, pero ello no resulta el único aspecto para decretar la nulidad solicitada.

Adicionalmente, y según se estudió en las consideraciones iniciales, tampoco el Juez realizó una interpretación constitucional ni convencional adecuada frente al artículo 142 Inc. 2º de la Ley de Infancia y Adolescencia, en los términos anteriormente explicados.

Ello, porque en la oportunidad procesal en que observó las incapacidades psicológicas y psiquiátricas del menor infractor, el Juez debió no avalar el allanamiento a cargos fundado en las conclusiones vistas anteriormente (Supra Párr. 63), pero además, -como lo menciona el primer cargo de la demanda de casación- le correspondía ordenar un dictamen médico legal que le permitiera aclarar dicha situación, ya que con lo visto anteriormente, era indicativo que se encontraba en una situación de inimputabilidad que impedía avanzar con el trámite procesal».

Inicio

17. RECURSO DE APELACIÓN - Trámite: la Ley no dispone que previo a surtir el traslado a los no recurrentes se les deba anunciar el inicio de ese término / **COAUTORÍA** - Elementos / **COAUTORÍA PROPIA** - Concepto / **COAUTORÍA IMPROPIA** - Concepto / **COAUTORÍA - Diferencia con la complicidad / COMPLICIDAD** - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento

La Corte Suprema de Justicia decidió la impugnación especial promovida por los defensores de C.J.C.R., D.F.R.O., D.E.C.A., A.F.R.R. y J.S.P.L., quienes luego de ser absueltos por el Juzgado 33 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, como coautores del delito de hurto calificado agravado, el Tribunal de esta ciudad los condenó como cómplices del referido punible.

La Sala de Casación Penal revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, confirmó la absolución dictada por el juzgado de primera instancia.

Para ello, en primer lugar, negó la solicitud de nulidad propuesta por el abogado de los procesados, en razón a que, no se les vulneraron los derechos al debido proceso y defensa, pues la

Ley no dispone que, previo a surtir el traslado a los no apelantes, se les deba anunciar el inicio de ese término. Aunado a que, el acto de notificación cumplió su propósito, y el defensor con su proceder convalidó la irregularidad.

Posteriormente, explicó el concepto y los elementos de la coautoría, junto con sus clases; así como las diferencias existentes con la complicidad, determinando que el Tribunal no se percató de que, tanto en la coautoría como en la complicidad, debe mediar el convenio precedente o concomitante con la realización de la conducta y, la diferencia, radica en constatar si tuvieron o no el dominio funcional del hecho.

Corolario de lo anterior, la Sala consideró que, el fallo de segundo grado incurrió en violación directa de la ley sustancial porque aplicó indebidamente el inciso 3 del artículo 30 del Código Penal, en tanto, no se consiguió arribar a la certeza, más allá de duda razonable, acerca de que los procesados hubieran colaborado posteriormente con el perpetrador del hurto para asegurar su delito, conforme a acuerdo previo.

SP3630-2022(61914) de 05/10/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente a las 11:00 de la mañana del 16 de junio de 2015, cuando el joven B.S.C.M. –quien vestía pantalón blanco y camiseta azul con el anuncio de la marca Adidas, y portaba un morral en el cual llevaba un computador portátil Hewlett Packard—, se desplazaba en Bogotá por el puente peatonal que comunica con la plataforma No 2 del Portal de las Américas del sistema integrado de transporte Transmilenio, fue agredido con puños y patadas por un grupo de muchachos que tenía camisetas y distintivos del equipo de fútbol Santa Fe, suceso en medio del cual uno le arrebató el mencionado morral, mientras 5 de ellos continuaron con la agresión.

2. Una vez los barristas cesaron su ataque y se retiraron, B.S.C.M. en asocio de un guarda de seguridad le comentó los hechos a un Auxiliar de Policía, quien procedió a registrar un articulado de la línea J23 que estaba en la plataforma, pero no encontraron a alguno de los victimarios.

3. Entonces, como la víctima indicó que los agresores abordaron un bus de la línea M51, el Intendente de la Policía F.A.A.A. solicitó por radio a dependientes suyos retener el vehículo en la siguiente estación, esto es, la de Patio Bonito y hasta allí se desplazó en compañía de B.S.C.M., quien luego de observar a 6 pasajeros que la policía hizo descender del vehículo reconoció a 5, fueron ellos: C.J.C.R., D.F.R.O., D.E.C.A., A.F.R.R. y J.S.P.L., como los que iniciaron el ataque en su contra y luego del hurto de su morral le impidieron recuperar sus bienes; se les practicó un registro personal, sin hallarles elemento alguno y fueron capturados.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NULIDAD - Técnica en casación: principio de trascendencia / **NULIDAD** - Principio de instrumentalidad / **NULIDAD** - Principio de protección / **NULIDAD** - Principio de convalidación / **RECURSO DE APELACIÓN** - Trámite: la Ley no dispone que previo a surtir el traslado a los no recurrentes se les deba anunciar el inicio de ese término / **ABOGADO** - Deberes: de vigilancia / **DEBIDO PROCESO** - No se vulnera / **DERECHO DE DEFENSA** - No se vulnera / **NULIDAD** - No se configura

«Como el defensor de AR y JP pidió se invalide lo actuado desde la audiencia de sentido del fallo absolutorio celebrada el día 28 de febrero de 2020, pues se violó el derecho de defensa y el debido proceso al no darle traslado por 5 días como no recurrente, para pronunciarse sobre la

apelación interpuesta por la Fiscalía (artículo 179 de la ley 906 de 2004), máxime si la sentencia fue notificada conforme a lo previsto en el artículo 545 de la Ley 906 de 2004 que trata del procedimiento especial abreviado, considera la Sala que no es procedente acceder a lo solicitado por las siguientes razones:

Una vez culminado el debate oral el 19 de noviembre de 2019, el Juzgado 33 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá anunció el sentido del fallo absolutorio en favor de los acusados e informó que su lectura se haría el 28 de febrero de 2020 a las 2:00 de la tarde, fecha en la cual no se realizó por encontrarse la juez incapacitada.

Entonces, si bien no se dispuso otra fecha para realizar tal audiencia, el fallo fue proferido el 3 de marzo de 2020 y se notificó de acuerdo con lo establecido en el artículo 545 de la Ley 906 de 2004 que corresponde al procedimiento especial abreviado. Así, al día siguiente fue notificado personalmente al Fiscal Delegado 93 para Juicios (fol. 178), quien al colocar su firma anotó: “Apelo la sentencia, sustento por escrito” y el 11 de marzo de la misma anualidad allegó la respectiva sustentación.

A su vez, previa citación, el 10 de marzo la sentencia fue notificada personalmente al defensor de CC, DR y DC, entregándole una copia en 22 folios.

Mediante auto del 23 de marzo de 2020 fue concedido el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía en el efecto suspensivo y se remitió la actuación al Tribunal de Bogotá.

A partir del anterior recuento del curso procesal se advierte que es improcedente la solicitada invalidación, pues conforme a los principios que rigen la declaratoria de las nulidades (taxatividad, acreditación, convalidación, protección, instrumentalidad de las formas, trascendencia y residualidad), no basta para anular lo actuado con la simple y llana ocurrencia de la incorrección, pues es necesario demostrar la violación de garantías fundamentales: Derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículo 457 de la Ley 906 de 2004).

Si la notificación de las decisiones tiene el propósito de darlas a conocer a las partes e intervinientes para que quienes se consideren agraviados ejerzan su derecho a la impugnación, advierte la Corte que si bien en este asunto la lectura del fallo no se realizó en el marco de una audiencia dispuesta para ello conforme se encuentra establecido en la Ley 906 de 2004, pues se ordenó dar curso a lo reglado en el

artículo 545 de la citada legislación para el proceso abreviado especial, lo cierto es que la sentencia absolutoria fue notificada, y así ocurrió de manera personal con el Fiscal que la impugnó.

Respecto del defensor de CC, DR y DC se registró: "En la fecha se notifica personalmente el contenido de la sentencia proferida dentro del radicado de la referencia de conformidad con el artículo 545 del Código de Procedimiento Penal, habiendo sido citadas las partes para el día de hoy. Se hace entrega de la providencia en 22 folios. Bogotá, D.C. 10 marzo 2020".

Así las cosas, de acuerdo al principio de instrumentalidad de las formas, según el cual, no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el que está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa, encuentra la Corte que en este asunto se cumplió el referido cometido de comunicación, máxime si los defensores o sus representados carecían de interés en la causa para impugnar la absolución (artículo 186 ejusdem), pero quedó expreso en el texto de dicha decisión que procedía el recurso de apelación.

Adicionalmente se tiene, conforme al principio de protección, según el cual, no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica, y de acuerdo al principio de convalidación, que fundamentalmente dispone que los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales, el recurrente no formuló reparo alguno a la notificación del fallo absolutorio, de manera que consintió esa forma de comunicación y al no ser desconocidas las garantías constitucionales, se cumplió cabalmente con el cometido de tal acto.

Además, resultaba bastante previsible que la Fiscalía impugnara la absolución, pues la misma sentencia, como ya se indicó, advirtió sobre la posibilidad de interponer el recurso de apelación, eventualidad de la cual no podía desentenderse la defensa, en cuanto el anuncio del sentido del fallo y el fracaso de la acusación permitían suponer fundadamente que la Fiscalía acudiría a la apelación.

Ahora, tal como lo ha destacado la Corte en otras ocasiones, corresponde al defensor en desarrollo de su deber de vigilancia estar atento al desarrollo del proceso para informarlo a su representado y adoptar la estrategia que corresponda, so pena de incurrir en falta disciplinaria (artículos 28, numeral 18, literal c y 34 literal de la Ley 1123 de 2007).

También es pertinente recordar que la Ley 906 de 2004 y la Ley 1826 de 2017, no disponen que previo a surtir el traslado a los no apelantes se les deba anunciar el inicio de ese término, de manera que corresponde a los sujetos procesales estar atentos a la oportunidad en la cual deban realizar su intervención.

En suma, en este asunto el defensor contó con un amplio lapso para constatar la interposición del recurso de apelación por parte de la Fiscalía en la notificación personal del 4 de marzo de 2020. Luego, del 5 al 11 de marzo, transcurrieron 5 días hábiles hasta cuando el Fiscal sustentó la impugnación. Después tuvo lugar otro tiempo del 12 al 23 de marzo, correspondiente a 7 días hábiles, hasta cuando se concedió el recurso de apelación y se dispuso la remisión del proceso al Tribunal, lapso en el cual el defensor debió estar atento para allegar sus observaciones sobre la apelación interpuesta, o incluso, reclamar la oportunidad para alegar como no recurrente, sin proceder a ello, y tanto menos se dirigió al Tribunal sobre el particular antes de proferir el fallo de segundo grado.

Lo expuesto permite advertir, de una parte, que el acto de notificación cumplió su propósito, de manera que en virtud del mencionado principio de instrumentalidad de las formas no procede la invalidación. Y de otra, que el defensor con su proceder convalidó la irregularidad, sin que entonces pueda ahora alegarla como motivo de nulidad, razones por las cuales su solicitud no prospera».

COAUTORÍA - Concepto / COAUTORÍA - Elementos / COAUTORÍA PROPIA - Concepto / COAUTORÍA IMPROPIA - Concepto / COAUTORÍA IMPROPIA - Principio de imputación recíproca / COAUTORÍA - Diferencia con la complicidad / COMPLICIDAD - Concepto / COMPLICIDAD - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento

«Ha dicho la Corte que la figura de la coautoría comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado.

Respecto del concurso de personas en la comisión delictiva se ha precisado que existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropias. La primera ocurre cuando varios

sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”; se puede deducir, ha dicho la Sala, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito.

En dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito.

Por su parte, el artículo 30-3 de la Ley 599 de 2000 preceptúa que es cómplice “quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma”.

Se caracteriza porque la persona contribuye a la realización de la conducta punible de otro, o presta una ayuda posterior cumpliendo acuerdo de voluntades anterior o simultáneo, de modo que no realiza el comportamiento descrito en el tipo, ni tiene dominio en la producción del hecho, porque su conducta no es propiamente la causa de un resultado típico, sino una condición del mismo.

Así, únicamente quien tiene el dominio del hecho puede tener la calidad de coautor, mientras es cómplice aquél que se limita a prestar una ayuda o brinda un apoyo de alguna importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho, siempre que haya mediado un acuerdo previo o concomitante a la comisión del comportamiento, con mayor razón si la colaboración es posterior.

Se trata de una forma de participación en la conducta punible, caracterizada por la contribución dolosa prestada a su autor en la fase ejecutiva, mediante actos precedentes, simultáneos o posteriores a ella, siempre que medie una promesa anterior determinada por un concierto previo o concomitante (artículo 30-3 del Código Penal). Es una figura accesoria a la autoría, pues a diferencia de ésta, el cómplice carece del dominio funcional de los hechos, limitando su intervención a facilitar la conducta del autor en la realización de su comportamiento,

de manera que se circunscribe a favorecer un hecho ajeno».

COAUTORÍA IMPROPIA - No se configura / **COMPLICIDAD** - Elementos: acuerdo previo o concomitante (conocimiento y voluntad de contribuir a la conducta punible), no es necesaria su presencia en el lugar del hecho / **COMPLICIDAD** - No se configura

«Dilucidado lo anterior, constata la Sala que la Fiscalía no consiguió acreditar que entre el sujeto que arrebató a BSC el morral dentro del cual se encontraba el computador cuando era agredido por los barristas de Santa Fe -algunos de los cuales fueron capturados por señalamientos de la víctima en cuanto le impidieron mediante violencia la recuperación de los objetos hurtados o quejarse ante las autoridades—, mediara un acuerdo previo o coetáneo con el apoderamiento.

En efecto, incurriendo en la falacia de petición de principio, la Fiscalía dio por demostrado el acuerdo previo entre quien se apoderó del morral y los procesados, en atención a “que venían juntos, se conocían previamente y fueron reconocidos por la víctima”, también porque “el haber agredido en grupo a la víctima fue una decisión en conjunto y por tanto se hacen responsables mancomunadamente de lo ocurrido”, o en razón a que “toman la decisión de permitir el hurto y de ayudar en su ejecución impidiendo que la víctima pudiera oponerse, golpeándolo para que perdiera su maleta y otra persona del grupo pudiera llevársela, tienen el dominio del hecho y lo ejercen en común a título de coautores, pues extendieron su comportamiento violento inicial a la circunstancia agravante del hurto, porque la contribución de los acusados se debe tener como un todo y el resultado atribuirse en común, debiendo considerarse que contribuyeron de una u otra manera a la materialización del hecho antijurídico”.

Como viene de verse, es claro que la Fiscalía no demostró por vía directa o indicaria el acuerdo previo, de manera que simplemente lo supuso y a partir de ello consideró a los acusados coautores del hurto calificado agravado, es decir, no acreditó la coautoría material impropia objeto de acusación, en cuanto tal elemento resultaba esencial, sin que pudiera simplemente presumirse.

[...]

Considera la Sala que el Tribunal incurrió en un error similar al de la Fiscalía, pues reconoció que no medió acuerdo previo y desde la misma enunciación de su interrogante permite colegir

que sin la prueba de concierto anterior quienes intervienen en la comisión de un delito no son coautores, pero si cómplices, sin percatarse que tanto en la coautoría como en la complicidad debe mediar el convenio precedente o concomitante con la realización de la conducta y que la diferencia entre unos y otros radica en constatar si tuvieron o no el dominio funcional del hecho.

En tal sentido, ha precisado la Corte que para atribuir la condición de cómplice es preciso acreditar, no que la persona estuvo presente cuando se ejecutó el hecho, sino que conocía su naturaleza delictuosa y tuvo la voluntad de contribuir al mismo, para lo cual se concertó con el autor y acordó su particular intervención en el mismo, así esta fuese posterior.

Entonces, si por un lado, la Fiscalía no probó el acuerdo previo o coetáneo como para que se

configurara la coautoría impropia y, por otro, el Tribunal, sin más, concluyó que ante la ausencia de tal convenio los acusados tenían la condición de cómplices, considera la Sala que, en efecto, lo cierto es que la falta de demostración de dicho elemento esencial conlleva a que no puedan ser tenidos como coautores ni como cómplices del punible de hurto calificado agravado por el cual fueron acusados. De modo que en el fallo de segundo grado se incurrió en violación directa de la ley sustancial porque se aplicó indebidamente el inciso 3 del artículo 30 del Código Penal, tras aceptarse que no se consiguió arribar a la certeza más allá de duda razonable acerca de que los procesados hubieran colaborado posteriormente con el perpetrador del hurto para asegurar su delito, conforme a acuerdo previo».

Inicio

18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Identificación e individualización del procesado: no es un tema de prueba, sino que debe estar lo suficientemente dilucidado en las diligencias anteriores al juicio / **DERECHO A LA NO**

AUTOINCRIMINACIÓN - Alcance: opera desde el momento en que se adquiere la condición de indiciado, no antes / **PROCESADO** - Manifestaciones inculpatorias ante funcionarios de policía judicial: antes del acto de aprehensión, no están amparadas por el derecho de no autoincriminación /

HABEAS DATA - Registraduría Nacional del Estado Civil: los datos de nombre y número de cédula no tienen reserva legal y son públicos / **PRUEBA**

DOCUMENTAL - Herramienta digital Google Maps: debe ser objeto de descubrimiento, solicitud, decreto, práctica y confrontación / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Pruebas de oficio: prohibición legal

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor de J.A.M.P., contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la proferida por el Juzgado 12 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó por el delito de homicidio agravado, en calidad de autor.

La Sala no casó la providencia recurrida, por cuanto, a su juicio, no se incurrió en ninguno de los yerros denunciados.

Para ello, reiteró las reglas generales que indican: i) que el procedimiento de individualización e identificación del eventual indiciado es autónomo e independiente del recaudo probatorio enderezado a acreditar el tema de prueba y, ii) que el privilegio contra la autoincriminación no rige en la fase primaria de identificación sino una vez alcanzado el proceso de judicialización del presunto infractor, esto es, cuando adquiere la calidad de indiciado.

Posteriormente, aclaró que algunos datos como los que indican el nombre, apellido, número, lugar y fecha de expedición de los documentos de identidad, carecen de reserva legal o judicial y, por consiguiente, su obtención no se halla sometida a control previo o posterior de un juez de control de garantías.

Finalmente, respecto de la información recaudada en plataformas como Google Maps, Google Street View y Google Earth, consideró que son datos electrónicos, que responden a un documento, por lo que deben ser objeto de descubrimiento, solicitud, decreto, práctica y confrontación; ya que, tratándose de medios cognoscitivos que pueden ser objeto de valoración, en materia penal, existe prohibición expresa de decretar y sopesar pruebas de oficio.

SP3573-2022(55480) de 21/10/2022

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Alrededor de las 6:00 p.m. del 13 de noviembre de 2015, S.A.M.V. le pidió a su amigo M.C.S. que se adelantara unos pasos para realizar una necesidad fisiológica, oportunidad aprovechada por J.A.M.P., alias "C", para asestarle al primero varias puñaladas con arma cortopunzante, mientras otro sujeto de tez morena –no identificado- lo inmovilizaba por la espalda.

2. Una de las heridas, realizada a la altura de la región supraesternal, le ocasionó a la víctima un shock hipovolémico secundario a sección parcial de la arteria carótida primitiva izquierda, herida penetrante a lóbulo superior de pulmón izquierdo y hemotorax, tras la cual sobrevino su muerte, cuando era trasladado por M.C.S., en un taxi, al Hospital General.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA - Obtención: se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: incidencia sobre los derechos fundamentales, control por el juez / **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES** - Alcance / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance / **TESTIMONIO** - Derecho a guardar silencio: alcance / **DERECHO A GUARDAR SILENCIO** - Alcance

«[...] la consecución de evidencias, elementos materiales probatorios e información legal dentro de una causa penal debe estar libre de afrentas a los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la dignidad, la vida e integridad física y moral, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación y la solidaridad íntima.

112. Esta barrera tiene la doble pretensión de proteger al individuo de eventuales excesos en los actos de investigación destinados a obtener pruebas y de servir de disuasor positivo de cualquier tentación de las autoridades de violar las garantías iusfundamentales para cumplir las labores instructivas.

113. De este modo, en la tensión entre la eficacia del poder punitivo y las barreras de una dimensión ética impuesta por las garantías ciudadanas, la importancia superlativa de la prueba -en términos de pertinencia, conducción

y utilidad- se subordina a la forma lícita de obtenerla, lo cual resulta imprescindible para la verdadera equidad del juicio y la protección del derecho de defensa, el cual es de naturaleza fundamental e indispensable.

114. Aunque la regla constitucional de exclusión debe ser categórica en aquellos eventos de intromisión estatal irracional, como, por ejemplo, en casos de confesiones mediadas por tortura, tratos crueles e inhumanos , o la autoincriminación bajo detención ilegal sin las advertencias que salvaguardan los derechos a no hacer manifestaciones que pudieren resultar inculpatorias y a guardar silencio, existen otras tantas situaciones en las que la invasión estatal de las prerrogativas constitucionales a la hora de la aprehensión de los instrumentos de prueba se encuentra justificada en aras de la vigencia de un orden justo.

115. Estos últimos eventos, sin embargo, demandan control jurisdiccional previo o posterior del juez de control de garantías, según el caso -por ejemplo, la inspección corporal, el registro de una persona relacionada con la investigación, la obtención de muestras, o la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas de delitos sexuales, al tenor de los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, con los lineamientos de la sentencia CC C-822 de 2005-, quien evaluará la legalidad de la medida y definirá las condiciones respectivas, a fin de que se reduzca su incidencia sobre los derechos fundamentales del individuo.

116. Así, entonces, bajo el predicado de presunción de inocencia (artículo 29 de la Constitución Política), la regla general consiste en que nadie puede ser molestado en su intimidad personal o familiar mientras no exista orden de autoridad judicial competente que habilite a los agentes estatales para investigar su presunta participación en la comisión de una conducta punible, intervención que debe limitarse al mínimo necesario en términos de intensidad y lapso legalmente autorizado.

117. Por su parte, el artículo 33 Superior prevé que «[n]adie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil», previsión normativa de la que se siguen los derechos a la no autoincriminación y a guardar silencio.

118. Se garantiza, pues, que la persona involucrada en la presunta ejecución de un delito sea informada oportunamente por el Estado de que contra ella se sigue un proceso, que no se la obligue a hacer manifestaciones de las que se

puedan seguir consecuencias desfavorables para sí misma o su familia frente a un señalamiento criminal y que se respete la decisión autónoma de permanecer en silencio o de hablar voluntariamente (CC C-488 de 1996).

[...]

120. Se trata, pues, del privilegio más sólido del derecho al debido proceso en sus componentes de defensa y presunción de inocencia, de cara a los interrogatorios de los agentes estatales y a la persecución penal en general, habida cuenta que resulta inadmisible conferir validez a procedimientos oficiales engañosos enderezados a obtener información inculpatoria del ciudadano, vía atajo, pues la administración de justicia no puede hacerse beneficiaria de la transgresión del Estado de Derecho».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado: no es un tema de prueba, sino que debe estar lo suficientemente dilucidado en las diligencias anteriores al juicio

/ IDENTIDAD DEL PROCESADO -

Individualización e identificación: diferencias

/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identidad del procesado o condenado: individualización e identificación, libertad probatoria / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Normativa

/ DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Aplica a las manifestaciones hechas después de la privación de la libertad: exclusión del análisis probatorio / **DERECHO A LA NO**

AUTOINCRIMINACIÓN - Momento a partir del cual se activa: no adquiere relevancia hasta que

se produce algún acto de judicialización de la persona / **DERECHO A LA NO**

AUTOINCRIMINACIÓN - Alcance: opera desde el momento en que se adquiere la condición de

indiciado, no antes / **PROCESADO** - Manifestaciones inculpatorias ante funcionarios

de policía judicial: antes del acto de aprehensión, no están amparadas por el derecho de no

autoincriminación

«[...] ya ha tenido oportunidad de precisar esta

Corte que, las expresiones realizadas de manera libre por el ciudadano -sospechoso-, ante particulares o incluso ante los mismos agentes del orden, por fuera de la actuación penal, son «manifestaciones de la conducta humana, fenómenos exteriorizados en el mundo real, que en tanto tales deberán ser abordados como tema de prueba por los jueces si tienen pertinencia jurídica» (CSJ SP3006-2015 rad. 33837).

[...]

Entonces, la protección se irradia, realmente, respecto de toda declaración incriminatoria obtenida bajo compulsión y detención, dentro de

la actuación penal, coerción que es sancionable con la exclusión de las locuciones autoinculpatorias, dada su incidencia negativa sobre las garantías de intimidad, dignidad humana y presunción de inocencia.

125. Ahora bien, dicha salvaguarda únicamente opera cuando el indiciado ha sido individualizado de forma unívoca o identificado de manera inequívoca a fin de que pueda ejercer a plenitud su derecho de defensa, por manera que, solo, cuando se ha alcanzado la identificación del presunto autor o partícipe y se da curso al diligenciamiento respectivo, se activa la obligación legal de prevenirlo sobre su derecho a guardar silencio, a no ser obligado a colaborar activamente en la recolección de evidencias en su contra o a incriminar a su núcleo familiar y a gozar de la asistencia legal de un abogado.

126. Esta intelección, en el plano de los instrumentos internacionales de derechos humanos surge, asimismo, del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que, en la actuación procesal, toda persona inculpada de delito tiene derecho, entre otras cosas, «a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable»; y del canon 14 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos que, en similar sentido, señala que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad (...) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” -negrillas no originales-

127. En este punto, es indispensable precisar, como lo ha señalado de manera constante la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (CSJ SP836-2019, rad. 48368), que lo concerniente a la individualización y /o identificación del procesado no es propiamente un tema de prueba, en la medida que no tiene relación con la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del inculpado y más bien corresponde a un aspecto que debe ser resuelto por la Fiscalía General de la Nación desde el inicio de la investigación, pues solamente una vez superado este presupuesto podrá realizarse la vinculación del indiciado al proceso, con la formulación de imputación o la declaración de persona ausente, según el caso (artículos 127, 128, 286 y 288 de la Ley 906 de 2004).

128. Y es que, a fin de dar curso a los actos de captura, imputación, imposición de medida de aseguramiento, acusación y a la emisión del fallo -de responsabilidad penal o absolutorio-, es deber del órgano persecutor individualizar o identificar plenamente, de forma previa, al sujeto involucrado. Es así como, en desarrollo del plan metodológico, el fiscal se encuentra facultado

para ordenar «la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes», de acuerdo con el artículo 207 de la Ley 906 de 2004.

129. La individualización de una persona se tendrá por satisfecha cuando se la determina físicamente de manera indiscutible por sus rasgos, señales particulares, características o cualidades. La identificación, por su parte, en tanto resultado final de la individualización, se logra cuando i) se obtienen sus datos personales como su nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado civil, profesión, padres, hijos, etc., ii) se cuenta con documentos de identificación como el registro civil de nacimiento, la cédula de ciudadanía, el pasaporte, etc. o iii) se logra mediante pericia dactiloscópica, carta dental o cotejo de ADN. (CSJ SP, 4 sep. 2003, rad. 16469)

130. Existe, pues, libertad para acreditar este primer aspecto de toda investigación, al punto que la Corte ha destacado la importancia, con miras a ese objetivo, de los métodos de reconocimiento fotográfico y en fila de personas, (artículos 252 y 253 de la Ley 906 de 2004) los cuales se tornan valiosos cuando no se tiene conocimiento o existe duda del individuo en contra del cual debe dirigirse la persecución, instrumentos que solo pueden incorporarse en el juicio a través del testimonio de quien haya hecho la identificación respectiva.

[...]

133. La salvaguarda, traducida en el privilegio de no autoinculpación, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, opera, entonces, una vez la persona ha sido identificada y ha adquirido la calidad de indiciada, esto es, cuando la investigación ya no es de carácter genérico, sino que se encuentra dirigida contra una persona determinada.

134. Al respecto, nuestro sistema de procesamiento penal de 2004 enfatiza la obligación de proveer la tutela de esa garantía solo en escenarios de interrogatorio, captura e inicio del juicio oral.

[...]

En todo caso, está bien recordar que, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional también ha precisado que el radio de acción de la protección contra la autoinculpación surge desde que la persona conoce que existe una investigación en su contra hasta la conclusión de la actuación [...]

143. Entonces, si el panorama es el de un sujeto que no ha sido identificado ni individualizado y solo es retenido momentáneamente en la calle u otro lugar público para procurar ese objetivo, en línea de principio, no podrá ser beneficiario de las prerrogativas propias del privilegio de no autoincriminación, no solo porque, en estricto sentido, contra él no se ha iniciado una verdadera investigación, sino debido a que el derecho a la libertad no es absoluto y, valga destacarlo, puede limitarse bajo el principio de proporcionalidad y los supuestos de cumplimiento de una obligación legal, tolerancia pasiva de los ciudadanos que resulta indispensable frente a actos en los que el individuo es objeto y no sujeto de prueba.

144. Y es que, la restricción de la libertad ambulatoria temporal o inmovilización momentánea, por un breve período y propósito limitado, cual es el de identificar al probable autor o participe de una conducta punible, se encuentra asistida de un razonable interés legítimo de convocar al responsable al sistema de enjuiciamiento criminal.

145. Recuérdese, al respecto, que, aunque la naturaleza de la actividad de policía es, en esencia, de índole preventiva, la de la policía judicial, se dirige, al esclarecimiento e individualización de los presuntos responsables, para lo cual se encarga de apoyar la investigación penal, bajo las directrices del Fiscal General de la Nación y sus delegados (artículo 200 de la Ley 906 de 2004), de manera que, tiene entre sus funciones la de cumplir las labores encomendadas por el fiscal a cargo, asignaciones entre las cuales está la de procurar la individualización e identificación del presunto responsable.

[...]

148. No en vano nuestra Corte Constitucional señaló, en torno al derogado artículo 31 del Decreto Ley 522 de 1971 -antiguo Código Nacional de Policía-, el cual habilitaba a las autoridades públicas para solicitar la información necesaria para identificar a las personas y recabar algunos datos básicos sobre las mismas -«como nombres, apellidos, domicilio, nacionalidad, documento de identificación, edad, lugar de nacimiento, que resulten necesarios para el cumplimiento de los objetivos de interés general a cargo del servidor»-, que ello no violentaba la garantía de no autoincriminación (CC C-422 de 2002).

149. Ello, por cuanto no involucraba «la declaración sobre hechos o circunstancias de modo tiempo y lugar con la que generalmente se asimila el vocablo “declaración” en el ámbito judicial» y que «en cumplimiento de su función de

auxiliar a las autoridades judiciales, puede ser necesario que las autoridades de policía adelanten labores de identificación», lo cual debería regirse por las normas procedimentales de los funcionarios encargados de dirigir e impulsar la instrucción.

150. En este contexto, contrario a lo argüido por el demandante, la sanción de exclusión predictable respecto de la “prueba ilícita” no puede trasladarse a las técnicas legítimas de investigación orientadas a recabar los datos de identificación del presunto responsable.

[...]

152. Toda la plataforma conceptual precedente permite, entonces, reiterar las reglas generales que indican, por una parte, que el procedimiento de individualización e identificación del eventual indiciado es autónomo e independiente del recaudo probatorio enderezado a acreditar el tema de prueba y, por otra, que el privilegio contra la autoincriminación no rige en la fase primaria de identificación sino una vez alcanzado el proceso de judicialización del presunto infractor, esto es, cuando adquiere la calidad de indiciado, lo cual, por supuesto, abarca, como lo ha admitido la Corte Constitucional, la fase preprocesal a partir de la cual la persona conoce que contra ella se ha iniciado una investigación.

153. Lo precedente, a su turno, faculta colegir que la intromisión de baja intensidad de la policía judicial, en cumplimiento de un plan metodológico, para parar o abordar momentáneamente a un individuo y solicitarle el documento de identificación, no incide en la esfera de protección del artículo 33 Superior, porque no envuelve procedimientos indagatorios en un ámbito de detención e interrogatorio».

HABEAS DATA - Registraduría Nacional del Estado Civil: los datos de nombre y número de cédula no tienen reserva legal y son públicos / **HABEAS DATA** - Registraduría Nacional del Estado Civil: la obtención de datos como nombre, apellido, número, lugar y fecha de expedición de los documentos de identidad, no está sometida a control previo o posterior de un juez

«Contrario a lo que sugiere el censor en el sentido de que la consulta en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil requiere algún tipo de control judicial que ampare las garantías de habeas data e identidad, se tiene que, según el artículo 213 del Código Electoral y las resoluciones 3341 y 3632 de 2013 y 5633 de 2016 , algunos datos como los que indican el nombre, apellido, número, lugar y fecha de expedición de los documentos de identidad pertenecientes a terceros carecen de reserva legal

o judicial y, por consiguiente, su obtención a cargo de funcionarios de policía judicial -o, incluso de la víctima- no se halla sometida a control previo o posterior de un juez de control de garantías, en los términos del artículo 244 de la Ley 906 de 2004»

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Vulneración: demostración / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: opera desde el momento en que se adquiere la condición de indiciado, no antes

«El demandante acusó la violación de la garantía de no autoincriminación en la obtención de los datos de identificación del procesado y de la información y evidencias recaudadas a partir de ellos, esto es, la consulta a la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el álbum fotográfico y el reconocimiento respectivo realizado por el testigo único presencial de los hechos: MCS.

156. Al respecto, tal cual lo narró DF -funcionario de policía judicial-, en cumplimiento del plan metodológico trazado por la Fiscalía, con el propósito de identificar al presunto responsable del homicidio investigado, se desplazó al estadio Atanasio Girardot de la ciudad de Medellín y, durante un encuentro futbolístico entre el equipo Atlético Nacional y -quizás - el Club Atlético Bucaramanga, indagó entre los integrantes de la mencionada barra por un individuo denominado “C o C”, al cual se acercó luego de que fuera guiado hacia él por uno de los hinchas.

157. Enseguida, le preguntó por los desmanes ocurridos en el partido de la semana anterior, circunstancia que aprovechó para pedirle su documento de identidad, a través del cual pudo establecer que se llamaba JAMP.

158. Con esa información, bajo la autorización del Fiscal, consultó en la base de datos web del laboratorio de la Regional No. 6 de la Policía Nacional, a través de la cual obtuvo la tarjeta de preparación que reposa en la Registraduría Nacional del Estado Civil y conformó un álbum fotográfico que fue utilizado con el testigo de viso para el reconocimiento del aquí procesado.

159. Una acción investigativa primigenia como la descrita resulta razonable, en tanto la acción del funcionario de policía judicial se encuentra justificada en la necesidad de establecer, para efectos exclusivos de identificación, el nombre de pila de alias “C”, con fundamento en el plan metodológico del fiscal al que asistía [...]

[...] para la Corte, el alcance de la medida adoptada fue proporcional a la inferencia inicial

de que ese individuo podía ser hallado en el estadio o sus inmediaciones, dado que, una vez perpetrado el homicidio, ante el único testigo directo, el responsable del mismo se identificó con ese apodo y como miembro de la barra brava, autodenominada "La mafia 89"

162. Además, la identificación de MP a cargo de DF se realizó bajo los lineamientos de la jurisprudencia vigente, es decir, antes de que fuera vinculado a la actuación penal.

163. Este motivo fue el que condujo al Tribunal a descartar, con apoyo en la distinción entre actos de investigación y de judicialización, vicio alguno en la recolección de la información que sirvió para identificar al potencial sospechoso del homicidio, lo cual se llevó a cabo dentro del marco del primer tipo de actividad de policía judicial mencionado.

[...]

De igual manera, la injerencia del agente estatal sobre el ciudadano interceptado se llevó a cabo in situ, en espacio público, fue estrictamente momentánea, no implicó su traslado a alguna dependencia oficial o no oficial, no representó un acto de tortura, tratos crueles o inhumanos y tampoco alcanzó el estándar de interrogatorio, toda vez que no fue indagado por los hechos homicidas, de modo que, no puede afirmarse que el suministro de los datos básicos de identificación proveyó un eslabón ilícito en la cadena de prueba necesaria para condenar.

165. Además, del relato del investigador DF no se desprende que la solicitud del documento de identidad que hizo a alias "C", tras indagarle por las trifulcas entre barras bravas acaecidas en la fecha futbolística anterior, constituya un manifiesto engaño, precisamente, porque el servidor de policía judicial no estaba obligado a hacer las advertencias ínsitas en el principio de no autoinculpación, pues aquél no había sido vinculado a la actuación, no fue sometido a registro personal -lo cual hubiera requerido control previo del juez control de garantías-, tampoco a captura y, en todo caso, no pretendió de él su confesión -menos involuntaria-, solo su identificación, al punto que no le hizo ninguna pregunta relacionada con el homicidio o con las circunstancias de hecho anteriores o posteriores relacionadas con el injusto.

166. En estas condiciones, si la información recolectada no tiene carácter ilícito, mucho menos puede inferirse, que las evidencias recaudadas a partir de ella fueron irradiadas por un efecto ilegítimo de invalidez, tal cual lo anotó la jueza de primer nivel.

167. La argumentación hipotética del censor según la cual la protección de las garantías, en abstracto, podría haberse realizado a través de medios menos invasivos no significa, en sí mismo, que la actividad de policía judicial se tornara irrazonable.

168. Igualmente, es verdad que no se trató del cumplimiento de la función preventiva de identificación de personal de la Policía Nacional, no obstante, es claro que, en el caso concreto, diverso a lo predicado por el libelista, el funcionario de policía judicial, estaba investido de la función de apoyo al fiscal del caso en la identificación del eventual indiciado, de acuerdo con el plan metodológico trazado por aquél. Así, pues, no es cierto que dicho servidor estuviera desarrollando pesquisas por cuenta propia y que, en ese orden, careciera de «la dirección funcional de ningún fiscal».

169. De otro lado, de lo anotado atrás -supra párr. 154- se desprende que el investigador DF estaba claramente legitimado por el artículo 213 del Código Nacional Electoral para consultar, conforme al plan metodológico delimitado por la Fiscalía, en la base de datos de la Policía y la Registraduría, la información relativa al nombre y cupo numérico del procesado, y, por consiguiente, para elaborar el álbum fotográfico que serviría de sustrato a la diligencia de reconocimiento respectiva con el testigo de cargo MCS»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: no la constituye una declaración anónima / **ANÓNIMO** - No es un medio de prueba: por lo tanto no puede ser prueba de referencia / **ANÓNIMO** - Como medio de prueba y tema de prueba: diferencia y efectos / **ANÓNIMO** - Alcance probatorio: depende de la etapa del proceso en que se pretenda utilizar para fundamentar una decisión, no puede ser utilizado como prueba de la responsabilidad penal

«Lo primero que se ofrece indispensable admitir, en este punto, es que, como de tiempo atrás lo tiene establecido la jurisprudencia (CSJ SP5798-2016, rad. 41667), todo medio probatorio anónimo no puede integrar el acervo probatorio, ni siquiera como prueba de referencia, por cuanto constituye una fuente de información de origen desconocido que, en los términos del artículo 430 de la Ley 906 de 2004 -en concordancia con los artículos 27.1 de la Ley 24 de 1992, 38 de la Ley 190 de 1995, 69 inciso cuarto de la Ley 906 de 2004 y 81 de la Ley 962 de 2005-, se encuentra prohibida.

173. Esa información, solamente, puede ser utilizada para realizar labores de verificación o para orientar la investigación, siempre que aporte evidencias o datos concretos que permitan adelantar gestiones específicas de confirmación.

[...]

Por manera que, si una aserción proviene de fuente anónima, la cual es inadmisible, y ella es empleada para deducir un hecho indicador, éste no estará debidamente estructurado, en tanto no habrá podido confrontarse en el juicio y, en ese orden, cualquier conclusión derivada del mismo se traducirá en una mera conjectura, insuficiente para acreditar el tema de prueba respectivo.

176. En ese sentido, la Corte ha enfatizado que la información proveniente de una llamada anónima es inadmisible, habida cuenta que «la declaración anterior al juicio oral necesariamente debe provenir de una fuente conocida, esto es, de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia». (SP1590-2020, ad. 49977)

[...]

Según el libelista, se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en el sentido de falso juicio de convicción, porque el Tribunal valoró manifestaciones anónimas, reproducidas por el testigo JJGU, que sirvieron para establecer que el homicidio ocurrió en la carrera [...] con calle [...] de la ciudad de Medellín, donde está ubicado un MT y no en la carrera [...] # [...] de un CDI.

[...] verificado el testimonio de este investigador se tiene que, en realidad, no indicó -porque no se lo preguntaron- dónde obtuvo el dato de la dirección de los hechos, como para pregonar que la fuente necesariamente es anónima. Es más, al afirmar que, en las labores que le fueron encomendadas -relacionadas, en esencia, con la obtención de videos-, se entrevistó con el padre de la víctima -WAM- y con el testigo presencial -MCS-, sugiere que conoció esa información a través de ellos.

181. En ese orden, es evidente que no se concretó el falso juicio de convicción denunciado, pues no se acreditó que se tratara de información anónima que, por esa razón, debiera ser excluida del plexo probatorio, aunque sí podría constituir prueba de referencia inadmissible, lo cual, sin embargo, es irrelevante por cuanto CS, quien presenció la comisión del ilícito, declaró con suficiencia en el juicio sobre este aspecto.

182. Ahora, el jurista asevera que CS, en su testimonio, no supo precisar el sitio exacto del

homicidio, en la medida que hizo distintas descripciones del lugar y, más bien, en ese propósito, su narración se acercó a la nomenclatura que sí aparece en los videos, en los cuales no se observa el hecho juzgado.

[...]

Entonces, si no hay registro audiovisual de la comisión del ilícito, por cuanto en ese lugar específico: a las afueras del MT, las cámaras de seguridad se encontraban dañadas y las existentes, metros más adelante: en el Centro de Inyección, no alcanzaban a cubrir el sitio concreto, pero se cuenta con el testimonio de MCS, el cual no revela contradicciones, sino múltiples descripciones de una misma realidad, es claro que no se encuentra comprometida la fiabilidad de su dicho»

PRUEBA DOCUMENTAL - Herramienta digital Google Maps: documento con aptitud representativa / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Herramienta digital Google Maps: debe ser objeto de descubrimiento, solicitud, decreto, práctica y confrontación / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Pruebas de oficio: prohibición legal / **PRUEBA** - Hecho notorio: puede ser aducido por las partes o utilizado por los falladores para argumentar sus determinaciones

«A juicio del recurrente, el Tribunal incurrió en error de hecho en la vertiente de «falso juicio de existencia por suposición», al aceptar como probado un hecho indicador, con base en un instrumento probatorio que no obra en el expediente, esto es, a partir de la «ilustración malla vial de la ciudad de Medellín GOOGLE MAPS», conforme a la cual la calle [...] de la ciudad de Medellín es la denominada "LH". Y es cierto.

208. No obstante, el libelista omitió comprobar que esa información fue determinante para establecer que los sucesos acaecieron en la esquina de la carrera [...] con calle [...] de Medellín, esto es, no demostró la trascendencia del yerro en el sentido condenatorio de la decisión.

209. En realidad, se constata que el ad quem empleó la citada herramienta digital -porque así lo hizo constar a pie de página del folio [...] de la sentencia de segunda instancia -, para establecer que la calle [...] corresponde a la calle "LH". Así mismo, es claro que ese dato electrónico, que responde a un documento, con aptitud representativa -que comprende archivos de imágenes cartográficas de carácter inmaterial, que se presentan de un modo interactivo y posibilitan un recorrido y movimiento virtual- no fue objeto de descubrimiento, solicitud, decreto y

práctica, ni mucho menos de confrontación y, por ende, en principio, fue indebidamente supuesto por el juez colegiado.

210. Aunque en Colombia, la Sala de Casación Penal se ha servido de ese instrumento tecnológico al desatar colisiones de competencia y, en algunos países, por ejemplo, en Argentina y España, debido al avance de las tecnologías de la información, por vía jurisprudencial y doctrinal , se viene abriendo paso a la idea de que la información consultada a través de plataformas como Google Maps, Google Street View y Google Earth constituye un recurso judicial gráfico al que pueden acudir los juzgadores, con fundamento en normas que permiten la práctica oficiosa de pruebas , es lo cierto que, en tratándose de los medios cognoscitivos que pueden ser objeto de valoración, en materia penal, existe prohibición expresa para el fallador de decretar y sopesar pruebas de oficio (artículo 361 de la ley 906 de 2004), en protección del principio de igualdad de armas.

211. Sin embargo, en el caso de la especie, lo fundamental es que la información refutada, consultada en Google Maps, esto es, la concerniente a que la calle [...] es la misma "LH" no solo fue mencionada de manera reiterada por varios de los testigos que desfilaron por el estrado judicial -MCS (testigo directo), JJGU (investigador), WAM (padre de la víctima)-, sino que constituye un hecho notorio que no requiere prueba (inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso) para los nativos y residentes de la ciudad de Medellín, entre ellos, para las partes e intervinientes y los jueces de la causa, en tanto se trata de un hecho público y permanente -no necesariamente universal- conocido por un grupo de personas de cierta cultura, que pertenecen a un determinado círculo social [...]

212. Incluso, es el mismo demandante quien habla de la «correspondencia de acuerdo al nombre que por costumbre se les ha dado a las calles en la ciudad de Medellín.

213. De esta manera, en el marco de lo narrado por el testigo presencial CS, el Tribunal estaba legitimado para dar por probada la denominación atribuida coloquialmente a la calle [...] y, en ese contexto, para identificar la ruta seguida por SA y su amigo M antes de que el primero fuera atacado y el lugar exacto de la agresión.»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: como prueba directa / **TESTIGO** - Presencial / **PRUEBAS** - Libertad probatoria / **CASACIÓN** - Es deber del casacionista desvirtuar el acierto y legalidad de la sentencia

«Aunque el defensor orientó su demanda a cuestionar las que considera premisas menores del indicio de presencia en el lugar de los hechos, es indispensable recordar que el hecho concerniente al sitio del homicidio se acreditó a través de prueba directa: el testimonio de MC.

[...]

236. En este punto, desconoció el letrado que, contrario a su parecer, la Fiscalía no estaba obligada a utilizar planos o evidencias demostrativas para que M ubicara en ellos la escena de los hechos, pues, rige el principio de libertad probatoria y, en el caso concreto, ese dato fue obtenido a través del relato del testigo presencial.

[...]

238. Resta anotar que, más allá del infructuoso propósito de refutar el hecho de que el homicidio de SA se ejecutó en ésta última nomenclatura, a partir de supuestas inconsistencias intrínsecas y extrínsecas en el relato del testigo de viso, la defensa omitió, como lo destacó el representante de las víctimas, todo ejercicio contradictorio, en aras de comprobar la presencia alternativa de MP en lugar distinto al mencionado, en la fecha y hora del delito.

239. Así las cosas, es evidente que no se incurrió en ninguno de los yerros denunciados y, en esa medida, no se logró quebrantar la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo impugnado».

19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo cuando se limita su práctica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, pueden ser el tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, es prueba directa de lo que percibió al momento de hacer el examen / **DERECHO PENAL DE AUTOR** - Está proscrito / **DERECHO PENAL DE ACTO** - Solo se puede condenar por lo que se hizo, y no por lo que se es

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía y la defensa del acusado, contra la decisión proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corporación, por medio de la cual se pronunció sobre las solicitudes probatorias elevadas por las partes en audiencia preparatoria.

En esta oportunidad la Sala revocó el alcance dado por la primera instancia como prueba de referencia a algunos de los medios demostrativos solicitados, para en su lugar acceder a la solicitud probatoria de la Fiscalía; y confirmó en los demás aspectos, el auto objeto de apelación.

Para ello, en primer lugar, aclaró que, si bien, por regla general, el recurso de apelación no es procedente contra el auto que admite el decreto de las pruebas, sino solo contra el que las niega, esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, no así cuando su práctica se condiciona o limita, caso en el cual debe garantizarse la doble instancia.

Posteriormente, analizó lo concerniente al tema de prueba y su relación con los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la acusación, las declaraciones rendidas antes del juicio, la prueba de referencia, el testimonio adjunto, el alcance del testimonio del perito, así como el derecho penal de autor y el derecho penal de acto, a efectos de determinar la pertinencia de las pruebas denegadas por la Sala Especial.

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La noche del 12 de noviembre de 2017, se celebraba el cumpleaños de A.C., hermano de L.E.C.E.; en esa reunión estaban presentes, entre otros, DAO, la denunciante LABM y sus dos hijos menores de edad.

2. Cerca de las diez de la noche, le pidieron a L.E.C.E. prender el televisor para que los niños se entretuvieran como acostumbraban a hacerlo siempre que allí se reunían, especialmente los fines de semana.

3. En un momento, DAO, padre de la niña M.A.O.B., se dirigió a la habitación de L.E.C.E., desde donde, momentos antes, había salido corriendo el niño S.A.N., allí encontró a su hija de pie, sobre la cama, en la parte izquierda de la cama y a L.E.C.E. de pie al lado de la niña, el padre llamó la atención a la menor por estar jugando en la cama y le pidió que se dirigiera a la sala en donde se encontraba su mamá, a lo cual L.E.C.E. respondió que la dejara, que eran niños.

4. Refirió la denunciante que al día siguiente, la niña M.A.O.B. les refirió que cuando L.E.C.E. fue a poner la televisión, él con el control estaba colocando el televisor y la otra mano "me la metió por dentro del interior y me tocó suave y duro, ... cuando llegó el papá, él la soltó", que esa era la segunda vez que ocurría y que M.A.O.B., recordaba que el primer evento había acontecido en una ocasión en la que también estaban en el apartamento de L.E.C.E., ese día ella llevó una película de "Dory" y "la iba a poner e igualmente le metió la mano por dentro del pantalón y le tocó la vagina".

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo prueba ilícita / **RECURSOS** - Presupuestos: legitimación procesal / **RECURSOS** - Presupuestos: legitimación en la causa / **RECURSOS** - Presupuestos: autorización legal / **RECURSOS** - Presupuestos: interposición en la oportunidad legal / **RECURSOS** - Presupuestos: sustentación adecuada y suficiente / **DEBIDO PROCESO PROBATORIO** - Principio de doble instancia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven

sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo cuando se limita su práctica

«[...] no ha sido unanime, la Jurisprudencia de la Corporación, respecto a la procedencia o no del recurso de apelación contra el auto que admite las pruebas, lo que hace necesario aclarar el alcance del postulado jurisprudencial, previa ponderación de los presupuestos superiores que gobiernan el debido proceso probatorio.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, son presupuestos procesales esenciales para la interposición del recurso, la legitimación procesal, la legitimación en la causa, la autorización legal, su interposición en la oportunidad legal y la sustentación adecuada y suficiente

Entendiendo por ellos: legitimación procesal, quien interpone el recurso debe estar reconocido como sujeto procesal, parte o interveniente; por legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir, que la parte que recurre haya sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión, de tal forma que si la decisión cuestionada la beneficia o acoge su postura, no surge interés jurídico en la causa, quedando deslegitimada para pretender la revisión de la providencia ; la autorización legal, relacionada con la facultad que otorga la ley para atacar o controvertir determinadas decisiones, a través de uno u otro recurso, interposición en la oportunidad legal, y la sustentación adecuada y suficiente, que demanda coherencia conceptual entre la petición, la decisión y la impugnación.

De la confluencia de estos presupuestos, se predica la admisibilidad de los recursos ordinarios, requisitos que satisfechos, nos lleva a considerar que decisiones son susceptibles del recurso de impugnación vertical y cuales no.

El artículo 176 de la Ley 906 de 2004, señala que el recurso de reposición “procede para todas las decisiones”, salvo la sentencia, por su parte el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, “salvo los casos previstos en este código”; así mismo, el artículo 359 inciso final, señala “Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”.

De lo que se deduce, que una de las principales garantías del debido proceso probatorio, es el Principio de la doble instancia, derecho que encuentra desarrollo supralegal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

tratados multilaterales que en la legislación interna forman parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el artículo 31 preceptúa que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de la doble instancia como norma rectora, señalando en el artículo 20, que “Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación...”.

Así la forma en que el legislador reguló la impugnación de la prueba, da cuenta de su intención expresa de permitir que las decisiones que afectan la práctica de la prueba, puedan ser impugnadas [...]

Luego entonces, si bien el legislador enunció solo los eventos en que procede el recurso de apelación, en aspectos probatorios, limitando esta posibilidad a los casos anteriormente enunciados; le corresponde a la Corte, modular, -sin que ello signifique arrogarse funciones de configuración legislativa-, aquellas situaciones en las que pese a admitirse la práctica de la prueba, la misma se hace de manera condicionada o limitada, vulnerando los intereses de la parte interesada en su práctica.

Concluyendo, que si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de autorización legal para refutarla, postura que se ha mantenido de forma pacífica; esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de interés jurídico para recurrir, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.

Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los

postulados principalísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial.

Presupuestos relacionados directamente con los objetivos del proceso penal, ello es con la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material, especialmente, cuando están de por medio derechos de protección superior que demandan una intervención mas eficaz de los Jueces , ajustada a los estándares internacionales sobre el debido proceso, la doble instancia, consonante con los compromisos Convencionales del Estado Colombiano y la función que el legislador le asignó a los jueces, en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal».

PRUEBA - Finalidad / **PRUEBA** - Pertinencia: directa / **PRUEBA** - Pertinencia: indirecta / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Tema de prueba: aspectos que comprende

«el concepto y alcance de la pertinencia de la prueba, está definido por el legislador e integrado a su vez, por las nociones de pertinencia directa y pertinencia indirecta.

Entendiendo por pertinencia directa, la que refiere al hecho principal objeto de debate en el proceso, evento en que la explicación suele ser más simple, “como cuando se solicita el testimonio de una persona que presenció el delito o de un video donde el mismo quedó registrado”, y por pertinencia indirecta, como el enunciado lo señala, la referida a pruebas con relación indirecta frente al hecho jurídicamente relevante, de la que se derivan consecuencias probatorias frente al hecho principal “como cuando sirven para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte” , última que demanda mayor rigor argumentativo, en el sentido de brindarle al Juez mayores elementos de juicio para decidir sobre su práctica o no.

En ese orden, la pertinencia del medio probatorio está determinada por el tema de prueba, el que, a su vez, está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o en el caso de la defensa, por su teoría alterna. Razón por la cual, quien pide una prueba debe asumir su carga argumentativa, para que el funcionario judicial advierta la relación del elemento solicitado con los hechos y circunstancias, objeto de investigación.

Así, al momento de realizar las solicitudes probatorias, las partes están obligadas a exponer con claridad y precisión la pertinencia directa o indirecta, de los medios de convicción que

aspiran les sean decretados, para convencer al juez del aporte probatorio de los elementos que se pretenden llevar a juicio y disponer su práctica».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Tema de prueba: aspectos que comprende / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: marco de delimitación del juicio y del tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación:

requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinan el tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: diferencias entre el tema de prueba y el medio de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: pertinencia, consiste en el análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba

«La formulación de acusación constituye la principal delimitación del tema de prueba, como quiera que los hechos jurídicamente relevantes allí incluidos representan el principal objeto de debate, sin perjuicio de los hechos que proponga la defensa cuando opta por una teoría fáctica alternativa.

Esta Corporación, ha precisado que el tema de prueba está conformado, en esencia, por los hechos jurídicamente relevantes, entendiendo por ellos, “aquellos aspectos de la hipótesis fáctica de la acusación que pueden ser subsumidos en la respectiva norma penal”, así como por los hechos indicadores, cuando su demostración es necesaria, para que puedan ser utilizados como base de las inferencias atinentes a los hechos que encajan en la respectiva descripción normativa, junto a los aspectos fácticos estructurales de la hipótesis alternativa que presente la defensa, cuando opta por esta estrategia.

De lo que se deriva, que la narración de los hechos jurídicamente relevantes por la Fiscalía debe ser clara y sucinta, pues de ello depende la precisión frente a los hechos que integran el tema de prueba, la estructuración de la teoría alterna de la defensa y el consecuente análisis sobre la pertinencia de los medios elegidos para establecerlos y, excepcionalmente, los debates sobre su conducencia y utilidad.

La determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán en juicio, por lo que el tema de prueba, está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas o contrafácticas que proponga la defensa, mientras

que el medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración, de tal manera que el estudio de pertinencia comprende dos aspectos diferenciables pero relacionados.

La trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho que trasciende, le impone a la parte interesada la carga de argumentar si una prueba en particular se relaciona directa o indirectamente con los hechos o circunstancias, si se refiere a la identidad o responsabilidad del acusado, si hace más probable o menos probable alguno de los hechos o circunstancias relacionadas; quienes además deben sustentar la pertinencia de cada medio de prueba, así exista entre ellos relación directa, delimitación relevante para evitar que se utilicen medios probatorios que no tienen incidencia con los hechos relevantes para la solución del caso, y, se analicen de manera separada los demás requisitos de su admisibilidad.

Frente a la teoría fáctica de la defensa, nuestro modelo adversarial, diferencia claramente los roles de las partes, por un lado el del Acusador dirigido a desvirtuar la presunción de inocencia y convencer al Juez acerca de la responsabilidad del acusado en los hechos, y por otro la defensa, dirigida a desvirtuar o atenuar ese grado de conocimiento, frente a su probable responsabilidad en los hechos; de allí que las partes deban adelantar su propia actividad investigativa, con el fin de obtener los elementos de conocimiento necesarios, que servirán a su propia teoría del caso, y la correlativa exigencia de argumentar su pertinencia directa o indirecta, al momento de sustentar la relevancia de la prueba, lo que dependerá del enunciado fáctico que quieren demostrar, su relación con el hecho acusado y la hipótesis o teoría que pretenden plantear en el desarrollo del juicio.

De lo que se concluye, que la explicación de pertinencia depende de la claridad con la que estén expresados los hechos jurídicamente relevantes, reiterándose la importancia de precisarlos, so pena de desnaturalizar el sentido de la acusación y afectar el derecho de defensa, del debido proceso probatorio, además, de dificultar la delimitación del tema de prueba y la celeridad del juicio oral, lo que incide negativamente en la prontitud y eficacia del debate procesal.

De allí, que sea tan importante, la absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (tema de prueba) y los medios que se pretenden usar para su demostración, lo que en últimas entraña la explicación de pertinencia a

que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de pruebas».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: no constituye prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, facilitar el interrogatorio cruzado (refrescar la memoria o impugnar la credibilidad) o como medio de prueba (prueba de referencia, prueba anticipada o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio)

/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, pueden ser el tema de prueba

«Debe precisarse, que la regla general es que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, no se pueden incorporar como prueba a la actuación, puesto que el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004, se estructura sobre la base de que sólo pueden ser valoradas como pruebas, las practicadas en el juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad -art. 16-, y sólo en casos excepcionales, podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Así mismo, el uso de declaraciones anteriores, orientado a su empleo en el interrogatorio cruzado de testigos (refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad), no constituye excepciones a la regla consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, pues son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato.

Por lo tanto, la verdadera excepción a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, está materializada en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como medio de prueba, como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y el testimonio adjunto.

En este sentido se ha insistido en la necesidad de diferenciar la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios de conocimiento utilizados para demostrar su existencia y contenido. Se ha precisado, que, si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga “conocimiento personal y directo” de esa situación.

Los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial, tales como el derecho a la confrontación del interrogatorio y las reglas sobre admisión de la prueba de referencia, entre otros, no pueden desconocerse bajo el entendido de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza.

En todo caso, corresponde a la parte interesada en su práctica, sustentar si pretende utilizar una declaración anterior como prueba -de referencia o como testimonio adjunto -, o si su finalidad es refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo, bajo el entendido de que cada uno de estos usos está sometido a reglas específicas, que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos

«[...], conforme a la definición legal traída por el legislador, se entiende por prueba de referencia (artículo 437 del C. de P. P.), toda declaración rendida fuera del juicio oral que se utiliza en este, por no ser posible su práctica en el juicio, para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate.

Es así como el legislador, por razones constitucionales vinculadas a la realización de justicia material, ha autorizado que en determinados eventos y previa acreditación de la razonable imposibilidad de que el testigo directo comparezca al juicio, la incorporación de la prueba de referencia, sujeta a unas reglas específicas, que, como lo ha señalado la Corte, no constituyen simples formalismos carentes de contenido, sino la forma como se regulan las garantías judiciales mínimas del procesado y, en general, el debido proceso, como expresión básica de la judicialización en un sistema democrático.

En tal sentido, para adquirir tal carácter de prueba, no basta con su presentación y debate público en el juicio oral, sino que, es imperativo que dicho elemento haya cumplido con un debido proceso probatorio; la Sala de manera reiterada, ha puntualizado, como presupuestos para su admisibilidad:

(i) Descubrimiento formal y material de la declaración previa, y de los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar

su existencia y contenido (ii) demostrar la existencia de una causal excepcional de admisión de la prueba de referencia; (iii) solicitar el decreto en la audiencia preparatoria de la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como de los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma, luego de sustentar su pertinencia, admisibilidad, licitud, validez y legalidad; (iv) precisar el medio a través del cual se incorporará la declaración anterior (testimonio, documento, etcétera); y (v) realizar la incorporación en el momento procesal adecuado, lo anterior, salvo excepciones, como la prueba de refutación (art. 362 CPP) y la prueba sobreviniente (art. 344, inciso 4 CPP), caso en el cual le corresponde al Juez de Conocimiento en desarrollo de la etapa probatoria del juicio oral, resolver sobre el decreto de la prueba novedosa.

Por su parte el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y sólo procede cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

e) **Adicionado.L.1652 / 2013, art.3º. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.**

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos». (Énfasis de la Sala)

Prueba que comporta una limitación al derecho que tiene la contraparte a: (i) controlar su práctica, mediante la proposición de objeciones al interrogatorio (art. 395 C.de P.P.); (ii) refutar, mediante el contra interrogatorio (art. 393-a ibidem); y, (iii) formular preguntas para impugnar la credibilidad (art. 403), afectando el derecho a la confrontación, previsto en el artículo 16 del C. de P.P.».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, carece de consagración expresa en la ley / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, ha sido desarrollado por la jurisprudencia / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, la persona debe estar disponible física y funcionalmente

/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, el testigo debe retractarse de sus aserciones u ofrecer una versión sustancialmente diferente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, la declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: en casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante contrainterrogatorio

«El testimonio adjunto, también llamado declaración complementaria, ha sido desarrollado por la jurisprudencia, al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, según los cuales, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio y su teoría del caso; no obstante tratándose de la prueba testimonial, pueden suceder eventos en los que los testigos que concurren al debate público, se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales a su declaración o incluso nieguen haber realizado tales aserciones; proceder en ocasiones determinado por causas como amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera.

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

[...]

Por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio oral, cuando tienen lugar fuera del juicio, son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como testimonio adjunto.

Eventos en los que es necesario cumplir con los requisitos definidos en la jurisprudencia, respectivamente.

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

Las reglas jurisprudenciales, para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto, precisan:

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

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

La disponibilidad del testigo para ser contraintervrogado desarrolla el derecho a la confrontación, siendo la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto, y uno de los principales fundamentos para su admisión, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

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

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

Solicitud de parte que cumple dos funciones importantes:

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

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

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

TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios / **TESTIMONIO** - Corroboration periférica: cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión del testigo

«En cuanto al testimonio de la Víctima en delitos de naturaleza sexual, la Corte ha señalado:

“El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a

través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboration periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y /o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.” (SP1525-2016)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: testimonio del perito, propósitos que puede tener su declaración en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, respecto de las entrevistas que recibió al menor, víctima de delito sexual / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, es prueba directa de lo que percibió al momento de hacer el examen

«Advierte esta Corporación, que la Sala de Instancia admitió la práctica del testimonio de la Psicóloga LAMS, ya que fue una de las profesionales que examinó a la menor M.A.O.B. en urgencias, en la Clínica [...], activando el código fucsia; testimonio que podrá referirse a las condiciones que observó la testigo en esa primera fase de atención, en especial desde la “óptica psicológica” y con su testimonio podrá introducir la historia clínica, que da cuenta del ingreso y evolución de la menor en urgencias, **sin que pueda hacer referencia al relato de la menor, pues el mismo tienen la calidad de prueba de referencia y no fue solicitada su práctica probatoria en tal sentido.** (Énfasis de la Sala).

[...] si bien la Jurisprudencia de esta corporación, respecto a la utilización de la histórica clínica, como prueba de referencia ha señalado:

“(i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia”.

Lo anterior es exigible, cuando la pretensión de las partes es incorporar el relato al juicio oral, es decir usarlo como medio de prueba autónomo para ser valorado, carga argumentativa que en efecto no se cumplió, ya que la pretensión probatoria conforme a la sustentación brindada, era la admisión del testimonio de la profesional de la psicología, que valoró a la menor en urgencias, en esa primera etapa de atención, a su vez citada como testigo de acreditación, de la evidencia documental que daría cuenta del ingreso de la menor a urgencias, su evolución, activación del código fucsia, valoración pediátrica, psicológica, estado físico de la niña, etcétera.

Luego la limitación, en tal sentido impuesta por la Sala de Instancia, consistente en que “se admite la prueba, pero no se podrá hacer referencia a los dichos de la menor, pues los mismos tienen la calidad de prueba de referencia y no fue solicitada su práctica probatoria en tal sentido”, carece de sustento fáctico y normativo, en cuanto esa no fue la postulación del ente fiscal.

La solicitud probatoria, pretendía que la testigo declarará sobre los hechos que directamente observó en urgencias, los que si bien derivan de manera inescindible de la versión rendida por la menor, no se puede dar a dicho testimonio el

alcance de prueba de referencia, e imponer la restricción señalada por la Sala de Instancia, ya que si bien el testimonio de la Profesional, referirá en algunos aspectos a la información brindada por la menor, para su valoración; la razón de ser del testimonio decretado, no es en manera alguna la facticidad puesta en conocimiento por la víctima, sino los aspectos que como testigo de los hechos presenció la psicóloga LAMS, desde su conocimiento, que son los que interesa dilucidar en el juicio según la argumentación de pertinencia referida.

En tal sentido no le asiste razón a la Sala de Instancia, cuando condiciona la práctica de la prueba, a “que se admite la prueba, pero no se podrá hacer referencia al dicho de la menor, porque los mismos son prueba de referencia”, ni son de recibo los argumentos de replica del Defensor, consistentes en que el recurrente pretende la admisión de la prueba de referencia en segunda instancia, porque ese no fue el sustento de la impugnación.

Argumentos por los cuales se revocará la restricción impuesta por la Sala de Instancia a la prueba admitida, enfatizando en el derecho indiscutible que le asiste al acusado de contradecir o confrontar la misma».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos, cargas demostrativas para su admisión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio

“[...] encuentra la Corte, que le asiste razón a la Sala de Instancia, al inadmitir su práctica anticipada como prueba de referencia; pues efectivamente la Fiscalía en desarrollo de su teoría del caso, decidió llamar como testigo directo a la menor M.A.O.B, con el fin de que rinda declaración en el juicio oral, y adicional a ello, desarrolló los requisitos legales exigidos por el artículo 438 de la ley 906 de 2004, tendientes a que la entrevista forense, realizada a la menor, fuera admitida como prueba de referencia, en el supuesto que la niña no esté en disponibilidad de asistir. Fundamentando además los requisitos, para que, ante la eventualidad que se retrakte o cambie su declaración en juicio, la versión anterior pueda ser incorporada como “testimonio adjunto”.

Pretensión probatoria, que si bien ambicionó abarcar las diversas eventualidades que pueden asistir a la testigo directo en el desarrollo del juicio oral, se distanció de los principios que regulan la práctica de la prueba de referencia y

su admisión excepcional; cuando como en el presente caso, la Fiscalía opta por presentar a la niña como testigo directo en el juicio oral y adicional, solicita que la entrevista forense realizada a la menor, sea admitida como prueba de referencia y /o testimonio adjunto.

[...]

Desarrollo jurisprudencial, del que se deriva, que si bien, tratándose del testimonio de menores víctimas de abuso sexual, es aceptada la incorporación de las declaraciones rendidas fuera del juicio oral, como prueba de referencia, cuando el menor es presentado al juicio oral y se acredita alguno de los supuestos de disponibilidad relativa; dicha postulación probatoria deberá diferirse hasta el desarrollo del debate oral, escenario en el que se demostrará argumentativamente por la parte interesada en la práctica de la prueba, que la testigo a pesar de ser llamada al juicio oral, no se encuentra disponible para declarar o que, estando disponible, confluyen algunos de los presupuestos que facultan la práctica del testimonio adjunto, bien porque la testigo se retracte, modifique o niegue su versión.

Previo cumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el artículo 438 ibidem, -norma adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que contempla que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante «Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código»-, y de las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de esta Corporación , para la admisibilidad de la prueba de referencia.

Por lo que es deber de la Fiscalía una vez decretado el testimonio directo de la menor, hacer todo lo posible porque su testigo comparezca al juicio, y lograda su comparecencia adoptar los correctivos que sean necesarios para evitar el riesgo de victimización secundaria.

Razones por las cuales, la Corte confirmará la decisión de inadmitir la entrevista forense como prueba de referencia autónoma, sin perjuicio de que dicha solicitud pueda ser presentada por el fiscal del caso, en el desarrollo del juicio oral o como testimonio adjunto, evento en el que previa consideración del Juez Plural de Instancia sobre su admisibilidad, deberá ser decretada y practicada conforme a las reglas fijadas por la ley y la jurisprudencia».

PRUEBA PERICIAL - Diferencia entre testigo perito y testigo técnico / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Dictamen pericial: perito, reglas de acreditación

«Respecto a la Prueba pericial, relacionada con el testimonio de ÓSC; no señaló la Defensa, la calidad específica del testigo, esto es si concurre al juicio como testigo experto en determinado conocimiento, ciencia, técnica, arte o como un perito.

Si bien la Jurisprudencia de la Corte, frente al testigo experto y al perito, ha diferenciado, en el entendido de que el perito accede a la situación de hecho investigada, no por su conocimiento personal, sino a través de documentos, exámenes físicos, valoraciones clínicas, entre otros y con base en dichas fuentes, elabora un análisis o dictamen contentivo de consideraciones, valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica.

Al testigo técnico sí le constan los hechos objeto de litigio, porque los pudo aprehender por los sentidos directa o indirectamente y puede dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de su conocimiento especializado, pero sin extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte, ajenos al objeto puntual del debate, entre otras distinciones de carácter instrumental.

Distinción relevante, tratándose de la admisión de la prueba novel, que señala, que “para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios...”

Los cuales adquieren mayor relevancia, cuando la opinión pericial se soporta en áreas del conocimiento poco difundidas, frente a las que no existen consensos consolidados, o los procedimientos que sirven de soporte a la conclusión no están suficientemente estandarizados.

La defensa afirmó, que la teoría “del reconocimiento facial de la emoción” o “de la existencia de micro expresiones faciales y otras comunicaciones del lenguaje corporal inconsciente”, ha sido verificada por la ciencia, y sometida a la crítica científica, revestida de universalidad y evaluada por estudiosos en la materia.

Pero no refirió ningún autor, científico, investigador o académico puntual que acredite o de respaldo a la teoría subyacente mencionada. Nunca nominó quienes son los estudiosos que apoyan o cuestionan la teoría, tampoco aportó los estudios, investigaciones, publicaciones, técnicas de orientación, de probabilidad o

certeza, que, según su argumentación, se han desarrollado en el mundo, para respaldar la científicidad de la teoría.

Postulados, respecto de los cuales, no es posible afirmar que se cumplió con los presupuestos de su admisibilidad, esto es la acreditación de alguno de los requisitos legales exigidos, en el - artículo 422-; pues la Sala no logró establecer si la técnica subyacente referida por el impugnante, ha sido publicada y sometida a la crítica de la comunidad académica, o verificada por la comunidad científica, tampoco su nivel de confiabilidad o aceptabilidad, criterios que no fueron demostrados por el recurrente.

[...]

Aunado a que esta técnica probatoria, incrementa el riesgo probable de victimización secundaria de la menor, al exponerla, al análisis y cuestionamiento por un perito o un experto -la defensa no lo aclaró-, de sus gestos, movimientos, reacciones, expresiones faciales, tono de voz. Aspectos conductuales de la declarante, que no son objeto de valoración en el juicio, y que conducen a la apreciación de la credibilidad de la testigo y no de su testimonio.

Sin que necesariamente sea una evidencia que conduzca a la exactitud o inexactitud de su testimonio, potenciando así juicios erróneos de credibilidad, generando mayor confusión».

DERECHO PENAL DE AUTOR - Está proscrito / **DERECHO PENAL DE ACTO** - Solo se puede condenar por lo que se hizo, y no por lo que se es / **PRUEBA** - Impertinente

«[...] la petición de la defensa, tendiente a probar si el acusado evidencia rasgos “compatibles o incompatibles con pedofilia o atracción sexual por menores”, no surge conducente, no solo por carecer de relación directa con el tema de prueba, sino porque tiene como objeto fijar un rasgo del carácter del acusado, que no es tema del juicio penal.

Ya que, como bien lo enuncio la Sala de Instancia, nuestro sistema penal se gobierna por principios como el derecho penal de acto y no de

autor, tal como se deriva del artículo 29 Constitucional, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...”, en el que sólo se valida castigar al hombre por sus actos, por lo que hace, no por lo que es, desea, piensa o siente.

De aceptar la solicitud probatoria propuesta por la defensa, más allá de pretender incorporar en el sistema jurídico, teorías foráneas relativas a la evidencia de carácter, como la de “abrir las puertas”, ello significaría admitir que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, son admisibles y susceptibles de juzgamiento -y por la tanto objeto de prueba-todas aquellas particularidades del sujeto, del ser, de sus condiciones sicológicas o de su personalidad, desplazando el objeto de la prueba, no a los hechos objetivizados en el proceso sino a la potencialidad de los mismos.

En tanto que, en el derecho penal de acto, el sujeto responde por sus actos, conscientes y libres —o por infracciones a sus deberes jurídicos— es decir por la realización de conductas por él conocidas y queridas, previstas expresamente y prohibidas por la ley, por ser contrarias a derecho, acreedoras de sanción penal.

Motivo por el cual esta postulación probatoria, si bien puede abordar estudios o análisis relacionados con los rasgos del carácter del acusado, no contribuye a hacer menos o más probable la responsabilidad del acusado, pues no se está juzgando su comportamiento, si es buena persona o no, ni sus gustos, preferencias, pasado o vida sexual; ese no es el objeto del juzgamiento, más aún cuando la Fiscalía no planteo como tema de prueba de su teoría del caso, ni hecho indicador del mismo la existencia de distorsiones cognitivas propias de los abusadores sexuales de menores, como un rasgo a probar en el acusado.

Por lo que la postulación probatoria tendiente a probar el comportamiento del acusado no surge conducente, no sólo por carecer de relación directa con el tema de prueba, al pretender establecer un rasgo del carácter del acusado, que no es objeto del juicio penal, sino por desbordar el tema de prueba».

20. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Configuración: el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución / **TRÁFICO, FABRICACIÓN**

O PORTE DE ESTUPEFACIENTES -

Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo tácito, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones / **CULPABILIDAD** - Presunción: es improcedente criminalizar y excluir a la población de calle o a los indigentes por su condición de vulnerabilidad

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación presentado por el Procurador 70 Judicial II Penal de Cali contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de esa ciudad confirmó la condena que el Juzgado 16 Penal del Circuito le impuso a S.M.N.L. por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia impugnada y en su lugar absolvió a la acusada del cargo referido, al encontrar que no se demostró en juicio el aspecto subjetivo del delito, esto es, que la droga hallada en poder de S.M.N.L., tuviera como destino la comercialización, distribución o tráfico ilícitos.

Al respecto, recordó que, no es posible acreditar la intención de comercialización o venta tan solo de la porción de sustancia hallada en poder del agente; adicionalmente, consideró improcedente la presunción de culpabilidad efectuada por el Tribunal, en cuanto dedujo el elemento subjetivo del tipo de la precariedad económica de la acusada.

SP3191-2022(52032) de 07/09/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

Aclaración de voto:
José Francisco Acuña Vizcaya
Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

En la tarde del 2 de noviembre de 2014, en vía pública de Cali, S.M.N.L. fue sorprendida por agentes de la Policía Nacional llevando consigo 9.1 gramos de bazuco distribuidos en 45 papeletas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, evolución jurisprudencial / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** -

Configuración: el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución / **TRÁFICO, FABRICACIÓN**

O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos:

verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo tácito, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones / **IN DUBIO PRO REO** - Se debe aplicar si no hay certeza de la culpabilidad del procesado / **CULPABILIDAD** - Presunción: es improcedente criminalizar y excluir a la población de calle o a los indigentes por su condición de vulnerabilidad / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** -

Elementos: verbo rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica

«El tema propuesto por el recurrente en este asunto tiene que ver con las particularidades del punible descrito en el artículo 376 de Código Penal, en concreto, el ingrediente subjetivo inserto en esa norma, relativo a la finalidad de distribución o comercialización que debe asistir al agente que porta o lleva consigo sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, y que constituye elemento indispensable para actualizar el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad por la cual se convocó a juicio a la acusada SMNL.

2. Sobre esta temática la jurisprudencia de la Sala ha pasado por diversas etapas en la comprensión del tipo penal en cuestión [...]

En síntesis, conforme tiene establecido la Sala desde la sentencia del 9 de marzo de 2016 Rad. 41760, i) la tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución, de modo que, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad; ii) la cantidad de la sustancia no es el factor determinante del juicio de tipicidad en la conducta «llevar consigo», aunque ese dato sí podrá valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente; y iii) la carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a

la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.

3. La acusación elevada por la Fiscalía en contra de SMNL, se concreta en que transitando por la calle 30 con carrera 6^a, barrio Porvenir de Cali, al notar la presencia de la policía «se torna nerviosa y arroja al suelo una bolsa plástica de color negro que contenía 45 papeletas color blanco con rojo las cuales a su vez contienen una sustancia pulverulenta color habano que por sus características físicas se asemeja al bazuco» de la cual se estableció pericialmente que, en efecto, era un derivado de la cocaína; conducta a la cual asignó la denominación jurídica de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector llevar consigo, artículo 376-2 del Código Penal.

[...] evidentemente, el fallo recurrido omitió la demostración del ingrediente subjetivo requerido para la estructuración de delito de tráfico de estupefacientes en las modalidades portar o llevar consigo, el cual consiste en que el agente tenga la sustancia respectiva para fines de tráfico a través de la comercialización o distribución a otras personas, lo cual torna su conducta potencialmente lesiva al bien jurídico de la salud pública.

5. El deber de estructurar ese componente careció de interés a lo largo del trámite, lo cual se evidencia en la imputación formulada a la indicada y en la acusación que se le hizo como autora de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En efecto, la convocatoria a juicio que le hizo la Fiscalía a SMNL anunciaba ya ese vacío, pues omitió toda referencia fáctica destinada a ilustrar que la imputada, aprehendida en posesión de la sustancia ilícita en cantidad superior a la dosis mínima, realizaba o parecía, al menos, que realizaba con las papeletas de droga actividades propias de la comercialización o distribución, onerosa o gratuita del producto.

[...]

De esa manera, la Fiscalía puso límites a la actividad que le correspondía en juicio de demostrar los hechos jurídicamente relevantes del ilícito imputado, pues, en los precisos términos de la acusación antes indicados, no podía, sin desconocer el principio de congruencia, esforzarse en demostrar los hechos no atribuidos a la acusada de comercialización o distribución a terceros del estupefaciente que se le incautó y por el cual fue judicializada.

En este punto, cabe reiterar lo ya decantado por la Sala, en cuanto a que la carga demostrativa de una finalidad distinta a la del consumo personal

-distribución, comercialización o tráfico-, radica exclusivamente en cabeza de la fiscalía «pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable»

[...]

En el presente asunto la Fiscalía tampoco satisfizo la obligación probatoria que le correspondía, toda vez que no adelantó en juicio actividad alguna encaminada a acreditar que la acusada tenía el propósito de comercializar o distribuir el estupefaciente. Cifró su labor en demostrar, a través de la declaración de uno de los agentes de policía, que a SMNL se le aprehendió en posesión de la cocaína, sin poder comprobar que llevaba la sustancia para distribuirla o comercializarla con terceras personas, omisión que, según quedó expuesto, deriva en que no estructuró demostradamente el ingrediente subjetivo especial inmerso en la norma penal que tipifica el comportamiento por el cual la convocó a juicio.

A pesar de ello, el Tribunal concluyó que la intención de la acusada llanamente era la de traficar el producto, teniendo en cuenta: i) la cantidad que llevaba, pues «no es común encontrarla para el consumo de una persona indigente por carecer del músculo económico para adquirirla», ii) que no se acreditó su condición de consumidora «y no puede volverse regla que la ausencia de prueba sobre el preordenamiento para tráfico, insoslayablemente convierta al agente en consumidor y de contera la conducta atípica».

Conclusión desacertada del sentenciador de segundo grado, por cuanto la jurisprudencia de la Corte no ha generado una regla de semejante estirpe y tampoco hay lugar a deducirla.

Por disposición constitucional, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde la investigación de los hechos que revistan características de un delito y recae, además, en esa institución, la carga de la prueba, por lo que en cada caso debe demostrar la existencia de la conducta ilícita y la responsabilidad del procesado. El ordenamiento establece, en forma adicional (art. 381 C.P.P.) que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio, de modo que si sobre alguno de esos extremos o ambos, no se llega al nivel de conocimiento aludido, la opción jurídica que se impone es la absolución, independientemente del injusto de que se trate incluso el analizado en

este caso, pues, se insiste, al Estado le corresponde demostrar toda la estructura de la conducta punible, la intervención del acusado en esa delincuencia y responsabilidad que se deriva de su conducta.

De esa manera, si no acredita el tipo objetivo, el tipo subjetivo de la infracción o el ingrediente subjetivo tácito que permite diferenciar la conducta de quien lleva consigo sustancias psicoactivas para traficar, distribuir o comercializar, de la de quien simplemente la requiere para su propio consumo sin afectar la salud de otros, se impone la absolución del acusado por la razón que logre establecerse: eventualmente el acusado no ejecutó la conducta, existe duda sobre su ocurrencia, medió una eximente de responsabilidad, etc.

Pero si lo que se tiene debidamente demostrado es que el implicado o acusado es adicto, consumidor ocasional o circunstancial, y la sustancia que lleva consigo es para su propio consumo, lo que procede es declarar la atipicidad de la conducta, pues, según enfatiza la jurisprudencia de la Corte: "El consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador".

Se tiene claro en este caso que la Fiscalía no le atribuyó a la acusada la ejecución de actividades propias de comercialización o distribución de estupefacientes, menos acreditó que las hubiese realizado. El único testigo de cargo en el juicio declaró que la señora NL no tuvo interacción con otra u otras personas, deambulaba solitaria y en el lugar de los hechos nadie más se encontraba, de modo que, en ese momento al menos, la distribución, intercambio o comercialización de la sustancia resultaba imposible por ausencia de otra persona destinataria de la mercancía, con potencialidad de verse afectada por el eventual comportamiento ilícito de la procesada.

Suponer que traficaría la sustancia, en consideración de la cantidad de droga que llevaba y su precariedad económica, resulta equívoco. En primer lugar, porque la Corte tiene decantado que no es posible acreditar la intención de comercialización o venta tan solo de la porción de sustancia hallada en poder del agente. En segundo lugar, el argumento de que se trata de

una habitante de calle, sin posibilidades económicas de acceder a los mercados, entraña una perspectiva deshumanizante y discriminatoria contraria a los valores y principios constitucionales que orientan la organización estatal y rigen la función de los servidores públicos en un estado social y democrático de derecho, como se define Colombia en el artículo 1º de la Constitución Política, conjunto axiomático que torna del todo improcedente criminalizar y excluir a la población de calle o a los indigentes por su condición de vulnerabilidad, a partir de presunciones de culpabilidad como la elucubrada por el Tribunal que dedujo el elemento subjetivo del tipo de la precariedad económica de la acusada quien - asegura el fallo recurrido - por ser habitante de calle, no tiene el "músculo económico" suficiente para adquirir 9 gramos de bazuco, reflexión desacertada que, por supuesto, tampoco cuenta con elementos objetivos que le den soporte.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la actuación carece de datos relacionados con el costo de la sustancia hallada en poder de la acusada y el sentenciador no citó fuentes de las que pudiera obtener esa información. Simplemente, como un acto de poder (decisionismo judicial) afirmó que la procesada no tenía cómo adquirir esa cantidad. De hecho, la inferencia del ad quem desconoce que, como se encuentra empíricamente decantado, "los consumidores de bazuco... son principalmente hombres... de estrato socioeconómico 1 y 2", esto es, personas sin mayores recursos financieros, e incluso - y justamente - que en "los habitantes de la calle... el perfil de mayor consumo es el bazuco debido a su bajo coste y fácil acceso".

En síntesis, los sentenciadores debieron resolver el caso teniendo en consideración que la parte acusadora sólo demostró el aspecto objetivo del delito, esto es, que la procesada llevaba consigo sustancia estupefaciente en cantidad de 9.1 gramos, pero no acreditó el de orden subjetivo, y en esas condiciones, resultaba improcedente emitir sentencia condenatoria».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

