



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2023

Julio a Septiembre de 2023

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

ÍNDICE TEMÁTICO

1. **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido _____ **3**
2. **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Modalidades: quien induzca a la Realización de prácticas sexuales, sexting _____ **9**
3. **CONCUSIÓN** - Elementos: relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos _____ **13**
4. **DEBIDO PROCESO** - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazos legales _____ **17**
5. **DELITO** - Elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto: concepto _____ **21**
6. **DERECHO A LA LIBERTAD** - Parámetros y límites para su afectación, conforme a la constitución política _____ **25**
7. **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales _____ **32**
8. **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS** - Características del arma y uso _____ **35**
9. **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos _____ **36**
10. **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la ley 906 se adecúa a la ley 600, las actuaciones cumplidas gozan de presunción de legalidad _____ **43**
11. **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: sujeto pasivo, no incluye al cónyuge divorciado _____ **46**

12. LEGÍTIMA DEFENSA - Diferencia con la riña _____	52
13. LEY PENAL - Aplicación extraterritorial: al nacional que se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley lo sancione con pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a 2 años y no hubiere sido juzgado en el exterior _____	54
14. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación: es indispensable respetar la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, cuando se comparan normas de la ley 600 de 2000 y la ley 906 de 2004 _____	58
15. SENTENCIA ANTICIPADA - Efectos _____	61
16. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Recursos: su recaudo y administración se hace por medio de las empresas prestadoras de salud (eps) _____	67
17. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: entidades autorizadas para la administración de subsidios de salud, requisitos _____	80
18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Archivo de las diligencias: procedencia, presupuestos _____	87
19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, analiza la disponibilidad del testigo, excepción, menor de edad víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales _____	94
20. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: no puede asimilarse a la práctica de pruebas decretadas _____	99
21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de control de garantías ambulante: competencia frente a miembros de grupos delictivos organizados (gdo) y grupos armados organizados (gao), evolución normativa, municipios del valle del Cauca _____	105
22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, excepcionalmente por fuera de los escenarios procesales dispuestos, requisitos _____	108
23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: ámbito de su testimonio _____	114



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2023

Julio a Septiembre de 2023

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

Inicio

1. ACCESO CARNAL VIOLENTO -

Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: compañeros permanentes / **DELITOS SEXUALES** - Juez: debe verificar el comportamiento del victimario y no las posibles omisiones de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio / **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 / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: núcleo familiar, manifestaciones de convivencia y cohabitación bajo el mismo techo, pueden mantenerse en entornos de violencia sistemática y dominación contra la mujer

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de LEMD, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la providencia mixta (absolutoria frente a los punibles de acceso carnal violento agravado y violencia intrafamiliar agravada y condenatoria respecto del injusto de lesiones personales dolosas) emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo distrito judicial y, en su lugar, lo declaró penalmente responsable, a título de autor, del concurso delictual de acceso carnal violento agravado y violencia intrafamiliar agravada.

La Sala no casó la sentencia impugnada y, confirmó el fallo proferido en segunda instancia que, por primera vez, condenó a LEMD.

Respecto de la conducta punible de acceso carnal violento, la Corte encontró configurado el delito y la responsabilidad del enjuiciado, al estar acreditado que no fue un suceso permitido por la víctima, pues el agresor desplegó sobre ella actos físicos de fuerza, idóneos para someterla a sus designios o doblegar su voluntad.

Ahora bien, recordó la Sala que, exigir para la acreditación de la violencia, la exteriorización de resistencia o de voces de auxilio por parte de la víctima, se erige en un prejuicio, que desconoce el enfoque de género con el que la normatividad nacional y convencional demandan resolver estos casos, ya que, ninguna conducta en particular puede demandarse de quien ha sido sometido a ataques sexuales sin su consentimiento.

De otra parte, la Corte concluyó que, a pesar de la relación conflictiva que se dice se presentaba entre LEMD y ASGP, y de las constantes agresiones por parte de LEMD, es un hecho cierto que, por varios meses, ambos conformaron un núcleo familiar en condición de compañeros permanentes; razón por la que, el maltrato físico que este desplegó en contra de ASGP el día de los hechos, se inscribe en los presupuestos previstos por el legislador para entender consumado el injusto de violencia intrafamiliar.

SP245-2023(56027) de 28/06/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En horas de la mañana del 30 de septiembre de 2014, en la ciudad de Bogotá, en la habitación que como compañeros

permanentes compartían LEMD y ASGP, luego de una fuerte discusión de pareja, LEMD mediante violencia moral y física doblegó la voluntad de ASGP y por la vía vaginal la accedió carnalmente sin su consentimiento.

2. En horas de la noche de esa misma fecha, LEMD, al disponerse a retirar sus pertenencias en compañía de su excompañera JPVL, con la finalidad de irse de la mencionada residencia familiar, agredió físicamente a ASGP, altercado que suscitó la intervención de la Policía Nacional debido al llamado de una de las vecinas de la pareja que presenció el acto de violencia doméstica.
3. ASGP fue valorada por profesional especializado forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien halló en su humanidad diversas lesiones, que determinaron una incapacidad médico-legal definitiva de ocho días sin secuelas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: compañeros permanentes / **DELITOS SEXUALES** - Juez: debe verificar el comportamiento del victimario y no las posibles omisiones de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Pueden darse también entre cónyuges o compañeros permanentes o entre aquellas personas que ya tuvieron relaciones sexuales de manera consentida / **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 / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, frente a delitos de violencia intrafamiliar o sexual / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Derechos de la mujer: se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de género para adoptar la decisión judicial

«La segunda «máxima de la experiencia» enunciada por el actor es: «una mujer adulta plenamente capaz, cuando está siendo agredida sexualmente pide auxilio para evitar el ataque, máxime si sabe que en el mismo inmueble habitan otras personas que la pueden ayudar. Y,

en todo caso, de no poder evitar la agresión, denunciará el hecho a la primera oportunidad, de no hacerlo consiente la relación sexual»

Al margen de las precisiones ya realizadas sobre el error frecuente de ensayar la elaboración de máximas de experiencia a través de postulados que no explican el paso lógico del dato a la conclusión, lo que en esencia conduce a la desestimación del cargo es que el demandante incorpora en su interesada valoración una falsa regla de experiencia, construida a partir de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual.

La Corte insiste en 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» (Cfr. CSJ SP2136-2020, 1° jul. 2020, rad. 52987 y CSJ SP3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587).

En la providencia CSJ SP1793-2021, 12 may. 2021, rad. 51936, la Sala recordó que el tipo penal de acceso carnal violento no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna. Por ende, la figura del consentimiento como excluyente del tipo debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo y no la de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en una desigualdad material.

El análisis de la conducta de la víctima es irrelevante en aquellos delitos contra la libertad sexual que se ejecutan mediante violencia verbigracia el artículo 205 del Código Penal. En otras palabras, «no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico». Por contera, el elemento normativo del tipo, esto es, el ingrediente de la violencia, «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 ésta)» (Cfr. CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508).

El anterior criterio se acompasa con lo previsto en 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, cuyo artículo 18 establece:

Recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba. Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, presunción de inocencia, autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que se investiguen delitos que involucren violencia sexual, el personal de Policía Judicial, de Medicina Legal, Ministerio Público, de Fiscalía, y de Judicatura podrán observar las siguientes recomendaciones en el recaudo, práctica y valoración de las pruebas:

1. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre.
2. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual. (...)

Las anteriores recomendaciones, establecidas bajo los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, son de aplicación general, vale decir, para todos aquellos casos que impliquen el ejercicio de violencia en los delitos sexuales, incluido el punible de acceso carnal violento.

[...]

De regreso al cargo propuesto, la censura reclama a la víctima ASGP un comportamiento que el tipo penal no precisa para la acreditación del elemento violencia, y adicionalmente a ello, desconoce que también frente a los compañeros permanentes es exigible la protección del bien jurídico de la libertad sexual de la pareja.

En el planteamiento del cargo lo que se advierte, entonces, es un prejuicio patriarcal, de acuerdo con el cual, si una mujer no se resiste expresamente y con vehemencia a una iniciativa sexual del hombre, es porque la consiente y, por lo tanto, debe soportar las consecuencias de ese rol asignado cultural y socialmente»

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN - Concepto / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - No se vulnera / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA** - Libre sexualidad de la pareja: diferencias con el bien jurídico de la libertad sexual

«[...] el demandante parte de la falsa premisa de considerar que ASGP sentía placer al sostener relaciones sexuales mediante el empleo de la violencia física en su contra, cuestión que no fue probada, como tampoco que eso hubiese sido lo que ocurrió el día de los hechos. Si la proposición que edifica el cargo en casación es equívoca, la conclusión inferencial corre la misma suerte,

razón por la que de entrada resulta inepto para inquietar la corrección del fallo.

Además, la Sala no observa vulneración del principio de contradicción, sino una descontextualizada lectura de lo precisado por la judicatura. [...]

El actor confunde así el derecho a la libre sexualidad de la pareja, con el bien jurídico de la libertad sexual, que protege la autodeterminación de la persona para consentir un encuentro carnal, elemento de la voluntad que el Tribunal echa de menos en el acceso carnal objeto de la acusación, de allí que encontrara configurada la conducta tipificada en el artículo 205 del Código Penal»

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, apreciación probatoria / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - La reacción o mecanismo de defensa que asume la víctima es diverso

«[...] la Sala coincide con la decisión del Tribunal, por ende, se aparta de los planteamientos del a quo y de la Delegada del Ministerio Público ante esta sede, toda vez que el encuentro sexual entre LE y AS no fue un acto permitido por la mujer y se tornó violento en la medida en que no prestó su concurso voluntario para su consumación.

[...]

El supuesto desenfreno y agresividad explicado por el acusado en la vista pública frente a la actividad sexual de la mañana del 30 de septiembre de 2014, se habría traducido en chupones y arañazos que la mujer le hizo, pero nunca aquel mencionó que durante el acceso carnal la golpeará de algún modo, al punto de causarle las lesiones descritas por los profesionales forenses del INML. Por lo mismo, no se entiende la alusión de la defensa técnica, en el sentido que las lesiones se causaron durante el encuentro sexual, aspecto que el procesado jamás indicó.

Al sopesar las versiones de LEMD y de ASGP sobre los hechos, consistentes, según el primero, en que luego de discutir y de lesionar a AS, ella lo besó en el cuello y de ahí pasaron a sostener una relación sexual consentida, y según la segunda, que las lesiones fueron producto del

forcejeo y la resistencia al no permitir el encuentro sexual al que su pareja pretendía someterla, la Sala halla mayor verosimilitud en lo expuesto por la testigo.

Esto, en cuanto resulta difícil aceptar que una mujer que ha sido agredida moral y físicamente esté dispuesta a mantener inmediatamente después relaciones sexuales con su agresor, para satisfacerlo y satisfacerse personalmente, sin atender a los sentimientos de rabia, rechazo, dolor e impotencia que afloran en estos casos, lo cual, en lugar de favorecer la relación, la tornarían irrealizable. Mucho menos aceptación suscita esta versión, si se parte de reconocer, como lo sostiene el procesado, que fue la directa afectada quien tomó la iniciativa.

[...]

En ese contexto, para la Sala surge evidente la ausencia de consentimiento de ASGP en el acceso carnal, pues el agresor desplegó sobre ella actos físicos de fuerza, idóneos para sojuzgarla y someterla a sus designios o doblegar su voluntad. Y aunque, de acuerdo a lo relatado por cada uno ellos, la agresión pudo iniciar en un contexto distinto al sexual, no tardó mucho en cambiar de escenario, cuando MD vio desprotegida a la mujer en el suelo, para seguidamente realizar la agresión sexual.

La inesperada conducta ejecutada por el procesado, en el marco de uno de los habituales actos de agresión relatados por la víctima y por su vecina DPR, creó tal grado de perturbación en AS, que le impidió exteriorizar con alguna vehemencia su contrariedad con lo sucedido, en sus palabras, quedó en estado de shock, sin saber qué hacer.

Esta manera de reaccionar, como bien lo destacó la Delegada de la Fiscalía en sus alegaciones, no puede ser tomado como regla indicativa de aceptación o disfrute del encuentro sexual, pues como ya se indicó, la acreditación del elemento violencia no exige para su estructuración la exteriorización de resistencia o de voces de auxilio por parte de la víctima. Invocarlo, se erige en un prejuicio, que desconoce el enfoque de género con el que la normatividad nacional y convencional demandan resolver estos casos.

ASGP explicó en detalle: (i) el estado de perplejidad que le causó el ataque sexual de su compañero LE, (ii) la circunstancia de haber controlado durante todo el día sus llamadas y movimientos y, (iii) las amenazas de muerte que en un pasado reciente (4 de septiembre de 2014) había proferido en su contra y de su menor hija, al extremo de poner un arma blanca en su cuello.

El contexto de violencia física y moral vivenciado en el transcurso de su relación con LEMD, el temor infundido por el atacante producto de amenazas previas inferidas y la dependencia económica para con el procesado, permiten entender el comportamiento asumido en este caso por la víctima.

El reproche de la defensa técnica porque AS no denunció la agresión durante el lapso que MD salió de la casa y regresó, no significa, por tanto, que la acción violenta ejecutada en las horas de la mañana hubiese sido consentida, o que AS admitiera el ataque sexual, mucho menos, hacer gravitar en ella la responsabilidad de lo sucedido.

Además, la defensa pasa por alto que la víctima, justamente en ese período aprovechó para relatar lo sucedido a su vecina DPR, no solo en relación con la agresión física de que había sido víctima en las horas de la mañana, sino de la agresión sexual, comentario que se presentó, se insiste, mucho antes de que MD regresara a la casa con su ex pareja y procediera a agredirla de nuevo. Luego no es cierto que haya guardado silencio.

De cualquier forma, lo que debe quedar claro es que ninguna conducta en particular puede demandarse de quien ha sido sometido a ataques sexuales sin su consentimiento, para poder dar por estructurado el elemento violencia. Ni denuncias, ni voces de auxilio, ni resistencia física, ni el despliegue de cualquier otro acto encaminado a salvaguardar el bien jurídico que está siendo quebrantado (Cfr. CSJ SP1793-2021, 12 may. 2021, rad. 51936).

Este elemento debe probarse a partir de las acciones del sujeto agente, de los datos objetivos vinculados con su accionar, sin exigir para su consolidación probatoria que la víctima haya actuado en el acto de agresión o después de él de una determinada manera, por erigirse en exigencias que revictimiza la mujer y le atribuyen obligaciones de protección no previstas en la ley penal.

En el presente caso, el relato de ASGP resulta coherente, claro y persistente en la incriminación. Representa fielmente una experiencia traumática vivenciada, pues además de no evidenciarse interés en mentir para causar daño, halló corroboración en otros medios probatorios recaudados, [...]

En las condiciones anotadas, la Sala encuentra debidamente acreditada la estructuración de la conducta punible de acceso carnal violento y la responsabilidad en ella del enjuiciado LEMD, en el estándar probatorio requerido para proferir fallo de condena»

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: núcleo familiar, manifestaciones de convivencia y cohabitación bajo el mismo techo, pueden mantenerse en entornos de violencia sistemática y dominación contra la mujer / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Se configura: evento en que el sujeto activo seguía integrado de manera arbitraria y disfuncional a la unidad doméstica / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: núcleo familiar, demostración

«En relación con la conducta punible de violencia intrafamiliar, la decisión no ha de ser distinta. Ya se dijo que la controversia por parte del recurrente estriba en la necesidad que exista comunidad de vida entre los compañeros permanentes, requerimiento que, en su criterio, no logró demostrarse entre LEMD y ASGP, razón por la cual, las agresiones que en horas de la noche causó LE a AS, actualizan el tipo penal de lesiones personales, como lo sentenció el juez de primer grado.

[...] si bien intentó mostrarse ajeno a la relación sentimental con ASGP, sus precisiones y explicaciones contradicen dicha afirmación. En primer lugar, no puede considerarse «clandestina» una relación que se maneja de manera abierta y de la cual tiene conocimiento buena parte del grupo familiar.

Es lo que sucedía con la relación conformada entre LEMD y ASGP. De ella tenían conocimiento: (i) la progenitora del procesado, quien, incluso, según sus propias palabras, lo aconsejó sobre la forma como debía proceder en su nueva relación, (ii) su hermano, que la conocía por fotografías que le había enseñado, (iii) la misma JPVL, excompañera sentimental del acusado, quien asegura que cuando LE visitaba a sus hijas, AS lo llamaba para reclamarle por tal hecho y le impedía entrar a la casa de las niñas, y (iv) algunos amigos del procesado, quienes en una ocasión le habrían preguntado el porqué de su separación de «la mona», en referencia a JP.

[...]

El tema de la ayuda económica también resultó trascendente a la hora de reconocer esa convivencia. Si bien el acusado intentó evadir ese tópico al decir que nunca abandonó a su «esposa» e hijas, pues siempre les daba lo que económicamente correspondía, ello acredita el cumplimiento de su obligación alimentaria con su anterior hogar, pero no desdice la existencia de la comunidad de vida con ASGP.

Además, el procesado no solo brindaba asistencia económica a AS, sino que así también lo hacía con las hijas de ésta, una de las cuales incluso vivía en otra ciudad, actitud que ciertamente implica la consolidación de un nuevo núcleo

familiar conformado por AS y su descendencia. Esa manutención se tornó indispensable para AS, quien en juicio describió su impotencia al pretender alejarse de LE cuando empezó a recibir maltrato de su parte, pero su precariedad económica se lo impidió, máxime cuando la ayuda que buscó en la familia extensa de su hija menor no tuvo los frutos que esperaba.

[...]

Ese ánimo de permanencia como pareja no se desdibuja por la sola circunstancia de sus esporádicas separaciones, producto del maltrato que el procesado empezó a causarle a AS, las que también reconoció la víctima en su declaración. Por el contrario, era la seriedad del vínculo marital el que permitía la reconciliación, siendo los hechos aquí juzgados el detonante de la definitiva ruptura. Por ello, el Tribunal concluyó con acierto que la fluctuación en la convivencia para significar la existencia de los conflictos que en ocasiones se presentaban no impedía asegurar que entre ellos se conformó un núcleo familiar y una vida en pareja bajo los mismos techo y lecho.

A propósito de ese contexto, ya la Sala ha explicado (Cfr. CSJ SP468-2020, 19 feb. 2020, rad. 53037) que, aunque la coexistencia no resulte pacífica, ni represente un proyecto colectivo que suponga el respeto por la autonomía ética de sus integrantes, pervive un núcleo familiar digno de protección conforme a la norma de prohibición inserta en el tipo penal del artículo 229 del Código Penal, vigente para el momento de los hechos.

Además, no es posible pasar por alto, de cara al proceso de adecuación típica de la conducta y la lesividad del bien jurídico, las circunstancias de vulnerabilidad a las que se vio sometida ASGP, dada su dependencia económica y el no querer perjudicar al procesado por anteriores agresiones, lo que no desvirtúa la existencia de comunidad de vida como pareja.

El testimonio de JPVL poco ayudó a la teoría del caso de la defensa, toda vez que a pesar de anunciarse reiteradamente como la «esposa» de LEMD, su declaración solo evidenció el desmesurado propósito de sacar del lío judicial al padre de sus tres menores hijas, [...]

[...] a pesar de la relación conflictiva que se dice se presentaba entre LEMD y ASGP, debido a la actitud de esta última, quien no concebía que LE visitara la casa de su expareja y de sus hijas, y a las constantes agresiones por parte de MD, es un hecho cierto que por varios meses ambos conformaron un núcleo familiar, del que además hacía parte la hija menor de AS, a quienes LE le proporcionaba la ayuda económica necesaria

para el pago de arrendamiento y alimentación, aunado al dinero que en ocasiones enviaba a la hija mayor de AS, residente en otra ciudad.

No se trató de una simultaneidad de uniones maritales como entendió el juez a quo. Simplemente LEMD creó un vínculo entre compañeros permanentes con ASGP, sin que ello le impidiera seguir cumpliendo su obligación alimentaria con sus hijas, fruto de la unión anterior»

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA - Cuando recae sobre mujer por razón del género / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA** - Cuando la conducta recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación

Interesa precisar que, aparte de delimitar correctamente la hipótesis factual a través de una adecuada determinación de los hechos jurídicamente relevantes, en el asunto de la

especie la fiscalía ofreció elementos materiales de prueba para soportar la pretensión de condena frente a la circunstancia de agravación, destacándose la testimonial de ASGP y de DPR, incluso la del mismo procesado, quien reconoció haber agredido a su pareja el día de los hechos objeto de juzgamiento en un escenario de celotipia, aunado a los informes periciales de clínica forense, uno de los cuales (el suscrito por el galeno CELR), recomendó valoración por psiquiatría forense para la víctima.

La prueba practicada en el juicio oral indica de manera objetiva, la sujeción a un patrón de conducta de maltrato realizado de manera sistemática, con lo que se demuestra la existencia de un contexto de discriminación, dominación o subyugación de su compañera por parte de LEMZ, lo que permite extender el juicio de tipicidad a la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal».



2. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Modalidades: quien induzca a la realización de prácticas sexuales, sexting / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - La inmadurez del menor como presunción de derecho / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Realizados a través de medios virtuales: actualmente son sancionados a través de este tipo penal / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el delito de pornografía con personas menores de 18 años / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Se configura: no requiere que la víctima sufra un perjuicio / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Demostración: el examen de la conducta de la víctima es impertinente / **DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años no se puede presumir ni inferir el consentimiento / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **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

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación que interpuso el Procurador 136 Judicial II Penal contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que absolvió a S.E.P.R. por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, luego de revocar la decisión condenatoria inicial.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia de segunda instancia para así restablecer la inicial que lo condenó como autor de actos sexuales con menor de catorce años, al encontrar demostrado que el procesado realizó con dolo y ánimo libidinoso la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, en la modalidad de inducción; de manera que, sin justa causa, vulneró la integridad y formación sexuales de la menor víctima.

Al respecto, consideró que, la providencia impugnada incurrió en violación directa de la ley sustancial por la errada interpretación del artículo 209 del Código Penal, por cuanto, éste no exige la concreción de los actos libidinosos que

busca provocar el agente en el menor de 14 años; además, la afectación del bien jurídico de formación e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes con edad inferior a los 14 años que son expuestos a actos sexuales, se presume de derecho.

Aunado a ello, dilucidó que, el razonamiento del Tribunal acarrea 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.

De igual manera, la Corte reiteró que, si en el marco de una actividad de sexting o cualquier otra que tenga lugar en redes globales de comunicación, un menor de 14 años recibe solicitudes o es inducido a una práctica sexual, el autor de esta conducta incurre, sin duda alguna, en el delito previsto en el artículo 209 del C.P., y no en el de pornografía con personas menores de 18 años, definido en el artículo 218 sustantivo.

Por último, la Sala de Casación Penal excluyó la circunstancia específica de agravación (art. 211.2 C.P.) y, por tanto, dosificó la pena de prisión impuesta, comoquiera que su atribución en la audiencia de acusación violó el debido proceso y el derecho de defensa, irregularidad prolongada en la sentencia condenatoria de primera instancia.

SP219-2023(55559) de 07/06/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 3 de junio de 2014, S.E.P.R., de 23 años, mantuvo una conversación por la red social WhatsApp con su prima L.A.P.M., de 12 años, en la que, de manera insistente, le solicitó fotografías de sus partes íntimas -descubiertas o en ropa interior-, y con tal propósito, inclusive, le ofreció y envió primero una de su pene. En la parte final del diálogo, expresó a la menor de edad que esperara para despedirse hasta que él terminara de masturbarse.

2. Al parecer, la misma propuesta ya la había hecho a su pariente menor en una o varias ocasiones, dentro del año anterior, por medio de la red social Facebook.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Modalidades: quien induzca a la realización de prácticas sexuales, elementos típicos / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: verbo rector, inducir / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Delito de mera conducta / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Modalidades: quien induzca a la realización de prácticas sexuales, sexting / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - La inmadurez del menor como presunción de derecho / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Realizados a través de medios virtuales: actualmente son sancionados a través de este tipo penal / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el delito de pornografía con personas menores de 18 años / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Se configura: no requiere que la víctima sufra un perjuicio / **DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años no se puede presumir ni inferir el consentimiento / **DELITOS SEXUALES** - Uso de las tecnologías de la información y la comunicación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **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

«[...] la norma sustantiva identificada por el Procurador demandante como erróneamente interpretada (art. 209) describe el delito de actos sexuales con menor de catorce años a través de 3 conductas alternativas: (i) realizar con una de estas personas actos sexuales diversos del acceso carnal (ii) ejecutarlos en su presencia, o (iii) inducirla a prácticas sexuales.

La tercera clase de comportamientos prohibidos exige la concurrencia de estos elementos típicos: (i) inducir a prácticas sexuales, (ii) a una persona menor de 14 años, y (iii) con conocimiento del hecho y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. Por ello, la Sala de Casación Penal ha explicado que su configuración:

... requiere que se le instigue o persuada [al menor de 14 años] para que realice cualquier tipo

de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.

De acuerdo con la definición gramatical de la palabra, inducir significa mover a alguien a algo o darle motivo para ello, provocar o causar algo. Siendo ello así, inducir a prácticas sexuales implica desplegar comportamientos orientados a provocar que un menor de catorce años realice algún tipo de actividad de connotación erótica.

En igual sentido lo indicó la sentencia SP4573-2019, oct. 24, rad. 47234:

Por “inducir” se entiende la acción de «provocar o causar algo» y también «mover a alguien a algo o darle motivo para ello». Hacer ofertas con fines sexuales a otro es una manera de inducirlo a prácticas sexuales, en tanto le está brindando motivos para incurrir en tales actividades, así no se consiga el resultado querido. Por ende, el simple hecho de pedirle al que no haya cumplido los catorce (14) años cualquier actividad de índole sexual se ajusta a la descripción típica del artículo 209 de la Ley 599 de 2000, bajo la variante de la inducción, [...]

La sentencia de casación acabada de citar - reiterada por la SP2348-2021, jun. 2, rad. 49546- tuvo por objeto principal la delimitación del ámbito típico del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales (art. 219A C.P.) y lo hizo en términos cuya cita resulta pertinente para el asunto bajo examen:

Tanto el ingrediente objetivo (“utilizar o facilitar el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación”) como el subjetivo del tipo (“para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de dieciocho -18- años de edad”) deberán entenderse en un ámbito orientado al ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual. Esto es, en un entorno de explotación sexual de menores de edad.

Por ende, estableció la Corte que la solicitud o inducción sexual a un menor de 14 años por fuera de un entorno de explotación, aun cuando tenga lugar a través de redes globales de comunicación, se mantiene en la órbita típica de los actos sexuales abusivos (art. 209 C.P.):

La conducta de realizar ofrecimientos sexuales a un menor de edad que no haya cumplido los catorce (14) años está prevista en el artículo 209

del Código Penal. Sería absurdo desde la perspectiva de la protección del bien jurídico tipificar dicho comportamiento con pena más grave solo por el hecho de usar la telefonía o cualquier otro medio de comunicación.

[...]

Si el bien jurídico común en tal situación es la formación o el desarrollo de quien aún no observa capacidad para decidir en materia sexual, el instrumento utilizado para la realización de la oferta debería ser considerado irrelevante. No se advierte una diferencia sustancial entre tratar de corromper a un niño en persona e intentarlo por carta, teléfono fijo o móvil, correo electrónico, Twitter, Facebook, Whatsapp, etc.

En conclusión:

(i) En situaciones ajenas a las de explotación, la acción de realizar ofertas de connotación sexual a menores de catorce (14) años configura la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce (14) años de que trata el artículo 209 del Código Penal, en la variante de “inducir a prácticas sexuales”.

[...]

(iii) La conducta de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años la realiza aquel que se vale del “correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación” para ofrecerle a un menor u obtener de él la prestación de servicios de turismo sexual, prostitución o pornografía infantil.

[...]

Conforme a lo dicho, el ilícito de actos sexuales con menor de catorce años a través de la inducción a prácticas sexuales, es de mera conducta porque su configuración no demanda la producción del resultado querido por el agente, esto es, que el niño, niña o adolescente realice o participe en la actividad erótica o libidinosa que se le propone. Inclusive, en algunos eventos, si tal desenlace ocurre podría actualizarse, entonces, una de las otras 2 acciones típicas: realizar actos sexuales con el menor o en su presencia.

Cierto es que los principios de tipicidad y lesividad implican que únicamente sean susceptibles de sanción las conductas descritas en la ley penal que sean idóneas o aptas para lesionar o poner en peligro efectivamente el bien

jurídico tutelado, siendo esa la razón de la punición de la tentativa. Pero, la idoneidad de la conducta no puede confundirse con la efectiva consecución del fin que la inspira porque aquella solo refiere la cualidad de lo «adecuado y apropiado para algo» con independencia de que esto último llegue a realizarse; de lo contrario, el delito tentado no sería sancionable.

De otra parte, no puede olvidarse que la razón por la cual la ley penal cataloga como abusiva todo acto o relación sexual con menores de 14 años es que presume la incapacidad de estos para prestar un consentimiento válido en esa materia.

De ahí que, someter a un niño, niña o adolescente de ese grupo etario a una actividad sexual, sea como sujeto pasivo o espectador o siquiera intentar persuadirlo con tal finalidad; son todas conductas que indefectiblemente lesionan su integridad y formación sexuales, sin importar los conocimientos o experiencias con que cuente el menor de edad y tampoco la acreditación de que sufrió un específico daño psicológico o físico a raíz del abuso. [...]

La sentencia de segunda instancia equivocó la hermenéutica del artículo 209 sustantivo por motivos adicionales a los expuestos por el demandante:

De manera infortunada, invocó conocimientos, actitudes y comportamientos de la víctima como argumentos -directos o indirectos- de exclusión de tipicidad o antijuridicidad, como ya ha podido vislumbrarse.

En primer lugar, descartó la idoneidad -y con ello la tipicidad- de la conducta sexual inductora porque la reacción de la menor de edad fue jocosa, evasiva y habilidosa y, peor aún, incitó al acusado a que le requiriera una fotografía desnuda, lo persuadió de que remitiera imágenes de su miembro viril y le solicitó videos pornográficos.

Olvidó la sentencia que ni siquiera el consentimiento de una persona menor de 14 años excluye la responsabilidad de quien la someta o pretenda someterla a actividades que afecten su integridad y formación sexuales, porque se presume inválido; pero, además, que la naturaleza sexual abusiva de un acto no depende de una determinada conducta o reacción «correcta» o «adecuada», según la opinión del juzgador, del sujeto pasivo, menos aun cuando este es un niño, niña o adolescente en proceso de maduración de sus facultades mentales.

Es más, si se tiene en cuenta que la conducta abusiva que se juzga recayó en una niña, el razonamiento del Tribunal acarrea «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». Al efecto, recuérdese que un enfoque de género en la administración de justicia proscrib[e] 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 [...].»

El contexto argumentativo de la sentencia impugnada no solo descarta la tipicidad por conductas impropias, inesperadas o inusuales de la víctima mujer de un abuso sexual, juicio que resulta más discriminatorio aún por la etapa del desarrollo físico y psicológico de aquella (12 años); sino que, la señala, prácticamente, como corresponsable de los mensajes sexuales en el diálogo entablado con su primo adulto (23 años), en veces hasta en un grado superior porque la destaca como más astuta y eficaz. [...]

Esa forma discriminatoria y revictimizante de argumentar, da pábulo a inferencias tan inoportunas como la efectuada por el defensor, en la condición de no recurrente, quien entendió que la sentencia afirmó que la mujer menor de 14 años indujo al acusado a cometer el delito.

Y, en segundo lugar, la sentencia impugnada dejó entrever que los conocimientos de L.A.P.M. impiden concluir que la conducta abusiva de SEPR «despertó su sexualidad»

En tal argumento subyace la premisa de que la información y experiencias previas de la víctima desvirtúan la lesión del bien jurídico tutelado, que es equivocada porque, nuevamente, desatiende la irrelevancia típica de los particulares conocimientos, actitudes o comportamientos del menor de 14 años cuando es sometido a vejámenes sexuales. En suma, parece demandar cierta honorabilidad del sujeto pasivo, lo que resulta inadmisibles frente a todos los delitos sexuales y más aún frente a los abusivos contra niños, niñas y adolescentes.

En algún momento, la sentencia llegó a aseverar que las casuales peticiones «obscenas» realizadas a un menor de edad en el contexto de intercambio de videos o imágenes erótico-sexuales a través de

la internet (sexting) no configura el delito de actos sexuales abusivos sino, eventualmente, el de pornografía con personas menores de 18 años.

Tal apreciación, cuando menos, es equívoca porque sí, en el marco de una actividad de sexting o cualquier otra que tenga lugar en redes globales de comunicación, un menor de 14 años recibe solicitudes o es inducido a una práctica sexual, el autor de esta conducta incurre, sin duda alguna, en el delito previsto en el artículo 209 del C.P.

En similar sentido, en la sentencia SP086-2023, mar. 15, rad. 53097, indicó que el «grooming» o «child grooming», [que] hace referencia, ..., al contacto vía TICs, preordenado a la actividad sexual con menores ... resulta objeto de reproche, a través del artículo 209 del Código Penal, cuando la «inducción» es específica a realizar actividades sexuales o cuando el sujeto activo logra contacto sexual de cualquier tipo con su víctima»

Cuestión muy distinta es que en el contexto de las tecnologías de la comunicación el agente «fotografie, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de dieciocho (18) años de edad» o que «alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro».

En tales eventos, obviamente, el ilícito cometido sí será el definido en el artículo 218 sustantivo.

En síntesis, la sentencia impugnada incurrió en violación directa de la ley sustancial por la errada interpretación del artículo 209 del C.P. y tal vicio es trascendente porque su corrección lleva a concluir que la premisa fáctica demostrada reúne las exigencias típicas del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, así como los demás presupuestos de responsabilidad»

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -

Configuración: no es necesario que exista erección ni penetración, sino goce del libido sexual / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Demostración: el examen de la conducta de la víctima es impertinente / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp): apreciación

«La sentencia de segunda instancia sostuvo que la remisión de la foto del órgano genital del acusado fue provocada por la menor de edad, cuando la secuencia del diálogo enseña que tal actuación fue sugerida por el hombre con la finalidad inequívoca de generar confianza y el compromiso de su interlocutora -en la cita textual antecedente se resaltó con negritas-. Siendo así, dicho contenido probatorio fue tergiversado por el Tribunal y, por ende, incursionó en un falso juicio de identidad.

Que la toma y envío de la fotografía inducida por el acusado constituía una actividad de naturaleza sexual, tanto en el plano objetivo como subjetivo, porque buscaba la exhibición de los órganos femeninos íntimos con el inequívoco propósito de satisfacer la libido del destinatario [...]

Es de advertir que, contrario a lo sostenido por la sentencia impugnada, es irrelevante si el acusado ejecutó o no la maniobra de autosatisfacción sexual porque la sola manifestación que hizo en tal sentido, acompañada por expresiones que la dotaban de credibilidad, evidenció, cuando menos, un propósito de la naturaleza anunciada.

Que L.A.P.M. manifestó su incomodidad y disgusto por los temas sexuales que con frecuencia -desde hacía 1 año- le proponía el acusado, al punto que llegó a bloquearlo en su cuenta de Facebook. Por esa misma razón lo consideraba «morboso» [...]

En este aspecto, la sentencia de segunda instancia cercenó la prueba documental en cuestión porque, en distintos apartados, describió la respuesta de la menor de edad ante la propuesta de su consanguíneo exclusivamente como jocosa, habilidosa, sagaz y hasta propositiva; pero, soslayó en su argumentación las claras manifestaciones de rechazo y de indignación con que también reaccionó. Esto sin olvidar que, en todo caso, el examen de la conducta de la víctima de unos actos sexuales abusivos debidamente acreditados es impertinente.

En el sentido indicado, le asiste razón al demandante en la propuesta subsidiaria de falso juicio de identidad».

Inicio

- 3. CONCUSIÓN** - Elementos: relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos / **CONCUSIÓN** - Constreñimiento / **CONCUSIÓN** - Elementos: dinero o cualquier otra utilidad indebida / **CONCUSIÓN** - Metus publicae potestatis: demostración / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas, la ley no exige el cotejo de voces para establecer quienes hacen parte de la conversación / **GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS** - Es legal si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible

La Sala de Casación Penal, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa del ex Juez 8° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ibagué - Tolima, contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que lo condenó por del delito de concusión.

La Corte confirmó el fallo impugnado, al encontrar probado que el acusado, abusó de las funciones nominadoras del cargo al constreñir a la oficial mayor de su despacho, para que obtuviera un préstamo por \$10'000.000 y le entregara dicha suma de dinero, amenazándola con desvincularla del cargo si no accedía a sus pretensiones.

También encontró acreditado que, el constreñimiento desplegado fue idóneo para doblegar la voluntad de la víctima y que la obtención del préstamo en los términos propuestos por el Juez constituía una utilidad indebida.

De igual manera, la Sala consideró que, entre el acto de constreñir y la utilidad indebida existía un claro nexo relacional antecedente consecuente y que la conducta típica determinó en la víctima un temor fundado de perder su empleo si no accedía a las pretensiones del titular del despacho.

SP340-2023(55668) de 16/08/2023

Magistrado Ponente:
Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 21 de marzo de 2013, el entonces Juez 8° Penal Municipal de Control de Garantías de Ibagué, constreñó a quien se desempeñaba como oficial mayor de su despacho, para que obtuviera para él un préstamo por la suma de \$10'000.000, en una entidad crediticia, y le entregara dicha suma de dinero, diciéndole que si no lo hacía se iba del juzgado.

2. El préstamo finalmente no se realizó porque la empleada se negó a tramitarlo, debido a que anteriormente tuvo problemas con el Juez por un préstamo por valor de \$1'500.000 que ella adquirió en similares condiciones, lo cual determinó a que el funcionario buscara su salida del despacho.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Concepto / **CONCUSIÓN** - Elementos

«El artículo 404 de la Ley 599 de 2000 describe el delito de concusión en los siguientes términos:

«El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constreña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses».

De acuerdo con esta descripción típica, son elementos estructurales de esta conducta (i) un sujeto activo calificado, servidor público, que actúe con abuso del cargo o de sus funciones, (ii) una conducta alternativa, que se concrete en uno cualquiera de los siguientes verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar, (iii) que la conducta esté dirigida a obtener dineros o utilidad indebidos, y (iv) que exista relación de causalidad entre el acto del servidor público y el efecto buscado de dar o entregar el dinero o la utilidad indebidos (Cfr. CSJ SP154-2023, rad. 57366)».

CONCUSIÓN - Elementos: verbos rectores, constreñir / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores, inducir / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores, solicitar

«En cuanto a los verbos rectores que definen la acción típica, ha señalado que constreñir significa «obligar, precisar, compeler por la fuerza a alguien a que haga y ejecute algo», inducir es «mover a alguien a algo o darle motivo para ello», mientras que solicitar alude a «pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado». Sobre las particularidades de cada de estas modalidades conductuales, ha dicho:

«(...) El constreñimiento será idóneo si se emplean medios coactivos que socaven la voluntad del sujeto pasivo, o se le obligue con actos de poder para obtener la utilidad pretendida. En la inducción el resultado se concreta por un exceso de autoridad oculto, para mostrar como genuino un acto que no lo es y, de paso, generar temor o intimidar al sujeto pasivo para que omita o haga lo que el funcionario quiere, so pretexto de evitar o extender aún más un perjuicio en su contra.

Respecto a la solicitud, ésta debe ser expresa, clara e inequívoca con total abandono de actos de violencia, engaño, artificios y amenazas sobre la víctima, con la intención de vender su función o el cargo, y a través de ello, recibir una suma de dinero u otra utilidad, o la promesa de que así será.» (Cfr. AP, may. 30 de 2012, rad. 33743)».

CONCUSIÓN - Solicitar dinero u otra utilidad / **CONCUSIÓN** - Elementos: relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos

«En relación con el tercer elemento estructural, ha explicado que el dinero es aquel «medio de cambio o de pago aceptado generalmente». La utilidad, es el «provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo». Y que uno y otro son indebidos cuando se carece de «una causa jurídica por la que deba pagarse o prometerse por el particular», o lo que es lo mismo, cuando no tienen «causa o título legítimo alguno» (Cfr. CSJ SP621-2018, rad. 51482 y SP3962-2022, rad. 59740).

Para que se configure el tipo penal de concusión es igualmente necesario, conforme al cuarto elemento estructural, que exista un vínculo de causalidad entre el actuar del servidor público (constreñir, inducir o solicitar) y el acto de dar o prometer para sí mismo o para un tercero dinero o cualquier utilidad indebida, es decir, que entre ellos exista una relación inequívoca de antecedente consecuente (Cfr. CSJ, 7 mayo 2012,

rad. 36368; reiterado en CSP SP18022-2017, 1 nov. 2017, rad. 48679)».

CONCUSIÓN - Metus publicae potestatis /
CONCUSIÓN - Delito de mera conducta /
CONCUSIÓN - Consumación

«Es igualmente necesario para la estructuración de esta conducta, el concurso del elemento subjetivo predicable de la víctima, denominado por la doctrina y la jurisprudencia «metus publicae potestatis», que no es otra cosa que el miedo que la lleva a acceder a las pretensiones de quien constriñe, induce o solicita, en razón del cargo o las funciones que ostenta o desempeña.

En relación con su contenido, es importante precisar, finalmente, que la concusión es un tipo penal de mera conducta, en tanto basta para su consumación la concreción de uno cualquiera de sus verbos rectores (constreñir, inducir o solicitar), con independencia del resultado que pueda producir».

INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES -
Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas, la ley no exige el cotejo de voces para establecer quienes hacen parte de la conversación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de libertad probatoria / **PRUEBA** -preciación probatoria: no hay tarifa legal / **GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS** - Es legal si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible / **CONCUSIÓN** - Constreñimiento / **CONCUSIÓN** - Elementos: dinero o cualquier otra utilidad indebida / **CONCUSIÓN** - Metus publicae potestatis: demostración

«En el «segundo cargo» del recurso, la defensa afirma que el tribunal dio por acreditada la coacción o constreñimiento mediante unos audios incorporados al juicio oral, acompañados por la respectiva transliteración elaborada por un investigador de policía judicial, sin existir cotejo de voces del acusado que permitieran deducir «en términos de certeza» su participación en dicha conversación, incumpliendo los protocolos establecidos por el ente acusador para el manejo de este tipo de prueba.

Lo primero que se advierte en relación con esta censura es que la conclusión del tribunal sobre la existencia del constreñimiento no se sustentó exclusivamente en los mencionados audios y su transliteración, sino que, con ese propósito, fueron practicadas otras pruebas en el juicio oral, entre ellos los testimonios de YXCG, AMSA y MOOV, cuyo alcance probatorio se analizará en su momento.

En lo que respecta a la prueba de cotejo de voces, el a quo acertó al señalar que el análisis de las grabaciones y transliteraciones incorporados al proceso debe realizarse en el marco del principio de libertad probatoria, reglado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole derechos humanos».

La Sala ha explicado que, aunque el cotejo científico de voces es en principio del «mecanismo ideal para la identificación de los interlocutores de una conversación», esto no excluye que el ente investigador, al amparo del principio de libertad probatoria, pueda acudir a otros medios de prueba para establecer quién o quiénes intervienen en la conversación determinada (Cfr. SP, nov. 7 de 2012, rad. 37394, SP, oct. 27 de 2004, rad. 22639; AP490-2014, rad. 39069 y SP2348-2021, rad. 49546, entre otras).

Luego nada impide que a este conocimiento se llegue a través de la víctima, cuando ha participado directamente en la conversación, como ocurrió en este caso, en el que YXCG concurrió al juicio para dar a conocer el contexto dentro del cual realizó la grabación donde el juez acusado insistió en la exigencia y las personas que intervinieron en ella.

Se trata, por tanto, de una prueba válida, con vocación probatoria, no solo porque la ley no tarifa la acreditación del hecho, sino porque la grabación obtenida no requería de orden previa de autoridad competente, por haber sido realizada por quien estaba siendo víctima de un constreñimiento indebido, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia, la habilitaba para proceder en la forma como lo hizo:

[...]

Como punto de partida, es del caso precisar que en el proceso no es objeto de controversia que el juez JEPG le solicitó a su empleada YXCG adquirir un crédito por \$10'000.000 (diez millones de pesos) a su nombre, cuyo pago él asumiría.

El debate se presenta alrededor de la tipicidad de la conducta. La defensa asegura que este hecho no actualiza los elementos estructurales del tipo penal de concusión, de una parte, porque no hubo constreñimiento, puesto que en ninguna de las grabaciones el acusado afirmó que despediría a su empleada de negarse a tramitar el préstamo, de otra, porque no obtuvo utilidad indebida, toda vez que él asumiría el pago de la obligación.

De las conversaciones transcritas, se establece lo siguiente:

(i) Los diálogos se desarrollan en un escenario laboral, entre el titular del despacho y su empleada. En la primera grabación, el juez JEPG le asegura a YXCG que ha «beneficiado» a personas nombrándolas en la planta de su despacho, y adicionalmente, que estas personas le han brindado «ayudas» mediante préstamos económicos.

(ii) El funcionario alude en concreto al caso de un expleado al que nombró y mantuvo en el despacho, quien obtuvo un préstamo a su favor por 20 millones de pesos. También refiere que una persona no accedió a tramitar otro préstamo, y acto seguido, confronta a su interlocutora diciéndole «y tú estás igual, quieres beneficios XXXX y no ayudas a nada XXXX».

(iii) En la segunda grabación se evidencia la confrontación entre el titular del despacho y la oficial mayor, por la decisión de esta última de negarse a adquirir un crédito en favor del juez por diez millones de pesos. El entonces funcionario increpa a su empleada ante lo que considera es una falta de «solidaridad», mientras que ella lo confronta por haberle dicho que si no tramitaba el préstamo «se va del juzgado».

Del análisis conjunto del contenido de estas conversaciones la Sala evidencia el alcance interesado que el procesado reclama de la expresión solidaridad, o del hecho de ser solidario, al extenderlo a situaciones que no tienen esa connotación, como exigir a sus empleados cargas personales que no tenían por qué soportar a cambio de garantizar su estabilidad en los puestos. Esto no es solidaridad.

En un apartado de la conversación el juez manifiesta, inclusive, en alusión a la petición de tramitar el préstamo, que lo que reclama es «solidaridad» y que «constreñimiento es otra cosa». Pero resulta evidente que dicho reclamo está ligado al contexto laboral de vinculación y permanencia en el cargo, tanto que en un determinado momento le enrostra a YXCG que, «así como a usted nadie me la puso acá, yo le tendí la mano para que usted sea solidaria conmigo».

Como bien puede observarse, para el funcionario, haber nombrado a YXCG en el cargo de oficial mayor de su despacho, implicaba «tenderle la mano» razón por la cual ella debía ser «solidaria con él», accediendo a sus exigencias de endeudarse con un préstamo de diez millones de pesos, para solventar los problemas económicos del funcionario.

[...]

Entonces, aunque en la conversación el juez no reconoce expresamente haberla amenazado con tener que dejar el juzgado si no accedía a tramitar el préstamo, como lo alega la defensa, tampoco niega el hecho. Por el contrario, asume que esa puede ser la consecuencia cuando el titular del juzgado se siente traicionado por una persona que no es solidaria con sus problemas.

De esta manera, emerge evidente la configuración del acto de constreñimiento exigido en el tipo penal de concusión, en cuanto la petición, como ya se dijo, estuvo acompañada de presiones indebidas y anuncios de represalias que se materializarían con su desvinculación del cargo, como finalmente ocurrió, según se verá más adelante.

[...]

El presupuesto de idoneidad del requerimiento también se advierte cumplido frente al contexto fáctico que acompañó la exigencia, tanto por la relación laboral existente, como por la forma en que el juez esgrimió sus condiciones de empleador y nominador para presionar y erosionar el margen de discrecionalidad de la víctima.

[...]

La utilidad en este proceso no se vincula con el hecho de que JEPG se haya apropiado de dineros de su empleada, sino con el provecho personal que obtenía al lograr que la suma de dinero ingresara a su patrimonio sin realizar trámites ni asumir riesgos por incumplimiento en los pagos, ni afectar su capacidad crediticia, todo lo cual se erige en un abuso, en una acción indebida, que no desaparece por la promesa de subrogarse en la deuda, como atinadamente lo puntualiza el tribunal.

La Sala encuentra igualmente acreditado el nexo de causalidad que se exige entre el acto de constreñimiento del funcionario y la utilidad indebida, pues en el presente caso, aunque no se obtuvo el resultado que se pretendía obtener, surge clara la relación de causalidad entre el acto de constreñimiento del funcionario y la actitud que frente el mismo asumió la víctima.

En lo que respecta al elemento subjetivo que debe acompañar al sujeto pasivo de la concusión («metus publicae potestatis»), el mismo se establece de la declaración rendida en el juicio oral por YXCG, donde se refiere a la situación de apremio que debió vivir ante los continuos requerimientos crediticios realizados por su

nominador y la actitud asumida por ella frente a los mismos.

La defensa, al examinar este aspecto en la apelación, cuestiona el testimonio de la víctima indicando que ella «creó en su interior un miedo para acceder al favor solicitado» y creyó que negarse a la solicitud de su jefe «le traería consecuencias», por lo que «decidió» grabar la conversación. Además, que tenía un bajo rendimiento laboral, así que la forma que «encontró» para no ser despedida fue «darse a conocer» ante otras personas como víctima de un constreñimiento.

Sin embargo, la Sala encuentra que su declaración es coherente en lo que respecta a los señalamientos que hizo de las solicitudes de préstamo de dinero formuladas por el juez y las consecuencias de no acceder a ellas. [...]

Para la Sala, el testimonio de YXCG, además de circunstanciado y consistente, se complementa y refuerza con el contenido de la conversación que

grabó del procesado, la cual, como ya se vio, se cumplió en un escenario de confrontación, por cuenta de su decisión de no tramitar el préstamo solicitado.

Del contenido de estas pruebas no se establece que la víctima haya creído estar coaccionada, sin estarlo, o que haya buscado hacerse pasar por víctima, sin serlo, como lo alega la defensa, todo lo contrario, lo que se concluye es que efectivamente estaba sujeta a un constreñimiento indebido por parte del juez.

Es importante agregar que la credibilidad del testimonio de la víctima no fue impugnada en el juicio, de hecho, el tema de su bajo desempeño laboral quedó en el plano de los señalamientos, pues no se probó la existencia de algún llamado de atención o proceso disciplinario en su contra que permita concluir que este pudo ser un motivo para que se produjera su desvinculación del juzgado».

Inicio

4. DEBIDO PROCESO - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazos legales / **DEBIDO PROCESO** - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazos legales, excepciones / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principio de confianza legítima: las partes no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios judiciales / **NOTIFICACIÓN PERSONAL** - Formas de efectuarla: medio electrónico, contabilización de términos / **NOTIFICACIÓN PERSONAL** - Formas de efectuarla: medio electrónico, es diferente a la notificación en estrados

Se pronunció la Corte Suprema de Justicia sobre el recurso extraordinario de casación presentado y sustentado por el defensor de MDTG, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, adicionada en proveído de 14 de febrero siguiente, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 42 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a la procesada, como autora del delito de falsa denuncia contra persona determinada.

La Sala casó el fallo impugnado, y decretó la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo de segunda instancia, inclusive, para que, en una nueva decisión, el *ad quem* se pronuncie respecto del recurso de apelación interpuesto por el defensor de la implicada contra el fallo proferido

por el Juzgado 42 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Lo anterior, al considerar que, el defensor de la acusada actuó en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, al haber sido la propia juez la que, en el acto público de lectura de la Sentencia, obviara la debida estimación del término consagrado en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, contabilizó erróneamente el plazo concedido para que los recurrentes fundamentaran el recurso vertical; pues, en el conteo que hizo, día a día, del lapso habilitado para ello, paso por alto uno de los días, con lo que creó la percepción legítima de que el plazo fijado vencía el día siguiente a aquel en el que la defensa presentó el recurso.

SP346-2023(63812) de 23/08/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El Juzgado 42 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia de 4 de mayo de 2021, cuya lectura se llevó a cabo en la misma fecha, condenó a MDTG como autora responsable del delito de falsa denuncia contra persona determinada.

2. La precedente decisión, fue recurrida por el representante de víctimas y la defensa técnica; no obstante, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de 12 de enero de 2023, solo desató la alzada formulada por el primero de los enunciados, proveído en el que confirmó, en toda su integridad, lo decidido por el juzgador de primer grado.

3. En ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 287 del Código General del Proceso, a través de proveído de 14 de febrero del año en curso, el *ad quem* adicionó el fallo de segundo grado para declarar desierto, por falta de sustentación oportuna, el recurso de apelación formulado por la defensa, pues, al haber optado este sujeto procesal por la presentación escrita de los argumentos de alzada, interpuesta en audiencia de lectura de fallo ante el juez de conocimiento, celebrada el 4 de mayo de 2021, el término de 5 días que consagra el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, venció el día 11 de ese mismo mes y año, fecha en la que, si bien es cierto, el apelante, vía correo electrónico, allegó el memorial de sustentación, ello acaeció a las 8 y 21 minutos de la noche, es decir, más de tres horas después de terminada la jornada laboral.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NOTIFICACIÓN - Errores en su trámite no alteran los plazos legales ni generan efectos provechosos para los sujetos procesales / **NOTIFICACIÓN** - Errores en su trámite no alteran los plazos legales ni generan efectos provechosos para los sujetos procesales: excepciones / **BUENA FE** - Se constituye como principio constitucional / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Aplicación / **DEBIDO PROCESO** - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazo legales / **DEBIDO PROCESO** - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazo legales, excepciones / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principio de confianza legítima: las partes no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios judiciales / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principio de confianza legítima: se vulnera

«En el estudio de diversas situaciones acaecidas al interior de algunos de los procesos penales tramitados bajo la égida de la Ley 600 de 2000 y

dentro del procedimiento penal de 2004, específicamente, respecto de los errores en que han incurrido los despachos judiciales frente a la fijación de los términos judiciales que, por lo general, habilitan a las partes para el ejercicio del derecho de postulación, en el auto CSJ AP122-2017, enero 18 de 2017, Rad. 47474, la Sala tuvo la oportunidad de hacer el recuento de las diferentes posturas que se han gestado en torno a la protección de la prerrogativa al debido proceso, para validar que, por regla general, tales equivocaciones no pueden alterar los plazos legales, ni producir efectos provechosos para los sujetos procesales.

Sin embargo, la Sala ha elaborado sólida jurisprudencia en la que advierte, por excepción, obligado hacer efectivos los principios de buena fe y confianza legítima, a partir del cumplimiento de los siguientes presupuestos:

1. El yerro se haya concretado en el cumplimiento de un acto secretarial determinado, ya sea en la práctica estricta de una notificación, en el envío de una comunicación o en el anuncio de un traslado obligatorio a las partes que evidencien una errada contabilización de términos; o bien en el señalamiento que del plazo normativo efectúe el juez directamente en su providencia.

2. Dicho acto jurisdiccional dé iniciación al término establecido en la ley para ejercer un acto de postulación o el derecho de impugnación frente a la decisión, esto es, que «mientras el acto procesal no se lleve a cabo, el término legalmente previsto no puede empezar a contabilizarse».

Y 3. El error haya generado en las partes la convicción legítima, cierta y razonable, en el entendimiento dado por la jurisprudencia, acerca del plazo, llevándolas a realizar las actuaciones correspondientes conforme la directriz dada. (Subrayado fuera de texto).

Condicionamientos frente a los que, en el mismo proveído que viene de citarse, la Sala puntualizó,

solo bajo esos presupuestos, donde la administración judicial ciertamente ha alterado la percepción del sujeto procesal sobre los términos procesales por un error en el conteo de los mismos o en las notificaciones, es que la Corte, tras ponderar el principio de legalidad frente a los de acceso a la justicia, buena fe, lealtad procesal, prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal y el de defensa -todos bajo el marco de la confianza legítima-, y darle prevalencia a estos últimos, ha resuelto

reconocer que un error jurisdiccional, como el anotado, no puede comportar efectos negativos para las partes o intervinientes del proceso afectadas el mismo. (Subrayado fuera de texto).

Tal línea de pensamiento fue refrendada por la Sala en el proveído AP1067-2020, junio 3 de 2020, Rad. 55506, oportunidad en la que, incluso, también se recalcó que «la tensión entre la legalidad de los términos procesales y los principios de buena fe y confianza legítima, se analiza en cada caso concreto.

[...] estima la Sala que este concreto panorama procesal muestra diáfana la equivocación en la que incurrió el Tribunal, pues, sin considerar los efectos que podría generar, respecto de las partes, la errónea contabilización de los días que la juzgadora habilitó para que los recurrentes fundamentaran el recurso vertical, apenas fijó su atención en el contenido expreso de la norma procesal, a efectos de determinar extemporánea la sustentación de la defensa, en tanto, desbordó el horario judicial, pese a allegarse el memorial en el día último fijado en la ley.

Cierto es, y ello no genera duda alguna, que tras optar los sujetos procesales e intervinientes por la sustentación escrita del recurso de apelación, acorde con lo consagrado en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, contaban con cinco (5) días hábiles para cumplir con la presentación del memorial de sustentación, lapso que, para el presente caso, fenecía el 11 de mayo de 2011, a las 5 de la tarde, límite de hora acertadamente advertido por la juzgadora en el instante de conceder la alzada propuesta, al precisar que los escritos debían allegarse en «horario hábil, 8 a 5 de la tarde, al correo electrónico del despacho.

Empero, no es tema menor o intrascendente, que la propia directora del despacho obviara la debida estimación del término consagrado en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, pues, en el conteo que día a día hizo del lapso habilitado para ello, omitió tener en cuenta el viernes 7 de mayo de 2011, lo que significó que en su anuncio, en la vista pública, extendiera el término al 12 de mayo siguiente, falencia con la que, indefectiblemente, allanó el camino para que las partes, dada la investidura de la funcionaria y el efecto concreto que su orden encerraba, efectivamente se convencieran de que contaban hasta el día 12, como fecha límite, para presentar los alegatos de fondo, en ejercicio de su prerrogativa de impugnación.

Es más, en la transliteración del auto de 20 de mayo de 2021, en el que la juzgadora concedió la apelación ante el Tribunal, emitido, por demás, al día siguiente de fenecido el lapso que ella contabilizó para que los no recurrentes se pronunciaran, reafirmó que el específico recurso incoado por el defensor, «fue sustentado dentro del término procesal previsto...», es decir, aquel término considerado por la funcionaria en la vista pública conforme fue descrito en precedencia.

Por ello, acorde con la jurisprudencia citada en el acápite general, es evidente que en el caso concreto se cubren los requisitos para acudir a la excepción, basada en el principio de confianza legítima, que soporta la pretensión de la defensa. Ello, por cuanto se advierte que:

(i) Fue la propia juzgadora quien, en el acto público de lectura de la sentencia condenatoria, señaló cuáles serían los días hábiles para que las partes cumplieran con la presentación, por escrito, de los fundamentos que soportaban el recurso vertical interpuesto en contra de su decisión;

(ii) A partir de dicho acto jurisdiccional, se dio cuenta de un término procesal para hacer efectivo el ejercicio del derecho de contradicción. Y,

(iii) La forma en que la juzgadora discriminó el término para que las partes presentaran sus escritos de sustentación, acorde con el derecho de postulación exteriorizado en la misma vista pública -la funcionaria relacionó cada una de las fechas, precisando a cuál día de la semana correspondían-, creó en los recurrentes la percepción legítima -en confusión explicable, de ninguna manera representativa de mala fe o indolencia- de que el último día de ese plazo lo representaba el miércoles 12 de mayo de 2011, fecha asumida por la defensa técnica, en tanto, actuó acorde con esa comprensión, toda vez que, dado el día y hora en que envió el libelo -el día anterior al plazo fijado por la funcionaria, a las 8:21 de la noche- se entiende que obró con la confianza de que sería tenido en cuenta al día hábil siguiente, habilitado por la directora de la audiencia.

Por ende, se impone contemplar, que el defensor de la acusada actuó en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, postulados cuya significancia, con apego en criterio jurisprudencial emanado de la Corte

Constitucional, fueron evocados por la Sala, de la siguiente manera:

De la interrelación entre ambos axiomas, en sentencia CC T-453-2018, esa Corporación se encargó de ilustrar:

Esta Corte se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar el principio de la buena fe, y ha señalado que se trata de un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la administración, buscando que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad. El principio de buena fe puede entenderse como un mandato de “honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”.

En concordancia con lo anterior, la buena fe tiene como objetivo erradicar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas pues pretende “que las actuaciones del Estado y los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos.” Sobre este último aspecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho principio rige todas las actuaciones y procedimientos de las entidades públicas, toda vez que uno de sus fines es “garantizar que las expectativas que legalmente le surgen al particular se concreten de manera efectiva y adecuada.”

Del principio de la buena fe se desprende el de confianza legítima, que pretende que la Administración se abstenga de modificar “situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”.

El «principio de la buena fe, entendido como confianza legítima» (Cfr. entre otras, CC T-1023-2006, T-970-2012, T-199-2013, T-454-2015 y SU-075-2018), explica que el ciudadano, en este caso el usuario de la administración de justicia,

Cree y confía en la expectativa razonable que el asunto de su interés siga el cauce procesal dispuesto por la autoridad judicial, pero no que se autorice una vía procedimental -verbigracia, en el asunto de la especie, la impugnación especial- para luego fustigarle que la senda escogida no tiene sustento legal.

Se patentiza el hecho que la confianza legítima «se erige a partir de expectativas favorables, que generan convicción de estabilidad sobre determinadas situaciones jurídicas que permiten reclamar el respeto de expectativas legítimas con protección jurídica» (Cfr. CC T-360-2018).

En conclusión, la Sala evidencia patente la vulneración en que incurrió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto, sin mayor referencia a los principios en cuestión, con claro desconocimiento de la amplia y reiterada jurisprudencia expedida al respecto, estimó desierto el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primer grado, por estimar extemporánea su sustentación, desconociendo, así, que a ello se llegó porque la juzgadora de primer grado creó en la defensa técnica, la convicción de que podía fundamentar la alzada en un término superior al consagrado en la ley.

Bajo estas circunstancias, vista la entidad y efectos materiales del error en que incurrió el Tribunal, claramente dilucidado en precedencia, la única alternativa a adoptar para reparar el daño causado no es otra que la nulidad.

La Corte, entonces, invalidará todo lo actuado a partir de la sentencia emitida por el Ad quem el 12 de enero de 2023, inclusive, para que, en una nueva decisión se pronuncie respecto del recurso de apelación interpuesto por el defensor de la implicada.»

NOTIFICACIÓN PERSONAL - Formas de efectuarla: medio electrónico, contabilización de términos / **NOTIFICACIÓN PERSONAL** - Formas de efectuarla: medio electrónico, es diferente a la notificación en estrados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: sustentación, oportunidad

«Como acotación final, y solo con el propósito de generar claridad frente al criterio del recurrente, puntualizado en esta sede extraordinaria, pues, considera que a partir de lo consagrado por el legislador en el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022, es dable tomar «dos días adicionales de haberse

notificado el fallo condenatorio del Juzgado 42 Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Bogotá D.C. (sumado a los cinco días para sustentar) más aún que la actuación se desarrolló de manera virtual.», es decir, para el censor, en la modalidad de sustentación escrita del recurso de apelación la parte interesada contaría con siete (7) días hábiles para cumplir con ese propósito, estima la Sala que esa aseveración solo representa una interpretación que desconoce el sentido natural de la diáfana intención legislativa.

[...] basta apreciar que dicha norma hace referencia a la notificación personal que se realiza a través de un medio electrónico, circunstancia diversa a la acaecida en esta actuación, en la que las partes e intervinientes que comparecieron a la audiencia de lectura de fallo, fueron notificadas en estrados, conforme a la regla general consagrada en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004, momento a partir del cual, se insiste, para la sustentación de la alzada, por

escrito, se cuenta con cinco (5) días, que representan la posibilidad de allegar al despacho que profirió la decisión confutada, bien de manera física, ora por medio digital, el correspondiente libelo.

De tal manera que, sólo en los casos en los que el despacho judicial opta por un medio electrónico para la notificación personal de la sentencia, dicha notificación se asume «realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuándo el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje»; es decir, esos dos días extras fungen de manera exclusiva como una garantía para entender cabalmente surtida la notificación, en esas específicas circunstancias, y no a manera de extensión del término legalmente dispuesto para la sustentación escrita del recurso, como de forma errada lo concibió el censor».

Inicio

5. **DELITO** - Elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto: concepto / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, intención de suministro, sin fines de comercialización / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Se configura: con el suministro a cualquier título -gratuito u oneroso- de la sustancia estupefaciente / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: dosis compartida / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: dosis compartida, no hay afectación a la salud pública / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de suministrar y compartir la sustancia, puede ser conducta atípica

La Sala de Casación Penal, resolvió el recurso de casación promovido por el defensor de L.C.I.G. en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual confirmó -con modificaciones- el fallo emitido por el Juzgado 27 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, condenando a la mencionada procesada como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Lo anterior, al considerar que, la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada, generándose una duda sobre su responsabilidad.

Para el efecto, la Sala, reiteró su jurisprudencia relativa al porte de estupefacientes con fines de suministro, sin intención de distribución ni comercialización, en el que la conducta resulta atípica debido a la ausencia del elemento subjetivo diverso al dolo exigido para su tipicidad.

Al respecto, sostuvo que, el suministro a la persona con quien se posee una estrecha relación vital o el suministro para consumo compartido, son equiparables al consumo individual, debido al carácter autónomo y espontáneo de los consumidores y a la relación horizontal existente entre ellos.

Ello por cuanto, el peligro generado para la salud es meramente individual, y por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza al bien jurídico protegido por el artículo 376 del Código Penal.

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 22 de julio de 2018, en la Estación de Policía Laureles, agentes de la Policía Nacional sorprendieron a L.C.I.G. llevando oculta entre su cabello una sustancia estupefaciente que resultó ser cocaína y sus derivados en un peso neto de dos gramos, cuando se dirigía a visitar a su novio, que se encontraba privado de la libertad en ese lugar de reclusión transitoria.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITO - Elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto: concepto / **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, la carga de la prueba radica en la Fiscalía General de la Nación / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, si es para el consumo, la conducta es atípica / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: consumidor, la dosis se determinará en cada caso concreto (puede ser superior a la legalmente establecida, siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto) / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, la cantidad de alucinógenos no es el factor determinante, pero se valora como indicador de la finalidad del agente

«[...] ha sido pacífica la jurisprudencia actual de la Corte, respecto del delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes del artículo 376 del Código Penal, en cuanto a que el verbo rector «llevar consigo» exige para la configuración del hecho punible de un elemento subjetivo especial o finalidad específica, diversa del dolo, relativa a que el porte tenga como propósito la venta,

distribución o suministro a cualquier título, de suerte que la sola conducta de llevar consigo es por sí misma atípica, mientras la Fiscalía no demuestre alguna de aquellas finalidades. Además, en virtud de la misma estructura del proceso penal, la carga de probar ese propósito especial del porte del estupefaciente recae sobre la Fiscalía.

Así mismo, la Corte ha precisado que los problemas relativos al porte de estupefacientes deben ser resueltos dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, entendiéndose con ello que el ánimo que alienta la realización de esa conducta, como elemento subjetivo adicional del tipo penal, está condicionado por los fines que se persiguen con su ejecución. [...]

En esa medida, la Sala ha consolidado la tesis de que en aquellos casos en los cuales el porte de estupefacientes este destinado al consumo personal, la conducta es atípica, pues de la Constitución (particularmente, de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana) se deriva un permiso al respecto, razón por la cual, el tipo penal no puede cobijar el uso individual de alcaloides.

[...]

Así mismo, se ha precisado que, aun cuando se reputa como categoría vigente el concepto de dosis personal, aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir el psicotrópico.

De esta manera, ha cobrado importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala, en el sentido de considerar el ánimo -de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición. Se trata, se reitera, de un problema de tipicidad de la conducta, en tanto opera, dentro del injusto típico, como circunstancia excluyente del tipo indiciario.

Así, la Corte ha reconocido la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce como elementos subjetivos distintos

del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto, que se relaciona con aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita, con lo que se completa su tipicidad del comportamiento en el plano material.

En suma, ha dicho la Sala, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, se ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarlas a su distribución o comercio, como fin de la norma.

Igualmente, se ha recalcado que ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado, dentro del principio de la libertad probatoria, a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal»

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, intención de suministro, sin fines de comercialización / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Se configura: con el suministro a cualquier título -gratuito u oneroso- de la sustancia estupefaciente / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: dosis compartida / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: dosis compartida, no hay afectación a la salud pública / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de suministrar y compartir la sustancia, puede ser conducta atípica

«[...] la Sala debe dejar por sentado que, contrario a lo sostenido por el recurrente, con respaldo de los demás sujetos procesales intervinientes en la audiencia de sustentación, en este caso en particular, la Fiscalía sí demostró, más allá de cualquier duda razonable, que la sustancia incautada a la acusada tenía como propósito el

suministro a FR, su compañero sentimental, a quien pretendía visitar.

A falta de una prueba testimonial que así lo demuestre, como pareciera reclamar el demandante, las instancias llegaron a esa conclusión por vía inferencial. Así, resulta razonable que del hecho constatado de que IG se aprestaba a visitar a su novio FR, recluso de manera transitoria en la estación de policía, para llevarle sus alimentos, se puede inferir que la sustancia que portaba oculta entre el cabello tenía como destinación su suministro. Obviamente, esa intención no se deriva del simple nerviosismo advertido en la mujer, como lo supone el Tribunal, pues acaso esa circunstancia apenas pudo hacer sospechar a los uniformados en la posibilidad de que portara algún elemento prohibido que quería ingresar a ese lugar.

Lo que en verdad sí resulta revelador frente a los fines del porte del psicotrópico es que se intentara por la portadora su ingreso a un lugar que por sus propias características disciplinarias era de visita restringida y que en ese establecimiento se sometía a los visitantes a estrictas medidas de registro y control, como claramente lo relataron los patrulleros YJA y GJVM.

No resulta razonable que en esas condiciones la procesada IG, cuya visita estaba estimada en 15 minutos, portara dos gramos de cocaína y sus derivados para su exclusivo consumo dentro del centro de reclusión. Ese no es el escenario regularmente empleado para la ingesta individual y exclusiva de un visitante que porta consigo, al ingresar, la sustancia estupefaciente. Al contrario, del hecho indicador referido se puede inferir razonablemente que no podía tener otro propósito diferente a suministrar, a cualquier título, la base de cocaína escondida en su cabello.

Ahora, también es cierto que no existe ninguna evidencia en el sentido de que su intención fuera la de un suministro generalizado dentro del centro de reclusión, por ejemplo comercializando el psicotrópico entre el personal confinado. Lo más probable, sin duda, de acuerdo a las circunstancias vistas, es que se propusiera suministrar las siete papeletas contentivas del alucinógeno a su compañero sentimental FR, tal y como fue planteado por las instancias al valorar los hechos indicadores derivados de los medios de conocimiento incorporados a la actuación, o que en esa acción de portar buscara compartir con él su consumo.

[...]

No existe una explicación alternativa diversa que

podiera resultar plausible, como por ejemplo que la portara para su exclusivo consumo personal dentro del penal o que la llevara consigo, de paso, para su propio consumo una vez abandonara el lugar de reclusión.

En esas condiciones, se tiene por probado que la procesada portaba sustancia estupefaciente que superaba la prevista como dosis para el consumo personal, conforme a las definiciones del literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986; y, según se infiere razonablemente, se puede concluir que su intención era la de compartir su consumo y/o suministrar la droga a su compañero. En este caso, las dos son formas de suministro. No hay evidencia, se reitera, en el sentido de que se propusiera distribuir el alucinógeno a un mayor grupo de personas.

Así, entonces, se ofrece indubitada la intención de la acusada de suministrar el estupefaciente incautado, sin que, en principio, pueda resultar relevante como manifestación de atipicidad de la conducta el hecho de que en ese propósito no quisiera derivar algún lucro económico para ella, como lo asegura el recurrente, puesto que el tipo penal se estructura con el suministro a cualquier título -gratuito u oneroso- de la sustancia estupefaciente.

De igual manera, debe subrayarse que, en principio, la acreditada condición de consumidora habitual de la procesada IG, según fue estipulado entre las partes, no la exime de responsabilidad penal cuando, como en este caso, se demostró por la Fiscalía que el propósito de portar el estupefaciente en esa oportunidad estribó en el ánimo de suministrarlo.

Ahora bien, bajo el sentido las dos hipótesis referidas -consumo compartido y/o suministro a su compañero-, que pueden ser concurrentes o disyuntivas, como probables en relación con el suministro de la sustancia incautada, es que la Corte dejó planteada en la decisión atrás mencionada la posibilidad de que el exceso de los límites cuantitativos de la dosis personal de la sustancia llevada consigo podría responder, a más del consumo personal para la persona adicta o dependiente, a otros factores que igual no son representativos de afectación a la salud pública, entre los que se mencionó el consumo propio de carácter recreativo, el consumo de iniciados y de no iniciados, el abastecimiento para consumos futuros o el consumo en dosis compartidas:

[...]

Este contexto se identifica, generalmente, con el riesgo o no de un consumo general e indiscriminado, por lo que quedan fuera del alcance de la prohibición penal diversas

circunstancias que, miradas en concreto, no poseen la misma naturaleza del porte de una persona que se propone destinar la sustancia para satisfacer su deseo de consumir el estupefaciente como manifestación del ejercicio de su libertad individual y, concretamente, del derecho del libre desarrollo de su personalidad.

Así, existe un elemento común a cada uno de esos propósitos, formulados en su momento por la Corte a manera de ejemplo, no en orden taxativo: el portador, como consumidor habitual u ocasional, no se plantea la distribución de la sustancia a sujetos indeterminados; y, lleva consigo la droga para su consumo personal o para suministrarla y compartirla, sin ánimo de lucro, con un estrecho círculo de individuos con los que detenta una relación personal, permanente u circunstancial. De allí que la Corte dejó planteados conceptos tales como la dosis de aprovisionamiento y la dosis para el consumo compartido, como circunstancias con características similares, desde el tipo penal, al consumo exclusivo y personal de las sustancias psicotrópicas.

De ese modo, se subraya, en cada contexto es posible advertir situaciones como las de quienes adquieren sustancias estupefacientes destinadas para su exclusivo consumo personal o para compartir su ingesta con un grupo de amigos, allegados o conocidos, de manera ocasional y en un círculo íntimo (dosis compartida), sin que exista algún riesgo de difusión generalizada.

En rigor, diversos eventos en que las personas entregan estupefacientes o los comparten, pueden corresponder a formas de suministro, que, sin embargo, tampoco encajan dentro de la estructura típica del artículo 376 del Código Penal.

Se trata, por ejemplo, de relaciones entre personas que mantienen una estrecha comunidad de vida, siempre y cuando ese suministro del estupefaciente ocurra entre adultos, bajo una mutua voluntad y un definido propósito de quien la recibe para su exclusivo consumo, lo que es posible entenderlo como un criterio extensivo de la ausencia de tipicidad, en tanto se mantiene el espectro de la configuración constitucional del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de ellos.

De esa manera, en el presente caso, quedó claro que la acusada IG se proponía ingresar al centro donde se encontraba recluido su compañero sentimental -mayor de edad- una cantidad de estupefaciente que, aunque pequeña, superaba la reglada como dosis para el consumo personal. Además, por lo que atrás se ha reseñado, carece de sustento la tesis presentada por la defensa

referida a que dicha droga la portaba con el único fin de su exclusivo consumo personal.

Sin embargo, como se ha resaltado, perviven dos hipótesis, plausibles por igual: la primera, que su intención haya sido ingresar la sustancia para compartirla con su novio FR; y/o, la segunda, que quisiera suministrársela a él para su consumo personal.

Cualesquiera de las dos posibilidades resulta atípica, debido a la ausencia del elemento subjetivo diverso al dolo exigido para la tipicidad de la conducta, en tanto, de acuerdo a lo que fue probado en la actuación, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza al bien jurídico protegido por el artículo 376 del Código Penal.

La primera de esas posibilidades, por cuanto, según se ha referenciado, el consumo compartido termina por equipararse al individual, debido al carácter autónomo y espontáneo de los consumidores y a la relación horizontal existente entre ellos, no obstante la naturaleza colectiva de la actividad.

La segunda, porque el suministro a la persona con quien se posee una estrecha relación vital, en cuanto sea un acto libre y voluntario e igualmente horizontal, se encuentra asociada a relaciones de confianza y responsabilidad mutua que hacen propio el peligro para la salud personal asumidos como parte de su vida común.

En suma, para la Sala es evidente que a la procesada la alentaba el interés de suministrar la droga que le fue incautada, en tanto resulta irrazonable que su propósito estuviera trazado por el ingreso del alucinógeno a la estación de policía que cumplía las funciones de centro carcelario con el objeto de satisfacer de manera excluyente en ese lugar sus necesidades de consumo durante una visita programa para 15 minutos.

Sin embargo, a partir de las hipótesis alternativas que se vienen planteando como razonables -la posibilidad de compartir su consumo con su compañero sentimental o de, simplemente, suministrar a éste la sustancia para su consumo dentro de la estrecha comunidad de vida que compartían-, debe concluirse que la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada, generándose una duda sobre su responsabilidad, por lo que la Sala la absolverá en aplicación del principio in dubio pro reo - artículo 7 Ley 906 de 2004-.

Así, develados los errores de raciocinio en la decisión confutada, tiene que declararse que no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar, consistente en el conocimiento más allá de duda razonable, consagrado en la Ley 906 de 2004 (artículos 7º y 381), en razón a que debe concluirse en la atipicidad del comportamiento desplegado por LCIG»

Inicio

6. DERECHO A LA LIBERTAD -

Parámetros y límites para su afectación, conforme a la Constitución Política

/ DETENCIÓN PREVENTIVA - Requisitos
/ POLICÍA NACIONAL - Facultades: privar de la libertad a las personas **/ POLICÍA NACIONAL** - Medidas correctivas: retención transitoria **/ PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: sujeto activo calificado, debe tener dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas **/ PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - No se configura: aplicación de la figura de la retención transitoria **/ PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Configuración **/ DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL** - Elementos **/ CASACIÓN OFICIOSA** - Absolución por atipicidad

Se pronunció la Corte Suprema de Justicia sobre el recurso extraordinario de casación instaurado por la defensa de los procesados AGLA, GRAM y JGQJ, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Nariño, que los condenó a 32 meses de prisión y multa en cuantía equivalente a 28.33 s.m.l.m.v., luego de hallar responsable, al primero, por el delito de detención arbitraria especial, y a los otros, por privación ilegal de la libertad.

La Sala casó los fallos de condena proferidos contra el Patrullero JGQJ y el Subintendente GRAM, por el delito de privación ilegal de la libertad. También casó el fallo de condena proferido en contra de Patrullero AGLA por el delito de detención arbitraria especial y, finalmente, casó de oficio el fallo de condena

proferido en contra del Patrullero JEMC por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad; para, en su lugar, absolver a los cuatro procesados.

Fue así como, en primer lugar, se refirió a la facultad de la Policía Nacional para proceder a la detención preventiva de un ciudadano, así como a los parámetros, establecidos por la Corte Constitucional, que debían seguirse, para la fecha de los hechos, en los casos de detención transitoria.

Luego, analizó los elementos y características de los delitos contra la libertad individual, correspondientes a la privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de privación de la libertad y la detención arbitraria especial, de lo que concluyó:

i) la privación de la libertad de VM, no puede reputarse ilegal, en tanto, para la fecha de los hechos, procedía la retención transitoria con el fin de proteger la integridad del detenido, conforme a las directrices dadas en la sentencia C-720 de 2007, respecto del artículo 207 del Código Nacional de Policía.

ii) no hay lugar a extender los efectos de la prolongación ilícita de privación de la libertad de la cual finalmente pudo ser objeto VM, al delito de detención arbitraria especial atribuido a LA, dado que el tipo penal reclama de una condición especial para el obrar del funcionario público, relacionada con recibir al detenido en el centro de reclusión, situación que no se presentó, por no tener éste la facultad para actuar de la manera que le fue atribuida; de ahí que, su conducta resulte atípica frente a la ley penal.

iii) la conducta del Patrullero MC también resulta atípica, ya que no pudo incurrir en el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, dado que no le fue puesto a disposición el retenido, tampoco lo recibió para recluirla en una celda y por lo tanto no tenía la potestad de disponer de su libertad.

SP270-2023(61330) de 19/07/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 20 de julio de 2014, un grupo de policías, entre ellos, el Patrullero JGQJ, se encontraban realizando labores de vigilancia y

control en la zona de discotecas del municipio de Iles, Nariño.

2. Aproximadamente a las 4:30 de la tarde, fueron alertados de una riña callejera y posible comisión del delito de hurto, en las afueras de un bar.

3. Al arribar al lugar, uno de los presentes - indocumentado-, aunque después se conoció que respondía al nombre de AEVM y se hallaba en alto grado de embriaguez- se enfrentó a los uniformados. Por ello, se le privó de la libertad.

4. El Patrullero JGQJ comunicó de la captura, vía telefónica, al comandante (E) de la Estación, quien, dada la información recibida por el anterior, dispuso su traslado a la estación de policía.

5. Pasado un tiempo, el Patrullero JGQJ condujo a AEVM a una celda temporal o de reflexión, para lo cual dejó constancia en el libro de población.

7. Enterados de su captura, dos hermanos de AEVM, se dirigieron a la estación de policía -a eso de las seis de la tarde-, en donde se entrevistaron con el comandante, a quien solicitaron su liberación, solicitud que les negó, informándoles que permanecería en el lugar hasta tanto le pasara la borrachera.

8. Acorde con ello, aproximadamente a las 7:30 de la noche los familiares de AEVM, regresaron reclamando su liberación; sin embargo, les fue informado que el detenido se había ahorcado en la celda.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO A LA LIBERTAD - Reserva legal para la aprehensión / **DERECHO A LA LIBERTAD** - Parámetros y límites para su afectación, conforme a la Constitución Política / **DERECHO A LA LIBERTAD** - Su privación o restricción debe ser siempre excepcional y necesaria / **DETENCIÓN PREVENTIVA** - Concepto: constituye una medida cautelar de tipo personal que implica la privación provisional de la libertad / **DETENCIÓN PREVENTIVA** - Requisitos / **POLICÍA NACIONAL** - Facultades: privar de la libertad a las personas, alcance / **POLICÍA NACIONAL** - Medidas correctivas: retención transitoria, procedimiento

«En términos generales la libertad siempre será la regla y la limitación o restricción la excepción a este derecho. Aunque derecho fundamental, no es absoluto, en tanto que, acorde con el artículo 116 Constitucional, las autoridades judiciales pueden ordenar capturas; excepcionalmente, lo

puede disponer la Fiscalía General de la Nación y el Senado de la República, cuando ejerce funciones de juzgamiento.

Ahora, dado que la Constitución de 1991 estableció como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, la Corte Constitucional al estudiar el tema precisó algunos criterios sobre los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28 de la Carta, dado que esta ésta no implica la posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales, sino que corresponde a la necesidad específica de verificar ciertos hechos, necesarios para que las autoridades puedan cumplir su función constitucional, a saber "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Bajo esos derroteros, la autoridad de policía está legitimada para proceder a la detención preventiva de un ciudadano cuando i) medie orden expedida por autoridad judicial o ii) cuando la persona es aprehendida en flagrancia en la comisión de un delito, conforme a las reglas del artículo 32 Constitucional -caso último en el cual no se exige orden judicial-; de todas formas, en ambos eventos el aprehendido debe ser puesto a disposición de autoridad judicial, para su legalización, dentro de las 36 horas siguientes a la captura.

Junto con lo anotado, en la fecha de los hechos -20 de julio de 2014-, la Policía Nacional tenían facultades para privar de la libertad a las personas, de acuerdo con la aplicación condicionada del Código Nacional de Policía -hoy derogado- o Decreto 1355 de 1970, conforme se había señalado en la sentencia C-720 de 2007, obra de la Corte Constitucional.

En efecto, el artículo 186.8 del mencionado dispositivo, reseñaba la retención transitoria, como una medida correccional a cargo de la Policía Nacional.

En concordancia con la mencionada disposición, el canon 207 íb., establecía: Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: 1) al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desempeño de sus tareas; 2) al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio y 3) al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal.

El numeral 1° del artículo 207 ejusdem, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional

en la sentencia C-199 de 1998, por estimar que retener a una persona por irrespeto a la autoridad de policía, tenía una finalidad sancionadora, no preventiva o de protección, por lo que el funcionario público agredido contaba con la posibilidad de denunciar los hechos ante la autoridad competente.

Los demás numerales, el 2) y 3), fueron declarados ajustados a la constitución, por considerar que contaban con una finalidad protectora, dirigida a salvaguardar la vida o la integridad personal de los ciudadanos que se encontraran en estado de embriaguez o grave excitación, al punto de poner en peligro su propia vida y /o la de los demás.

Posteriormente, el tema de la retención transitoria fue de nuevo abordado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-720 de 2007.

Estimó allí que, como no se había estudiado la constitucionalidad del artículo 192 del Código Nacional de Policía, ni el encabezado del canon 207 íb -únicamente había analizado los numerales 1, 2 y 3-, tampoco había cubierto los efectos de cosa juzgada del numeral 8° del art. 186 íb, debía entrar a pronunciarse de fondo, por encontrarse, las mencionadas disposiciones, estrechamente relacionadas con la atribución de las autoridades de policía de retener transitoriamente a una persona.

Acorde con ello, tanto el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970, como la expresión "Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando", contenida en el artículo 207 del mismo decreto, fueron declaradas inconstitucionales.

Ahora, tras aceptar que la inexecutable pura y simple, así declarada, podría conducir a que la policía careciera de medidas para proteger efectivamente derechos como la vida y la integridad de personas puestas en situación de grave riesgo -cuando se trata de circunstancias de urgencia frente a las cuales, en la actualidad, no existen medidas alternativas posibles-, decidió la Corte diferir la inconstitucionalidad de las normas en el tiempo, esto es, que sólo surtiera efectos a partir del vencimiento de un plazo fijado a fin de que el legislador pudiera conjurar las consecuencias constitucionalmente indeseables de retirar del ordenamiento jurídico la norma estudiada y adecuar las normas de policía al derecho constitucional vigente.

Para la Corte Constitucional, mientras el Congreso de la República regulara la materia, la retención transitoria sólo podría aplicarse cuando fuere estrictamente necesario para

proteger a la persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo. En ese orden, estableció la sentencia aludida, los siguientes parámetros a seguir en el evento de una detención transitoria ejecutada por la Policía Nacional:

i) La autoridad que ordena la retención deberá elaborar un informe por escrito a través del cual indique la novedad de manera clara, expresa y suficientemente motivada; documento que inmediatamente deberá presentarse al retenido y al Ministerio Público, para su conocimiento.

ii) El retenido, sin importar el estado en el que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata, no sólo de las razones de su retención, sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de comunicarse de inmediato con una persona que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir declaración que lo comprometa ni firmar ningún documento en el mismo sentido; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos, etc.

iii) Adicionalmente, toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no está dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta.

iv) La persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el estado en el que se encuentre y a ella se le permitirá comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo para cualquier efecto.

En todo caso, la retención sólo puede tener lugar mientras la persona supera el estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas.

v) El retenido - directa o indirectamente - debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus, si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad.

vi) Mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que está siendo objeto de protección y se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados - por cualquier razón - y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión.

vii) Los menores deberán ser protegidos, de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia, y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición.

Lo anterior deja en evidencia que, tras la declaratoria de inconstitucionalidad diferida, realizada por la Corte Constitucional respecto de la figura de la retención transitoria, las medidas que venía aplicando la Policía Nacional quedaron sujetas a las reglas establecidas en la C-720 de 2007, en tanto, sólo el 20 de julio de 2016, el Congreso de la República expidió el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que empezó a regir a partir del 29 de enero de 2017, seis meses después de su promulgación.

Como para el 20 de julio de 2014, cuando se presentaron los hechos, aún el Congreso de la República no había legislado al respecto, procedía, en las condiciones descritas en la sentencia C-720 de 2007 la retención transitoria»

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL - De la detención arbitraria: el sujeto activo es un servidor público en ejercicio de sus funciones / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL** - De la detención arbitraria: implica un abuso del poder del que está investido el servidor público / **PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Requisitos

«La privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de privación de la libertad y la detención arbitraria especial (artículos 174, 175 y 176), son conductas realizadas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, que sancionan la privación de la libertad que se produce con violación de las garantías y de los requisitos previstos para el efecto en la Constitución y la ley.

Sobre los tipos penales en comento, esta Corte ha indicado que en la comisión de los mismos siempre va comprometido un abuso del poder del que está investido el servidor público, por cuanto significa que la privación ilegal de libertad, la prolongación ilícita de la privación de la libertad o la detención arbitraria especial tuvieron como influjo inspirador el simple arbitrio del funcionario, con la salvedad que, al menos, se puede tener noticia de dónde y bajo órdenes de quién se encuentra, cosas que no pueden ser muy claras o incluso ignorarse en cualquiera de las otras situaciones, siendo, en todo caso, atrocidad mayor la de la desaparición forzada, pues a pesar de señalarse “al particular” como el sujeto agente realizador de la conducta tipificada en el artículo 165, las diferentes experiencias han enseñado que ese particular suele obrar con el

auspicio, patrocinio o favorecimiento de agentes estatales.

En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cualquier acto de privación de la libertad con ocasión de la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo debe ser realizado con estricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas»

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Concepto / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: sujeto activo calificado / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: verbo rector, privar / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: sujeto activo calificado, debe tener dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Sujeto activo calificado: servidor público, abuso de sus funciones

«El delito de privación ilegal de la libertad se encuentra previsto en el Título III -Delitos contra la libertad individual y otras garantías-, Capítulo Cuarto -De la detención arbitraria-, artículo 174 del C.P., es del siguiente tenor: «El servidor público que, abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad...»

Para su perfección, requiere de los siguientes elementos.

- El sujeto activo es un servidor público en cualquiera de las ramas del poder y de sus dependencias o entidades.
- El verbo rector es privar a otro de la libertad.
- Es un tipo de resultado. Requiere la afectación material de la libertad.
- Es pluriofensivo, pues lesiona los bienes jurídicos de la libre locomoción y la dignidad humana.
- El servidor público debe tener competencia funcional, es decir, facultad para privar la libertad.
- La conducta debe realizarse a título de dolo - art. 22 del C.P.»

PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Concepto / **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Bien jurídico tutelado: libre locomoción individual / **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Elementos: dolo / **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Configuración

«El delito prolongación ilícita de privación de la libertad se encuentra definido en el artículo 175 del Código Penal, según el cual «El servidor

público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) a sesenta (60) meses y pérdida del empleo o cargo público.

Igual que en el anterior tipo penal, este punible sanciona la transgresión del bien jurídico tutelado de la libre locomoción individual de las personas, y se configura, según lo ha señalado esta Corte, cuando a pesar de que una persona es aprehendida legalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, no se cumplen los presupuestos formales y sustanciales posteriores tendientes a mantener ese estado de legalidad, o cuando habiendo concluido las causas que dieron lugar a la privación lícita de la libertad, se mantiene el estado de reclusión, no permitiendo que se recupere el derecho a la libre locomoción individual.

[...]

Es decir, que el desvalor de la conducta a la que se hace referencia surge cuando se prolonga la privación de la libertad más allá de los límites legalmente permitidos»

DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL - Concepto / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL** - Elementos / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL** - Verbo rector, recibir / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL** - Elementos: sujeto activo calificado, servidor público con competencia funcional para recibir personas / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL** - Elemento normativo

«El delito de detención arbitraria especial, del artículo 176 de la Ley 599 de 2000, establece “El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de la libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en [...]”.

Se trata de un delito de resultado, de lesión, de conducta instantánea, pluriofensivo, y debe realizarse con dolo, dado que no admite la modalidad culposa.

Como en los anteriores tipos penales, el sujeto activo es calificado, es decir, servidor público con competencia funcional de recibir personas, en camino de privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medida de seguridad.

Según la doctrina, la conducta, tiene que ver con la acción establecida en el verbo rector recibir, que para este caso significa admitir el ingreso de una persona, contra quien recae la privación de la libertad, con efectivo internamiento en establecimientos de reclusión, psiquiátricos, clínicas, dependencias de reclusión transitorias

de policía, cuarteles de policía o militares y demás establecimientos de carácter oficial habilitados como lugares de reclusión.

El elemento normativo se refiere a la realización de la conducta con la inobservancia de los requisitos legales para admitir e internar a una persona en los establecimientos antes mencionados, en aras de que cumpla una medida de aseguramiento o de seguridad.

Los medios de convicción antes analizados descartan de entrada que la aprehensión de VM ocurriera a consecuencia de su captura en flagrancia, sospechoso de ejecutar un delito de hurto -como en principio igualmente lo indicaron los uniformados, pues, de haber sucedido así, QJ -quien lo privó de la libertad y encerró- hubiera procedido inmediatamente a cumplir con los presupuestos de esa circunstancia, entre ellos, legalizar su detención, para después adelantar los trámites dirigidos a su judicialización, con el correspondiente reporte a la Fiscalía General de la Nación.

Así, la privación de la libertad de VM, acorde con el artículo 174 del C.P., no puede reputarse ilegal, en tanto, para ese momento procedía la retención transitoria para proteger la integridad del detenido, conforme a las directrices dadas en la sentencia C-720 de 2007, respecto del artículo 207 del Código Nacional de Policía.

Ciertamente, el tipo penal de privación ilegal de la libertad del artículo 174 del Código Penal, como atrás quedó señalado -num. 4.1.-, exige para su consumación que la retención del ciudadano se produzca sin que medie fundamento jurídico para ello, requisito que no se cumple en el asunto examinado, pues, queda en evidencia que la detención de VM operó en aplicación de la figura de la retención transitoria.

Consecuencia de lo anterior es que la conducta atribuida a GRAM y JGQJ emerge atípica, razón suficiente para que la Corte case el fallo de condena en contra de éstos proferido; en su lugar, los absolverá por el delito de privación ilegal de la libertad del artículo 174 del Código Penal».

DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL - Demostración / DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL - Elementos: sujeto activo cualificado, servidor público con competencia funcional para recibir personas

«En el caso del Patrullero AGLA los falladores sustentaron su responsabilidad, en que en su condición de jefe de información o de guardia “admitió el ingreso del retenido a la celda dispuesta dentro de la estación sin observancia

de los requisitos legales”, argumento que se apoya en la nota del libro de población que éste suscribió en ese sentido.

[...]

Entre los cargos que propone la defensa de LA, por la vía de la violación directa de la ley sustancial, es que advierte equivocado el fallo del Tribunal, cuando se ocupa de aplicar o interpretar el artículo 176 del Código Penal, por cuanto, los hechos jurídicamente relevantes objeto de investigación, no corresponden a la privación de la libertad de AEVM sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, sin verificar si existía orden de captura en su contra o por captura en flagrancia, sino que se trató de una retención transitoria.

De entrada descarta la Corte, la incursión de LA en el delito que se le endilga, en tanto que, como quedó atrás demostrado, en la aprehensión y conducción a una celda de la Estación de Policía de Iles, participaron el Comandante de la Estación AM y el Patrullero QJ, aunado a que éste en indagatoria reconoció que no dejó al detenido a disposición del comandante de guardia, [...]

Así las cosas, resulta evidente que no intervino LA, ni formal, ni materialmente, en la reclusión de VM, acorde con las condiciones exigidas por la norma penal examinada.

Por tanto, no hay lugar a extender los efectos de la prolongación ilícita de privación de la libertad de la cual finalmente pudo ser objeto VM, por parte de QJ y AM -delito que no les fue imputado-, al delito de detención arbitraria especial atribuido a LA, dado que el tipo penal reclama de una condición especial para el obrar del funcionario público, relacionada con recibir al detenido en el centro de reclusión, situación que se insiste, no se presentó en el caso de éste último, por no tener éste la facultad para actuar de la manera que le fue atribuida.

Por manera que como LA, no recibió al detenido VM para privarlo de la libertad en las condiciones indicadas por la norma típica, es razón suficiente para determinar que no incurrió en el delito de detención arbitraria especial; de ahí, que su conducta resulte atípica frente a la ley penal.

Por las razones indicadas, la Sala casará el fallo de condena y, en su lugar, absolverá al Patrullero AGLA, por el delito de detención arbitraria especial -art. 176 del C.P.-»

POLICÍA NACIONAL - Medidas correctivas: retención transitoria / **CASACIÓN OFICIOSA -** Absolución por atipicidad

«Finalmente, la Corte, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en la actuación, advierte necesario realizar un pronunciamiento oficioso -art- 216 de la Ley 600 de 2000-, en orden a restablecer los derechos del acusado JEMC, condenado por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad. La defensa de éste no recurrió en casación.

[...]

Se encuentra acreditado que el acusado MC no participó en la privación efectiva de la libertad de VM, tampoco lo reclusó en una celda temporal o de reflexión, menos, prolongó ilícitamente su libre locomoción.

Para el momento de la captura e ingreso de VM a la sala de reflexión o celda transitoria, el acusado no se encontraba de turno en la Estación de Policía; contrario a ello, hay evidencia que el turno de jefe de guardia fue recibido a las 19:00 horas, de parte de LA; éste tampoco, como arriba se analizó, recibió al detenido y, por obvias razones, no hizo entrega de este a quien lo reemplazó, [...]

Es decir, en ningún momento MC tuvo la posibilidad de disponer del capturado, ni realizó algún comportamiento, omisivo o activo, para que este siguiera en calidad de retenido o privado de la libertad.

Ahora, igual que con el tipo penal de detención arbitraria especial -art. 176 del C.P.- en la prolongación ilícita de privación de la libertad -art. 175 del C.P.-, la inicial limitación del derecho a la libre locomoción -que se prolonga de forma ilegal- debe resultar legítima, bien por orden de captura dispuesta por autoridad judicial -art. 28 de la C.P.-; a consecuencia de captura en

flagrancia -art. 32 ib-; o cuando se dispone de una medida de aseguramiento de detención preventiva intramural o como en este caso, consecuencia de una retención transitoria.

Por lo que, en caso de que la captura no se legalice dentro del término legal o no se vincule al detenido al proceso en debida forma, incurre el funcionario que dio lugar a ello, en prolongación ilícita de privación de la libertad. En igual delito está inmerso el funcionario del centro de reclusión que persiste en mantener privada de la libertad a una persona, pese a la orden de liberación proveniente de autoridad judicial.

Ocurre, sin embargo, que VM, fue privado de la libertad legítimamente por obedecer su confinamiento a la retención transitoria que, tal cual se ha venido indicando, tenía como finalidad contrarrestar su estado de embriaguez y dado que fomentaba riña en vía pública.

Sin embargo, luego de su retención le fue prolongada ilícitamente su privación de la libertad en los términos del artículo 175 del C.P., dado que por parte de los procesados AM y QJ, como atrás quedó señalado, no indicaron las razones de su aprehensión, no informaron a su familia de su retención, ni se corrió traslado al personero, en las condiciones de la Sentencia C-270 de 2007, aunado a que se le encerró en una celda, pese a encontrarse frente a una medida eminentemente administrativa y no mediar orden de autoridad judicial.

Así las cosas, no puede incurrir MC, en el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, dado que a este no le fue puesto a disposición el retenido, tampoco lo recibió para recluirlo en una celda y por lo tanto no tenía la potestad de disponer de su libertad».

Inicio

7. DERECHOS DE AUTOR - Derechos patrimoniales / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993, estimación del daño, usos honrados / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: perjuicio irrazonable / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: afectación económica, derecho comparado / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Antijuridicidad del daño: ausencia de lesividad / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Antijuridicidad del daño: estimación de la afectación patrimonial

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor de WDDVM, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, que confirmó la dictada por el Juzgado 5 Penal del Circuito de la misma sede, que lo condenó como autor del delito de violación a los derechos patrimoniales de autor.

La Sala casó la sentencia impugnada, para en su lugar absolver al procesado, al considerar que la conducta juzgada es valorativamente atípica del delito de violación a los derechos patrimoniales de autor.

Ello por cuanto, no se demostró, como lo exige el Acuerdo de Cartagena, incorporado a la legislación colombiana y que conforma, en esta materia, el bloque de constitucionalidad, que, se causó un perjuicio irrazonable a los derechos económicos de los herederos del autor, o una lesión efectiva al patrimonio de estos.

Al respecto, explicó que, la legislación colombiana no tiene una norma específica para graduar la pena según la intensidad de la afectación económica en relación con delitos que afectan el patrimonio del autor; sin embargo, en los términos del artículo 11 del Código Penal, es posible que la mínima afectación al bien jurídico conlleve a la ausencia de lesividad.

SP331-2023(56944) de 09/08/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

En la ciudad de Cartagena de Indias, varias personas se dedicaban a falsificar y enajenar diferentes obras del maestro AO, entre ellas la “B”, escultura que, en diferentes tamaños, sin autorización de los herederos del maestro, se exhibía y vendía, entre otros sitios, en la galería W, de propiedad de WDDM.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONDUCTA PUNIBLE - Categorías dogmáticas: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad / **CONDUCTA PUNIBLE** - Antijuridicidad / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993 / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** – Elementos

«Hay, al menos, dos formas de afrontar el problema planteado en los dos cargos propuestos por infracción directa de la ley.

La primera consiste en analizar la conducta desde el punto de vista de la división tripartita del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad—, sistema de estancos en el cual la categoría de la tipicidad se cumple con la adecuación formal de la conducta al tipo penal.

Otra es bajo la consideración de que la antijuridicidad le confiere sentido al tipo penal y delimita la materia de prohibición, con lo cual el examen de legalidad tiene como objeto conductas antijuridicamente típicas.

Ante un comportamiento que se define a partir de ingredientes normativos y juicios de valor que desde el derecho convencional concretan la ilicitud, su constatación no depende solo de verificaciones fácticas, por lo cual el mejor sistema para apreciar su desvalor es el de la segunda opción mencionada.

Eso justifica por qué los cargos segundo y tercero, en lugar de examinarse por separado, como si correspondieran a juicios de valor autónomos, se analicen como unidad, desde una visión que congloba la tipicidad y antijuridicidad como expresión articulada del tipo objetivo.

Precisado lo anterior, se debe señalar que el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal sanciona a quien sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes,

“Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca,

adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.”

A pesar de la complejidad de los términos y del lenguaje que se utiliza, en este caso la acusación se centró en la venta de una obra del maestro O, que el acusado reprodujo. Como la norma no dice si la reproducción debe ser exacta o similar, perfecta o burda, el tribunal consideró que “elaborar y comercializar réplicas falsificadas” de la obra artística “[...]” es un comportamiento típico del delito de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

[...]

Asimismo, estimó que el acusado debe actuar con ánimo de lucro, nota que se deduce, así el tipo penal no lo exprese, del bien jurídico que está en la base del tipo de prohibición.»

DERECHOS DE AUTOR - Derechos patrimoniales / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: ámbito de protección / **DERECHOS DE AUTOR** - Ámbito de protección / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Elemento normativo: sin autorización previa y expresa del titular de los derechos / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Elemento subjetivo: ánimo de lucro

«[...] En la SP del 30 de abril de 2008, radicado 29188, la Sala trazó la línea de interpretación sobre el delito de derechos patrimoniales de autor. Según esta decisión, y otras, como la SP del 23 de octubre de 2018, radicado 47463, la protección penal a los derechos patrimoniales de autor - la moral protege la paternidad de la obra—, tutela desde el punto de vista económico “la posibilidad de explotación o utilización de la obra como a bien tenga el autor, sea cediéndola, enajenándola, autorizando, prohibiendo o realizando directamente su reproducción, comunicación pública, transformación, o cualquier otra forma de utilización.”

En síntesis, la protección penal del derecho patrimonial de autor se refiere a comportamientos que “se relacionan con la explotación o utilización de la obra en formas no consentidas por el autor o titular del derecho, en quien recae de manera exclusiva la facultad de enajenarla, cederla, autorizar o prohibir las reproducciones, modificarla, etc.”

La concepción económica del derecho de autor implica que pueda cederse como a bien tenga su titular o que autorice legalmente su ejercicio. De allí que el artículo 271 del Código Penal penaliza

una serie de conductas contra el derecho de exclusividad patrimonial de la obra, siempre que no estén en el ámbito de las “excepciones que señala la ley”, o que no sean autorizadas por la liberalidad de sus titulares, pues no en vano el artículo 15 del Código Civil dispone que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”

Lo que no puede hacerse, porque afecta el núcleo de protección del derecho, al menos desde su concepción patrimonial, es reproducir la obra con ánimo de lucro sin la autorización del titular del derecho o de sus causahabientes. Eso formalmente fue lo que declaró probado el tribunal.

El núcleo de la discusión que propone el recurrente se relaciona con el juicio de desvalor del acto. Así lo da a entender cuando afirma, de una parte, que se trata de la imitación de una obra emblemática del conocido artista y que hacerlo no es delito porque de ser así no existirían escuelas o movimientos artísticos y, de otra, que no lo es, por la insignificancia del daño.

Según definiciones sobre la materia, los movimientos artísticos son tendencias con una filosofía o un estilo común del que participan un grupo de artistas durante un periodo de tiempo con creaciones originales. No se trata de colectivos en los que un líder antepone una idea o criterio que imitan los demás, sino de un conjunto en el que cada quien conserva su individualidad, así sus obras participan de rasgos o ideas comunes.

De este concepto está lejos la idea que propone el demandante al pretender ubicar a WDJVM como integrante de un movimiento artístico que el recurrente no define y cuyo único trazo sería imitar una obra específica del maestro O, algo totalmente contrario a la ética de lo que es un movimiento artístico. Por lo demás, WDJVM, cuando se le propuso negociar la obra, ni siquiera mencionó ser un autor que compartía ideas afines con el maestro O, sino que dijo tener claro que no podía estampar su firma por tratarse de imitaciones de la obra del maestro que vendía, según pedido, a los interesados en ella.

Esto prueba que no se trata de un problema conceptual, sino económico, y por eso la discusión se contrae a la reproducción de la obra con fines de lucro sin la aquiescencia del autor o de sus herederos. Desde este punto de vista, la adscripción formal de la conducta al artículo 271 del Código Penal no sería equivocada.»

DERECHOS DE AUTOR - Bloque de constitucionalidad: Decisión Andina 351 de 1993 / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993, estimación del daño / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993, estimación del daño, usos honrados / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: perjuicio irrazonable / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: afectación económica, derecho comparado / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Antijuridicidad del daño: ausencia de lesividad / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Antijuridicidad del daño: estimación de la afectación patrimonial

«Otro tema son los efectos económicos que pueden llegar a ser inocuos frente al impacto sobre el patrimonio del artista o de sus herederos, como lo destaca el recurrente.

En relación con este asunto, la estimación del daño en la consideración del injusto debe tener en cuenta los “usos honrados”, que según el artículo 3 de la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común sobre Derechos de autor y derechos conexos, incorporado a la legislación colombiana, “no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.”

La Corte ha señalado que el Acuerdo de Cartagena sobre derechos de Autor se integra a la legislación colombiana y conforma en esta materia el bloque de constitucionalidad. De manera que para evaluar la ofensividad de la conducta, tratándose de la protección a los derechos patrimoniales de autor, se debe considerar lo dispuesto en la Decisión Andina 351 del Convenio Internacional, según el cual, la protección en estas materias debe asociarse a la creación de “un perjuicio irrazonable.”

Desde esta perspectiva, países firmantes del Acuerdo, como España, dispensan una protección escalonada. [...]

La legislación colombiana no tiene una norma específica para graduar la pena según la intensidad de la afectación económica en relación con delitos que afectan el patrimonio del autor en el margen del principio de favorabilidad. Existen disposiciones que permiten asignar la pena considerando el daño real o potencial creado. Así, el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, dispone:

“Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.”

Sin embargo, es posible que la mínima afectación al bien jurídico pueda considerarse irrelevante en los términos del artículo 11 del Código Penal, según el cual, para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley.

De manera que en Colombia, la insignificante o mínima afectación al patrimonio del autor, en lugar de incidir en la graduación de la pena, puede llevar a la ausencia de lesividad -en España se atenúa considerablemente la sanción—, a la manera del delito de bagatela, pero demostrado el daño efectivo, la única opción es graduar la pena bajo las pautas de los artículos 60, 61 y 271 del Código Penal.

[...]

El artículo 11 de la Ley 599 de 2000 señala que para que la conducta típica sea antijurídica se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley. Esta exigencia se vuelve mucho más insistente con la que hace el Acuerdo de Cartagena en el artículo 3 de la Decisión 351 de 1993, según el cual la protección no incluye conductas que “no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.” (se resalta)

Para expresarlo de alguna manera, el Acuerdo de Cartagena, y la definición de la categoría de antijuridicidad del artículo 11 de la Ley 599 de 2000, valoran el hecho desde su lesividad, no simplemente desde la adecuación formal de la conducta al tipo penal. Por esa razón se explica el acento en la efectividad de la lesión que el Acuerdo de Cartagena sobre derechos de autor traduce en la causación de un perjuicio irrazonable.

ICO, acerca de la conducta juzgada, señaló que no consideraba “que sea un homenaje que se diga que eso es del maestro O, porque no corresponde en nada de lo que es la obra real. Es una deformación de la obra, nada tiene que ver con la obra original.” Siguiendo sus términos se diría que es una imitación burda, de manera que si esa fuera la conducta juzgada, desde la perspectiva

de la protección del derecho moral de autor, no tendría mayor relevancia jurídico penal.

No se le preguntó nada acerca de cómo esa imitación afectaba sus derechos patrimoniales y el perjuicio derivado de ese comportamiento. Como ese tema no se mencionó en el juicio, el tribunal infirió que toda imitación, así sea burda, según el autorizado concepto de IO, lleva implícita la idea de perjuicio. Algo así como que la tipicidad es indicio de la antijuridicidad. Sin embargo, esta apreciación de IO no se puede ignorar al analizar el desvalor de la acción, ni siquiera centrando el juicio de antijuridicidad exclusivamente en torno a la peligrosidad ex ante de la acción. En efecto, si se probó la realización de imitaciones burdas que son más una

deformación de la obra, esa connotación priva a la acción de la peligrosidad efectiva que la antijuridicidad exige en relación con un delito de carácter eminentemente patrimonial.

Salvo las pruebas que demarcan la conducta juzgada y otras de expertos que señalan que la obra no corresponde a la original del maestro, no existe ninguna que al menos permita dimensionar la entidad del daño económico, puesto que la fiscalía no acreditó ningún referente objetivo que permita asegurar, como lo exige el Acuerdo de Cartagena, que se causó un perjuicio irrazonable a los derechos económicos de los herederos del autor, o una lesión efectiva al patrimonio de estos, para expresarlo en los términos del artículo 11 del Código Penal».

Inicio

8. FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS -

Características del arma y uso / **ARMAS DE FUEGO** - Clasificación legal: prohibidas, desarrollo en el Decreto 2535 de 1993 y en el Código Penal

La Sala de Casación Penal, decidió la impugnación especial promovida por el defensor de HFMM, quien luego de ser absuelto por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Cali por el delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, fue condenado por el Tribunal de la referida ciudad como autor de dicho punible.

La Sala confirmó la sentencia condenatoria en contra de HFMM, modificándola en el sentido de declararlo responsable penalmente del delito de porte de arma de fuego y municiones de defensa personal, a título de autor, y en consecuencia redosificó la pena impuesta.

Para el efecto, la Corte analizó lo dispuesto en el Decreto 2535 de 1993 que, en sus artículos 8 y 11 literal (a), describe cuáles son las armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública y cuáles las de defensa personal, normativa con base en la cual concluyó que, el arma incautada no cumple con las exigencias para ser de uso privativo de las fuerzas armadas, sino que se trata de una pistola y municiones de defensa personal.

Aunado a ello aclaró que, la circunstancia de que el arma calibre 7.65 mm, contara con un

proveedor para 12 cartuchos, por sí sola, no basta para que tenga la calidad de arma de guerra.

SP256-2023(63192) de 28/06/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente a las 8:30 de la mañana del 8 de diciembre de 2019, en Cali, cuando un Intendente de la policía requisó a HFM, encontró en el bolsillo derecho de su pantalón una pistola, marca Browning, calibre 7.65, con un cargador para la misma con capacidad para 12 cartuchos y uno sin percudir en la recamara.

2. Como el ciudadano informó que carecía de salvoconducto, se procedió a su captura.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS - Características del arma y uso / **ARMAS DE FUEGO** - Clasificación legal: prohibidas, desarrollo en el Decreto 2535 de 1993 y en el Código Penal

«Como en la audiencia realizada el 9 de diciembre de 2019 en el Juzgado 25 Penal Municipal con

funciones de control de garantías de Cali, la Fiscalía imputó a MM la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal (artículo 365 de la Ley 599 de 2000), pero luego, en el escrito de acusación y en la correspondiente audiencia realizada el 15 de febrero de 2021 le imputó la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 del Código Penal), punible por el cual el Tribunal Superior de Cali dictó el 26 de octubre de 2022 la primera sentencia de condena contra el acusado, advierte la Corte que se impone ahondar sobre tal variación en la imputación.

En tal cometido se tiene que el arma incautada corresponde a una pistola marca Browning, calibre 7.65, semiautomática, con un cargador para la misma con capacidad para 12 cartuchos.

En la acusación se dijo que se trataba de un artefacto de uso privativo de las fuerzas armadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 11 literal (a) del Decreto 2535 de 1993.

[...]

Al cotejar las características del arma incautada, con las normas transcritas, se tiene que el calibre 7.65 es inferior al 9.65 a partir del cual las pistolas son de uso privativo de las fuerzas armadas. Además, no se trata de un fusil o carabina semiautomática, de un arma automática, o de alguno de los artefactos relacionados en el artículo 8 del Decreto 2535 de 1993.

hora, en cuanto se refiere al artículo 11 literal (a) del mismo decreto, se tiene que cumple con las exigencias para ser arma de defensa personal, pues su calibre 7.65 es inferior al 9.62, la longitud de su cañón es inferior a 6 pulgadas (cabe en el bolsillo de un pantalón), es semiautomática, no se trata de una carabina o una escopeta, pero la capacidad del proveedor sí es superior a 9 cartuchos, pues como se estableció en este caso, tenía capacidad para 12 de ellos.

[...] la Corte advierte que en este asunto se trató de una pistola y municiones de defensa personal, con un calibre 7.65 mm inferior al 9.62 mm dispuesto en la legislación para las de uso privativo de las fuerzas armadas, pero con un proveedor para 12 cartuchos, circunstancia que por sí sola no basta para que tenga la calidad de aquellas. Es decir, acertó la Fiscalía en la audiencia de imputación al referir el artículo 365 del Código Penal, pero erró en la acusación y en los alegatos de clausura del juicio al señalar el artículo 366 del mismo ordenamiento, razón por la cual también se produjo el equívoco en la primera sentencia de condena dictada contra MM.

Entonces, se impone modificar oficiosa y parcialmente el fallo del Tribunal, en orden a condenar por el delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones de defensa personal y redosificar la sanción».

Inicio

- 9. FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos: dolo, conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su comportamiento, está participando en el tráfico ilegal de mercancías / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Aprehensión y decomiso de mercancía / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera: declaración de importación / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera: responsable

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado, contra el fallo de segundo grado proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual

revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, para en su lugar condenarlo como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

La Sala, en aplicación del principio in dubio pro reo, casó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, para, en su lugar, en garantía de la doble conformidad, confirmar el fallo de primer grado, que absolvió a WGOR.

Para ello, analizó los elementos del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, enfatizando en que, para su configuración, la fiscalía debe demostrar, más allá de toda duda, que el sujeto activo tiene conocimiento de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su

comportamiento, está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías.

Fue así como, consideró que, condenar al procesado sólo porque se presentó como el tenedor de la mercancía, implicaría emitir una sentencia con base en la responsabilidad objetiva, lo que está proscrito en nuestro sistema procesal penal.

SP349-2023(56154) de 23/08/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La Policía Fiscal y Aduanera, el 4 de septiembre de 2015, en Bogotá, procedió, en compañía de otros funcionarios, a verificar una mercancía que se encontraba en el interior del vehículo tipo camión, conducido por JEAM, diligencia que concluyó con la aprehensión de: (i) 2.640 pares de tenis deportivos, (ii) 1.360 juguetes tipo muñeco para niño, (iii) 1.205 unidades de pijama para bebé, (iv) 1.730 unidades de pijama para niño tipo mameluco, (v) 570 unidades de pijama para niño, (vi) 144 unidades de conjunto para bebé por 6 piezas, y (vii) 72 unidades de conjunto para bebé por 3 piezas, porque no se aportó la declaración de importación; mercancía que fue evaluada en 369 s.m.l.m.v. para el año 2015.

2. WGOR se hizo responsable, en calidad de tenedor, de dicha mercancía extranjera, firmando para el efecto el acta de aprehensión respectiva.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Elementos / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos: objeto material real, mercancía / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos: dolo, conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su comportamiento, está participando en el tráfico ilegal de mercancías / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Agravado: valor de la mercancía /

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Eximente de responsabilidad: consumidor final que adquiera mercancía en un monto superior a 50 s.m.l.m.v. / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Bien jurídico tutelado: orden económico y social

«El artículo 320 del Código Penal, modificado por el artículo 6° de la Ley 1762 del 6 de julio de 2015 - vigente para la época de los hechos-, dispone lo siguiente:

«El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario».

El delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, se erige en tipo penal con sujeto activo indeterminado, de conducta alternativa - poseer, tener, transportar, embarcar, desembarcar, almacenar, ocultar, distribuir y enajenar-, y cuyo objeto material es real, como que se concreta en mercancías.

Se trata de un tipo penal en blanco, en la medida en que remite a disposiciones normativas extrapenales que no se encuentran contenidas en la descripción del tipo, al exigir que el verbo

rector se cometa sobre mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera.

En el inciso segundo de la norma que se analiza, se incluye una circunstancia específica de agravación de la conducta, que se relaciona con el valor de la mercancía objeto del delito; y en el tercero, un elemento eximente de responsabilidad, de carácter igualmente específico, para el consumidor final que adquiera mercancía en un monto superior a 50 s.m.l.m.v., siempre y cuando la operación esté soportada en una factura o documento equivalente con el lleno de los requisitos legales.

Con su comisión se vulnera el bien jurídico del orden económico y social, en tanto, se despoja al Estado de parte de los recursos necesarios para materializar los derechos individuales y sociales como fin del mismo [...]

Con este comportamiento se sanciona la participación en el circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías, consistente en el aporte a la puesta en el mercado o en el comercio de mercancías que no han cumplido con los requisitos administrativos en materia aduanera. Es decir, se sanciona a quien posee, tiene, transporta, embarca, desembarca, almacena, oculta, distribuye o enajena mercancías que han sido objeto de contrabando, en los términos de ese delito.

Sin embargo, para la configuración del delito, no basta con que la fiscalía demuestre la existencia objetiva de alguno de los verbos rectores definidos en la norma, pues, en todo caso, se deberá acreditar, más allá de toda duda razonable, que el sujeto activo tiene conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y que, con su comportamiento, está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías, consistente en el aporte a la puesta en el mercado o en el comercio de mercancías que no han cumplido con los requisitos administrativos en materia aduanera, pues, como se sabe, en nuestro país está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia C-191 /16, que declaró exequible el artículo 320 del Código Penal, que tipifica el

delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, estableció lo siguiente:

«El delito castiga solamente una actividad dolosa que, por lo tanto, no puede configurar confianza legítima ya que, como lo precisó esta Corte, “sólo se protegen aquellas circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles”. Por el contrario, si no se logra demostrar el dolo del investigado por favorecimiento y facilitación del contrabando, con el respeto del debido proceso, no será posible imputarle responsabilidad. Por consiguiente, frente a este cargo, la norma será declarada exequible».

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Demostración / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Aprehensión y decomiso de mercancía / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Aprehensión y decomiso de mercancía: causales / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera: declaración de importación / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera: declaración de importación, trámite / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera: responsable

«[...] en el juicio oral se escuchó el testimonio de HAHC -integrante del grupo operativo de la Policía Fiscal y Aduanera-, [...]

[...] WGOR, quien manifestó ser el tenedor /poseedor responsable de la mercancía y presentó una “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN”, con fecha de presentación 27 de agosto de 2015, identificada con autoadhesivo [...] ; sin embargo, ese documento SÓLO amparaba la mercancía identificada como ítem número 2, es decir, los 1.360 juguetes tipo muñeco para niño, con la marca bebecitos, aunque estos artículos no cumplían con los requisitos de etiquetado establecidos en el artículo 10° de la Resolución N° 3388 de 2008 - Por la cual se expide el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes, sus componentes y accesorios, que se comercialicen en el Territorio Nacional, y se dictan otras disposiciones-.

En cuanto a los otros ítems, indicó que no se presentó ningún documento que acreditara que la mercancía estuviera amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración

de importación, y, además, que tampoco cumplían con los requisitos de etiquetado descritos en los artículos 5° de la Resolución 1950 de 2009 -Por la cual se expide el Reglamento Técnico sobre etiquetado de confecciones-, y 6° de la Resolución 933 del 2008 -Por la cual se expide el Reglamento Técnico sobre etiquetado de Calzado y algunos artículos de marroquinería, y se derogan las Resoluciones 0510 de 2004 y 1011 de 2005.

El declarante explicó que la aprehensión es una medida cautelar, de carácter provisional, que consiste en la retención de las mercancías que no cumplen con todos los requerimientos aduaneros, y que, en este caso, se impuso con fundamento en los numerales 1.6 y 1.28 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, con las modificaciones introducidas en los artículos 4° y 10° de los Decretos 3273 de 2008 y 993 de 2015 -Por medio del cual se modifica la Legislación Aduanera-, [...]

De otro lado, la testigo CABP -Funcionaria del Grupo de Definición de Situación Jurídica de la DIAN- manifestó que elaboró el proyecto de acto administrativo N° [...] del 5 de octubre de 2015, mediante el cual se dispuso el decomiso de la mercancía aprehendida, pues, luego de analizar y valorar las pruebas aportadas al trámite, pudo concluir que la mercancía se encontraba ilegalmente en el país, porque no estaba amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación.

Agregó, además, que: (i) toda la mercancía de procedencia extranjera que ingrese al país, debe tener un respaldo documental que acredite su legalidad, (ii) los miembros de la Policía Fiscal y Aduanera que realizaron el procedimiento, determinaron que la mercancía aprehendida no tenía respaldo documental que acreditara la legalización en el territorio colombiano, ni cumplía con los requisitos de etiquetado, (iii) conforme al artículo 3° del Decreto 2685 de 1999, son responsables de las obligaciones aduaneras, entre otros, el poseedor o el tenedor, (iv) la carga de la prueba recae en los investigados, a quienes les corresponde desvirtuar las causales que generaron la aprehensión de la mercancía, (v) WGOR aparece como poseedor /tenedor de los bienes, en la documentación remitida por los policiales a la DIAN, (vi) el procesado fue notificado del acta de aprehensión y no formuló escrito de objeción a la misma, ni presentó ni solicitó pruebas al interior del procedimiento

administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 505-1 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo 14 del Decreto 4431 de 2004, y (vii) el procesado fue notificado de la Resolución N° 0007027 del 5 de octubre de 2015, y no interpuso recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 515 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 50 del Decreto 1232 de 2001.

Con su testimonio se incorporó la Resolución N° [...] del 5 de octubre de 2015, mediante la cual, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá resolvió decomisar la mercancía aprehendida con acta N° [...] del 04 de septiembre de 2015, relacionada en el «DOCUMENTO DE INGRESO, INVENTARIO Y AVALÚO DE MERCANCÍAS APREHENDIDAS» N° [...] del 7 de septiembre de 2015 de la DIAN, con base en las causales ya referidas.

Hasta aquí, ha de indicarse que, con los testimonios de HAHC y CABP, así como la prueba documental introducida con sus declaraciones, se probó, más allá de toda duda razonable, que las mercancías de origen extranjero aprehendidas e incautadas mediante el operativo que se llevó a cabo el 4 de septiembre de 2015, fueron introducidas al país de manera ilegal.

Ahora bien, el impugnante refiere que el hecho de no haberse aportado al proceso administrativo la declaración de importación, no significa, indefectiblemente, que la mercancía haya sido introducida al territorio nacional de manera indebida.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 2685 de 1999, la obligación aduanera, de la cual es responsable el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía -artículo 3 ídem-, nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional y comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación y de presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras.

La declaración de importación debe presentarse, ante la Administración de Aduana con jurisdicción en el lugar donde se encuentra la mercancía -artículo 121-, en el término de un

mes, contado a partir del momento en que llega al territorio aduanero nacional o, de manera anticipada, hasta 15 días antes de su arribo - artículos 115 y 119-; a ella se deben adjuntar los documentos soporte relacionados en el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999.

Una vez presentada y aceptada la declaración, se deberá proceder a pagar los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar -artículos 123 y 124-; luego, se procederá de manera inmediata a determinar si hay lugar a (i) autorizar el levante automático de la mercancía, (ii) la inspección documental o (iii) la inspección física de la mercancía -artículo 125-, y autorizado el levante -acto mediante el cual la autoridad aduanera permite el retiro y disposición de las mercancías importadas, el sistema informático aduanero permitirá la impresión de la declaración de importación, documento con el que se procederá a retirar la mercancía -artículo 130-.

Ahora bien, el artículo 232-1 del decreto en cita señala que se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando, entre otros eventos, no se encuentre amparada por una declaración de importación, en cuyo caso procede la aprehensión y el decomiso de las mercancías, dado que el ingreso al territorio aduanero nacional fue ilegal.

El anterior análisis deja en evidencia que al libelista no le asiste la razón, pues, conforme la normatividad vigente, la ausencia de la declaración de importación implica que la mercancía ingresó al país de manera ilegal, en la medida en que el referido documento sólo se obtiene siempre y cuando se hayan cumplido todas y cada una de las exigencias descritas en la ley aduanera.

Por otra parte, se tiene que la mercancía aprehendida fue valuada en la suma de doscientos cuarenta y cuatro millones ciento noventa y ocho mil ochocientos veinte pesos (\$244.198.820), mismo valor por el que fue valuado en el «DOCUMENTO DE INGRESO, INVENTARIO Y AVALÚO DE MERCANCÍAS APREHENDIDAS» N° [...], del 7 de septiembre de 2015 de la DIAN; suma que para el año 2015 - fecha en la que ocurrieron los hechos- equivale a 369 s.m.l.m.v.

Hasta aquí, se encuentran acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos jurídicamente relevantes: (i) las mercancías aprehendidas y decomisadas en virtud del

operativo que se realizó el 4 de septiembre de 2015, en la ciudad de Bogotá, en la carrera [...] con calle [...] esquina, fueron introducidas al país ilegalmente y (ii) el valor de las mercancías ascendía a 369 s.m.l.m.v.

Desvirtuado así el primer punto de disenso del defensor, a continuación, se analizará si WGOR ejecutó el verbo rector enrostrado -tener-, con conocimiento y voluntad de que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, y que, con su comportamiento, estaba participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías.»

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Verbo rector: tener / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos: dolo, conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su comportamiento, está participando en el tráfico ilegal de mercancías / **ACCIÓN PENAL** - Es independiente a la acción ante otras jurisdicciones / **PRUEBA EN EL JUICIO** - Fiscalía: le corresponde la carga de la prueba / **IN DUBIO PRO REO** - Aplicación: la duda razonable se resuelve en favor del procesado / **IN DUBIO PRO REO** - Aplicación: de la duda razonable, cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa a la del acusador, que puede ser catalogada como verdaderamente plausible

«Desvirtuado así el primer punto de disenso del defensor, a continuación, se analizará si WGOR ejecutó el verbo rector enrostrado -tener-, con conocimiento y voluntad de que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, y que, con su comportamiento, estaba participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías.

[...]

La valoración intrínseca y extrínseca de los testimonios rendidos por JEAM, LGMV y WELG, conforme a las reglas de la sana crítica, deja en evidencia algunas contradicciones en las que incurrieron, con la única finalidad de mostrarse ajenos a la operación de favorecimiento y facilitación del contrabando que, en este caso, consistió en transportar la mercancía desde el puerto nacional al cual arribó y tratar de entregarla al destinatario final, para este caso, los comerciantes del sector.

Sin embargo, en lo que sí son consistentes los testigos es en señalar que WGOR no tuvo ninguna participación en la referida actividad y que sólo apareció en el escenario cuando la mercancía ya había sido aprehendida por la autoridad aduanera; manifestaciones que coinciden con la del policial HAHC quien declaró en el mismo sentido.

De manera que, en el iter o sistema de contrabando, OR no aparece desarrollando ninguna actividad anterior al momento en que la mercancía fue aprehendida por la autoridad aduanera; por el contrario, lo que aparece probado es que LGMV era la persona encargada de coordinar el operativo; JEAM se ocupaba de transportar la mercancía, del lugar de desembarque, hasta los sitios donde se harían las entregas, y WELG coordinaba la entrega efectiva a los clientes.

Su presencia en el escenario del delito se presentó con posterioridad, cuando la mercancía ya había sido aprehendida por la autoridad aduanera y trasladada hasta el lugar donde se realizó la diligencia de verificación e inventario, de modo que no es posible conocer, más allá de toda duda razonable, si WGOR conocía o no del origen ilícito de los productos.

Además, de los testimonios rendidos por WELG y LGMV, se extrae que la presencia del procesado en el lugar donde se realizó la diligencia de inventario y verificación de la mercancía, fue meramente circunstancial, sin que la fiscalía hubiese adelantado alguna actividad probatoria que despejara la duda en torno a la vinculación de OR con la operación de favorecimiento o facilitación del contrabando.

[...]

Por su parte, LGMV, quien sí era la persona a cargo de la mercancía y de su distribución, pese a que, a toda costa, intentó mostrarse ajeno a la actividad ilícita, dijo que no se apersonó de la situación, porque estaba en su casa, la cual queda ubicada en un lugar muy distante a aquel donde ocurrieron los hechos, por lo que llamó a WGOR, a quien le pidió el favor de que se dirigiera hasta el lugar donde se estaba llevando a cabo la diligencia de inventario y verificación.

En realidad, la razón por la que LGMV y WELG no acudieron al lugar donde la autoridad aduanera estaba llevando a cabo el proceso administrativo, no es otra distinta a que ambos conocían que se trataba de mercancía extranjera

que había sido introducida al país de manera ilegal, en tanto, no contaban con la declaración de importación que exige la ley, por lo que simplemente intentaron eludir su responsabilidad.

Comportamiento elusivo que podría explicar el que LGMV hubiese dirigido sus esfuerzos en solicitarle a una persona extraña, que hiciera la labor de atender la diligencia administrativa; lo que se acompasaría con la tesis de la defensa según la cual WGOR se dirigió hasta aquel lugar porque un amigo se lo pidió, sin que supiera que con ello estaba realizando una actividad dirigida a favorecer o facilitar el contrabando; teoría que la fiscalía no logró desvirtuar, más allá de toda duda razonable.

[...]

Como se ve, entonces, es el mismo procesado quien refiere que, efectivamente, acudió al lugar donde se estaba realizando la diligencia de verificación e inventario de la mercancía; sin embargo, dicho comportamiento no implica, de manera indefectible, que conociera que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, pues se presentó con una “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN”, con fecha de presentación 27 de agosto de 2015, identificada con autoadhesivo 07842281495161; documento que, en principio, lo respaldaba.

Ahora, es cierto que la “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN” sólo amparaba una parte de la mercancía, de ahí que, el resto, fue efectivamente decomisada por la autoridad aduanera, sin embargo, esta información no era conocida por el procesado o, al menos, la fiscalía no lo probó, pues sólo tuvo contacto con los productos, cuando llegó al lugar donde se estaba haciendo la diligencia administrativa.

Por otro lado, contrario a lo referido por el Tribunal, el que el procesado haya acudido al lugar donde se estaba realizando la diligencia no implica, indefectiblemente, que conociera que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, ya que el objeto de ésta consistía, precisamente, en verificar esa circunstancia.

Y es que, la razón por la que la mercancía fue trasladada desde el sitio donde se halló el camión hasta el lugar que dispusieron los agentes de la policía aduanera, no fue porque se hubiese determinado que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, sino ante la imposibilidad de realizar la diligencia de verificación en el sitio

del hallazgo, por razones de seguridad, dado que los comerciantes del sector exacerbaron los ánimos.

[...]

No le asiste razón al Ad-quem, pues la Corte, de manera reiterada, ha establecido que la acción penal es autónoma e independiente frente a cualquier otra, en tanto, difiere en su objeto, naturaleza, procedimiento y en las normas y principios que la gobiernan; ello es tan así que la testigo CABP -funcionaria del Grupo de Definición de Situación Jurídica de la DIAN- manifestó que, en los procedimientos relacionados con las obligaciones aduaneras, la carga de la prueba recae en los investigados, a quienes les corresponde desvirtuar las causales que generaron la aprehensión de la mercancía, principio que, como sabemos, difiere del proceso penal, en tanto, es a la Fiscalía General de la Nación a quien le corresponde demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, más allá de toda duda razonable.

En conclusión, no cabe duda de que, en efecto, WGOR se dirigió hasta el sitio donde se estaba llevando a cabo la diligencia administrativa de verificación e inventario de una mercancía y firmó los documentos “AUTO COMISORIO”, “ACTA DE HECHOS” y el “ACTA DE APREHENSIÓN”, en calidad de “Declarante /Transportador /Consignatario /Depositario /Tenedor”; sin embargo, ese solo hecho, por sí mismo, resulta a todas luces insuficiente para concluir, más allá de toda duda razonable, que el procesado tenía una relación jurídica con la mercancía aprehendida y luego decomisada.

Como se dijo líneas arriba, para la configuración del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando no basta con que la fiscalía demuestre la existencia objetiva de alguno de los verbos rectores definidos en la norma, pues, en todo caso, se deberá acreditar, más allá de toda duda, que el sujeto activo tiene conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y que con su comportamiento está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías; componentes que, en este caso, la Fiscalía no logró demostrar, tal y como lo consideró el A-quo.

Condenar al procesado sólo porque se presentó como el tenedor de la mercancía, sin que aparezca probado, más allá de toda duda, que conocía de su ilegalidad y que con su actuar estaba participando en una actividad criminal dirigida a facilitar y favorecer al contrabando, implicaría emitir una sentencia con base en la responsabilidad objetiva, lo que está proscrito en nuestro sistema procesal penal.

Por lo tanto, en este asunto se presentan dos hipótesis alternativas y contradictorias con respaldo razonable en las pruebas que las convierten en tesis verdaderamente plausibles, las cuales conducen a declarar que existe una duda insuperable que debe ser resuelta a favor del procesado.

[...]

Por lo tanto, ante la existencia de dos tesis respaldadas en medios de prueba con análoga capacidad demostrativa, pero en sentidos opuestos, subsiste una duda insalvable sobre el dolo en el actuar de WGOR y su consecuente responsabilidad en el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, por el cual se le acusó. Por lo tanto, la presunción de inocencia que cobija al procesado no pudo ser desvirtuada».

Inicio

10. **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecúa a la Ley 600, las actuaciones cumplidas gozan de presunción de legalidad / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecua a la Ley 600, no es inmediato / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004): características a tener en cuenta para la adecuación de los sistemas procesales, cuando ya ha iniciado la práctica de pruebas

La Sala de Casación Penal, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el fiscal 1° delegado ante la Corte y la defensa técnica de GEP, contra el auto proferido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual, en la actuación seguida al acusado por el delito de prevaricato por acción, dispuso continuar la audiencia de juicio oral bajo el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004.

La Sala confirmó la decisión, con la aclaración de que, una vez finalizada la práctica de pruebas decretadas en favor de las partes e intervinientes en el marco de la audiencia preparatoria, se ajuste la actuación al procedimiento fijado en la Ley 600 de 2000, tal como lo dispone el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Para el efecto, sostuvo que, la Sala Especial de Primera Instancia acertó al negar *ipso facto* la adecuación de este procedimiento al establecido en la Ley 600 de 2000; sin embargo, se equivocó al sustentar que la actuación debía continuar bajo el trámite de la Ley 906 de 2004 hasta la ejecutoria de la sentencia, ya que, lo pertinente es concluir el período probatorio iniciado bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, para, a su terminación, ajustar la actuación al procedimiento de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con el artículo 624 del Código General del Proceso.

AP1460-2023(63476) de 24/05/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 29 de enero de 2019, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá con función de control de garantías, el fiscal 1° delegado ante la Corte formuló imputación a GEP por el delito de prevaricato por acción, cargo que el imputado no aceptó.
2. El 23 de abril de 2019, la Fiscalía delegada radicó el escrito de acusación.
3. El 15 de septiembre de 2020, en audiencia ante la Sala Especial de Primera instancia de la Corte, la Fiscalía materializó la acusación.
4. Instalado el juicio oral el 23 de febrero de 2022 y antes de su continuación prevista para el 4 de agosto siguiente, el apoderado del procesado solicitó, mediante escrito, adecuar al procedimiento de la Ley 600 de 2000 esta actuación, debido a que el 20 de julio de 2022 GEP asumió la curul de Senador, por haber sido electo al Senado de la República para el período constitucional 2022-2026.
5. La Sala Especial de Primera instancia mediante auto de julio 28 de 2022, al resolver la solicitud anterior, dispuso continuar la audiencia de juicio oral bajo el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, la cual viene rigiendo este asunto, y adecuarlo a la Ley 600 de 2000 una vez ejecutoriada la sentencia respectiva.
6. Contra la anterior decisión, el fiscal 1° delegado ante la Corte y el defensor del inculcado interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCIÓN PENAL - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004) / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecúa a la Ley 600 / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecúa a la Ley 600, las actuaciones cumplidas gozan de presunción de legalidad / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecúa a la Ley 600, en garantía del debido proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de integración: aplicación de las normas del Código General del Proceso / **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL** - Remisión: Código General del Proceso, sólo en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código

«[...]», cuando en virtud de fuero la Sala Especial de Primera Instancia conozca del juzgamiento de servidor público que asume la curul de Senador

o Representante, por mandato legal le compete adecuar al procedimiento de la Ley 600 el juicio que venía siendo rituado por la Ley 906 de 2004.

En este sentido, aunque el juez natural continúe siendo el mismo, es imperativo que este haga los ajustes pertinentes al rito por el que corresponde en adelante su prosecución, sin que en él pueda intervenir el Fiscal General de la Nación o su Delegado.

En el ordenamiento jurídico vigente, mientras el aforado haga parte de la célula congresional, independientemente de que la conducta punible imputada tenga relación con la función o no o haya sido cometida antes de asumir la curul, el procedimiento aplicable para su investigación y juzgamiento es el previsto en la Ley 600 de 2000, siendo pertinente acudir como lo hace la Sala Especial de Primera Instancia a las previsiones del Código General del Proceso reformativo del artículo 40 la Ley 153 de 1887, para determinar cuál es el procedimiento a seguir.

El fuero congresional impone acomodar el proceso seguido bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004 al procedimiento fijado en la Ley 600 de 2000, labor que implica hallar “el punto de encuentro” o de “equivalencias” entre ambos sistemas y permita continuar su trámite, sin necesidad de anulación de la actuación surtida bajo la ritualidad previamente establecida por la ley.

En este caso, aun cuando no se está frente a un tránsito de legislación ningún imperativo legal impide que la adecuación al procedimiento correspondiente por el surgimiento del fuero congresional, sea resuelta bajo los presupuestos establecidos en el artículo 624 del Código General del Proceso, modificatorio del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Frente a la falta de regulación legal para resolver las situaciones problemáticas originadas por la simultaneidad de procedimientos previstos en leyes que coexisten, jurídicamente es posible acudir a tal norma, cuya existencia se justifica en la necesidad de solucionar las dificultades surgidas de la vigencia y aplicación de las leyes.

Para la Sala la coexistencia de leyes es asimilable, por sus efectos, al fenómeno de sucesión de leyes, toda vez que si bien es cierto ambas se encuentran vigentes, sólo una de ellas regirá el caso haciendo inaplicable la otra, en toda la materia regulada por aquella. Aunque tal

situación, en estricto sentido jurídico, no configura derogatoria de la ley que cede en su aplicación frente a la otra, esta no podrá regular las situaciones que deban ser decididas al amparo de la que rija el asunto.

De otro lado, las actuaciones cumplidas bajo el rito procesal establecido que ahora deben adecuarse a otro continúan siendo eficaces, gozan de presunción de legalidad y al igual que frente a lo previsto cuando hay sucesión de leyes, no son susceptibles de anulación pues conservan toda validez.

En este sentido, el precepto legal que regula la sucesión de leyes resulta de utilidad para solucionar los problemas surgidos de la simultaneidad de leyes que contemplan distintos procedimientos, al permitir determinar la fase o etapa a la cual debe ajustarse la actuación que en adelante habrá de adelantarse bajo otro rito procesal, por razones constitucionales o legales.

Su aplicación en este ámbito reafirma los principios de juez natural y preexistencia de la ley al acto imputado que hacen parte de la Carta Política, y guarda correspondencia con la potestad del legislador de modificarlos en los casos establecidos en la constitución y la ley, con observancia de las formas propias de cada juicio, esto es, del debido proceso.

Desde esta perspectiva, la disposición incorporada al Código General del Proceso, en sentido jurídico lato posibilita, según los fundamentos anteriores, la adecuación de la actuación penal adelantada bajo un procedimiento a otro, debido a la coexistencia de las leyes que los contemplan.

En efecto, la integración o remisión al Código General del Proceso es permitida en las materias que no están reguladas expresamente en ninguno de los códigos procesales penales, en tanto no consagran disposiciones relativas a la solución de los problemas sobre aplicación de la ley, surgidos de la coexistencia de leyes y simultaneidad de sistemas procedimentales.

El inciso segundo del artículo 624 del citado Código, previene que “los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se

decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”.»

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - Principio de validez de la ley procesal en el tiempo: las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004): características a tener en cuenta para la adecuación de los sistemas procesales / **PRUEBA** - Principio de permanencia

«[...] frente a este último tópico, simultaneidad de procedimientos, es imperativo fijar el momento procesal en el que se encuentra la actuación que debe ajustarse por razones constitucionales a otro procedimiento vigente y aplicable al caso, dado que el inciso primero del citado artículo 624 dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores y son de aplicación inmediata.

Aun cuando los sistemas procesales previstos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 son diferentes, ambos contemplan una fase de juicio que inicia con la ejecutoria de la resolución de acusación, en el primero, o con la presentación del escrito de acusación, en el segundo.

A pesar de que en los dos casos la acusación está atribuida al fiscal, el rol de este cambia. En la Ley 600 pasa a ser un sujeto procesal más, mientras en el procedimiento de la Ley 906 de 2004 es parte y tiene la atribución de intervenir en la etapa del juicio en los términos previstos por la ley.

Ahora bien, las audiencias de juzgamiento y de juicio oral previstas en dichas leyes contemplan un periodo probatorio, donde se aducen y practican las pruebas ordenadas por el juez en la audiencia preparatoria, una vez acreditada su pertinencia por quienes las solicitan.

Sin embargo, es pertinente advertir que mientras en la Ley 906 de 2004 la prueba necesariamente debe ser producida e incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento; en la Ley 600 de 2000 es prueba tanto la practicada desde la indagación previa, siempre que su incorporación a la actuación haya

sido legal, regular y oportuna, como la aducida en la citada audiencia de juzgamiento, en virtud del principio de permanencia del medio probatorio.»

FUERO - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecua a la Ley 600, no es inmediato / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecua a la Ley 600, es necesario establecer el momento procesal a partir del cual corresponde ajustar la actuación / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004): características a tener en cuenta para la adecuación de los sistemas procesales, cuando ya ha iniciado la práctica de pruebas

«La Sala Especial de Primera Instancia acierta al negar ipso facto la adecuación de este procedimiento al establecido en la Ley 600 de 2000 tal como lo piden los recurrentes, dado que resulta imperativo establecer a la luz de lo preceptuado por el artículo 624 del Código General del Proceso, aplicable según lo dicho en precedencia a este asunto, el momento procesal a partir del cual corresponde ajustar esta actuación a dicho rito procesal, con salvaguardia de las garantías y derechos de los intervinientes, el debido proceso y la prevalencia del principio de justicia material sobre las simples formalidades procesales.

Sin embargo, se equivoca al sostener que la actuación debe continuar bajo el trámite de la Ley 906 de 2004 hasta la ejecutoria de la sentencia, con el argumento que iniciado el juicio oral las fases que lo componen, declaratoria de culpabilidad o inocencia, presentación de la teoría del caso, debate probatorio, alegaciones conclusivas de las partes e intervinientes y sentido del fallo y sentencia, son de estricto cumplimiento y conforman una unidad.

Ciertamente el precepto que regula el tránsito de leyes y que por asimilación es aplicable a este asunto, permite señalar que determinados actos procesales iniciados y los recursos interpuestos corresponden adelantarse de acuerdo con la ley vigente o el procedimiento bajo el cual se venían tramitando.

Uno de ellos, es “la práctica de pruebas decretadas”, las cuales se continuarán llevando a

cabo a la luz del procedimiento bajo el cual se “decretaron”.

Conforme con la decisión impugnada, a la asunción del fuero congresional por parte del acusado se había iniciado “la practica probatoria de la Fiscalía”, luego en tales circunstancias lo pertinente es concluir el período probatorio iniciado bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, para a su terminación ajustar la actuación al procedimiento de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con el artículo 624 del Código General del Proceso.

Ello conserva la estructura de ambos procesos y conduce a la exclusión del fiscal a la finalización de la práctica de las pruebas, toda vez que, según lo visto, en los procesos penales seguidos en las Salas Especiales de la Corte contra los Senadores y Representantes del Congreso de la República, no está prevista ni contemplada su intervención.

La Sala no discute que una vez adquirida la calidad foral congresional y mientras el acusado la mantenga, el trámite que debe imprimirse a la actuación es el previsto en la Ley 600 de 2000, de

acuerdo con lo contemplado en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, discrepa de los recurrentes cuando expresan junto con el representante del Ministerio Público que la adecuación del procedimiento debe hacerse de inmediato, por considerar que no es un problema de sucesión de leyes que pueda solucionarse con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Para la Sala, según lo dicho, este precepto es aplicable en la resolución de los problemas suscitados por la coexistencia de leyes, bajo el entendido que este fenómeno se asemeja, por sus efectos, al de tránsito de legislación.

Admitir que tal norma no puede invocarse para establecer a partir de qué acto o momento procesal debe adecuarse el procedimiento en razón de la asunción del fuero congresional, es dejar el asunto sin prueba, toda vez que no existe un mecanismo o instituto que permita incorporar o tener como prueba los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida con los que el fiscal busca sacar adelante su teoría del caso».

Inicio

11. INASISTENCIA ALIMENTARIA -

Elementos: sujeto pasivo, no incluye al cónyuge divorciado / **INASISTENCIA**

ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado: la familia / **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** -

Alcance: acreedores según la ley civil /

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance: sujetos relevantes para la ley penal /

DERECHO PENAL - Carácter fragmentario: sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables, contra los bienes jurídicos

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación presentado por el apoderado de la víctima OG, en contra de la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó el fallo condenatorio que por el punible de inasistencia alimentaria emitió el Juzgado 17 Penal Municipal de Conocimiento de esta ciudad, en contra de RMQ.

La Sala no casó la Sentencia absolutoria impugnada, argumentando para ello que, el cónyuge divorciado no es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte estudió los elementos del referido tipo penal, determinó que el bien jurídico tutelado es la familia y, se inscribe dentro del título de los “delitos contra la familia”, por lo que, a su juicio, es razonable excluir de amparo penal a quien ya no es miembro de ésta.

Aunado a lo visto, la Sala comparó los acreedores de la obligación alimentaria en la legislación civil, con los sujetos relevantes para la ley penal y, determinó que, dado el carácter fragmentario y residual del derecho penal, sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables contra los bienes jurídicos, lo que, impide incluir, por analogía, al cónyuge divorciado como sujeto pasivo del delito establecido en el artículo 233 del Código Penal.

SP263-2023(53862) de 10/07/2023

Magistrado Ponente:
Hugo Quintero Bernate

Salvamento de voto
Myriam Ávila Roldán

Gerson Chaverra Castro
Diego Eugenio Corredor Beltrán
Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. RMQ contrajo matrimonio con OG el 24 de diciembre de 1990, acto que se llevó a cabo en la embajada de la República de Mongolia con sede en Moscú, Federación de Rusia [...]. O y R se divorciaron el 28 de mayo de 2003, mediante una sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá en la cual se fijó una cuota de alimentos por valor de \$150.000, a cargo de R y en favor de su hijo A.

2. Posteriormente, el 2 de octubre de 2006, el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá fijó, en favor de la denunciante OG, una cuota alimentaria de \$250.000, también a cargo de su ex esposo R, la cual debía aumentarse cada año conforme al incremento del salario mínimo. Con todo, RMQ nunca realizó pago alguno por ese concepto.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IN DUBIO PRO REO - Técnica en casación: casos en que lo puede alegar la víctima

«En cuanto a la falta de aplicación del artículo 381 de C.P.P. de 2004, alegada por el recurrente, su argumento se torna más que contradictorio cuando sostiene que en el presente asunto “se presentan varias dudas, que nunca fueron resueltas en el transcurso del juzgamiento del señor RMQ y que de haberse aplicado por el juzgador de segunda instancia, había conducido a una sentencia de carácter condenatorio”.

Es manifiesta la contradicción del recurrente pues el artículo 381 del CPP establece el estándar de conocimiento para condenar, fijándolo “más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. La norma así establecida es desarrollo natural de la garantía de la presunción de inocencia que solo puede derrumbarse a partir de las “pruebas debatidas en el juicio” que en todo caso deben ser sopesadas conforme al principio universal del in

dubio pro reo que obliga resolver las dudas en favor del procesado (artículo 7 CPP). De modo que si el censor parte en su alegato del reconocimiento de dudas, su conclusión, por esa vía de ataque, conducía necesariamente a la absolución del procesado, tal como aquí ocurrió en segunda instancia.

Ahora bien, desde su rol procesal, es posible plantear ese tipo de cargo, por ejemplo, cuando el Tribunal considera que existen pruebas suficientes para condenar y resuelve absolver, en ese caso la falta de aplicación del artículo 381 debe proponerse por la vía indirecta acudiendo a la causal tercera de casación (artículo 181.3 del CPP). O si de lo que se queja es de la falta de diligencia investigativa para demostrar hechos que se quedaron sin serlo, pudiendo haberlo hecho, también pudo demandarlo, caso en el cual su deber era demostrar la negligencia probatoria comprobando que no le era imputable a él como interviniente, con acreditación de cuál fue el medio dejado de practicar y fundamentación de las razones por las que no se llevó a juicio y cuál su trascendencia en las resultas del proceso»

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Concepto: constituye una conducta ilícita de infracción al deber / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: inexistencia de justa causa que sustente el incumplimiento, constituye un ingrediente normativo del tipo / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: sujeto pasivo

«El artículo 233 del C.P. define el tipo penal de inasistencia alimentaria de la siguiente forma:

“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión ...”

Nos encontramos ante un tipo penal de “infracción al deber” como lo ha definido la jurisprudencia, que cuenta con las siguientes exigencias para su configuración: “[i] la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado, [ii] la sustracción total o parcial de la obligación, y [iii] la inexistencia de una justa causa, de modo que del incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique”, según providencias SP del 17 de noviembre de 2017 (radicado 44758), AP10861-2018 (radicado 51607), SP1984-2018 (radicado 47107) y SP3029-2019 (radicado 51530).

En cuanto a los elementos del tipo objetivo (el subjetivo lo compone el dolo en este delito), nos encontramos ante un verbo rector que es

“sustraer” (apartarse de una obligación); un sujeto activo semicualificado en razón a que no es indeterminado porque es aquél sobre el que pesa la obligación de dar alimentos (reconocidos o no en decisión judicial o administrativa), quien además, debe tener un vínculo o parentesco con el sujeto pasivo; el ingrediente normativo lo constituye la expresión “sin justa causa”. El bien jurídico es la familia y el objeto material es de naturaleza personal debido a que es el sujeto acreedor de la obligación alimentaria sobre el que recae la omisión.

En cuanto a los sujetos pasivos de la conducta el tipo penal establece que son las siguientes personas: (i) ascendientes, (ii) descendientes, (iii) adoptantes, (iv) adoptivos, (v) cónyuge o (vi) compañero o compañera permanente. También se exige de estos en vínculo o parentesco con el sujeto activo»

PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPICIDAD - Aplicación / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: sujeto pasivo, no incluye al cónyuge divorciado

«De manera diáfana puede observarse que los “excónyuges” no están descritos en el tipo penal de inasistencia alimentaria. Entonces, en el presente asunto el problema jurídico debe resolverse en aplicación del principio de estricta tipicidad establecido como una garantía para el procesado en el artículo 10 del Código Penal: “La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.”

TIPICIDAD - Concepto / **TIPICIDAD** - Interpretación restrictiva / **PRINCIPIO DE TIPICIDAD** - Limitante del poder punitivo del estado / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - Concepto / **DERECHO PENAL** - Carácter fragmentario y subsidiario / **DERECHO PENAL** - Última ratio / **BIEN JURÍDICO** - Concepto / **BIEN JURÍDICO** - Formas y niveles progresivos de protección

«En un Estado Social de Derecho, como el que adoptó la República de Colombia, el legislador cuenta con la potestad de configurar delitos, limitado claro está, por los valores y principios superiores establecidos en la Constitución. Esa facultad legislativa en materia penal está sometida a la claridad y concreción para que los tipos penales sean unívocos y la definición del delito sea precisa.

La tipicidad como elemento esencial de la conducta punible junto con la antijuridicidad y la culpabilidad (artículo 9 C.P.) encuentra su justificación en el principio de legalidad de los delitos y las penas, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, prohibiendo además, la aplicación de la llamada analogía in malam partem, (artículos 29 de la Constitución Política, 6° del C.P. y 6° del C.P.P) -aspecto importante que coadyuva en la resolución del actual problema jurídico.

El principio de legalidad ordena que no debe haber delitos sin que previamente estén definidos en la ley de manera clara e inequívoca, y ello es así por cuanto un Estado Social de Derecho “debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva del «Estado Leviatán»”

Así las cosas, debe entenderse que el principio de legalidad es poder y límite del Estado. Expresa la potestad del Estado para sancionar conductas que en su parecer merecen reproche penal por su gravedad en el ordenamiento social, pero es también su propia barrera para que únicamente se castigue a quien realice los comportamientos censurables bajo las estrictas circunstancias descritas por el legislador, no otras ni algunas parecidas, sino solo aquellas que se ajusten a la adecuación típica previamente señalada por el legislador. De contera, se garantiza la seguridad jurídica en sus asociados, quienes conociendo previamente la ley penal están en capacidad como ciudadanos libres en una democracia para determinar su comportamiento.

Dentro de las varias conductas reprochables que se puedan presentar en el conglomerado social, el legislador le brinda a los asociados distintas formas para proteger sus derechos. Así es como, en el ordenamiento jurídico se consagran múltiples y disímiles herramientas para acudir ante el Estado en busca de amparo, el que responde con diversos ámbitos de protección, jerarquía normativa y estructura institucional a los requerimientos de la comunidad.

La protección de los bienes jurídicos de los asociados se garantiza en distintas jurisdicciones, las cuales responden a los distintos supuestos fácticos de los que se derivan consecuencias jurídicas diversas que

comprometen los intereses de los ciudadanos, o del Estado mismo.

Lo cierto es que, desde el derecho penal demoliberal nacido de la ilustración hasta nuestros tiempos, se considera al derecho penal como un instrumento invasivo para el mantenimiento de la convivencia social, pues en todo caso ejerce una potestad coercitiva en los asociados para sancionarlos por el incumplimiento de la ley, imponiendo penas que restringen la libertad (e incluso la vida en algunas legislaciones foráneas) de quienes realizan las circunstancias de hecho establecidas previamente en la ley.

Semejante poder tan invasivo del Estado a través del derecho penal, lo obliga a no acudir a esa solución más extrema para el ciudadano sino a, en lo posible, establecer y preferir otra clase de herramientas dentro del ordenamiento jurídico que permitan la protección de los derechos conculcados y restablezcan de mejor manera el tejido social roto con la infracción penal.

De esa manera se acude al derecho penal solo cuando sea la última y extrema alternativa de solución de conflictos (derecho penal de última ratio). Así, no es deseable que todas las conductas reprochables y que causen perjuicio a la sociedad sean estructuradas como delitos, sino que, dentro de todas las vulneraciones que puedan acaecer, se tipifiquen como tales exclusivamente las que se consideren en realidad más graves (principio de residualidad) para la estructura social en un momento histórico determinado. Ese carácter fragmentario del derecho penal es el que impone la necesidad para el legislador de limitarlo al máximo, pues no puede huirse hacia el derecho penal cada vez que surja algún problema conyuntural de relevancia social discutible.

[...]

No puede perderse de vista que existen varias formas de asumir el derecho penal. La primera, como un conjunto de normas que describen conductas y sanciones. Es una definición formal y un tanto descriptiva. Otra, definirlo como un conjunto de límites al poder punitivo del Estado. En esta concepción es esencial considerar que el Derecho Penal protege bienes jurídicos y no expectativas sociales.

Por tal razón, el bien jurídico, entendido como relación social, le confiere sentido al tipo penal y deslinda la materia de prohibición. Eso implica, a su vez, que la tipicidad no se pueda interpretar extensiva, sino restrictivamente. Así mismo, que existen diversos medios de protección, no todos necesariamente penales, como corresponde al

principio de progresividad de protección de bienes jurídicos.

En materia penal, no puede aceptarse que existen diversas lecturas de los tipos penales, como para sostener que, desde una perspectiva legal, la protección civil en materia de alimentos para la excónyuge la complementa necesariamente el derecho penal. Tampoco sería de recibo señalar que es discriminatorio proteger al cónyuge y no al excónyuge, máxime si ello se hace exclusivamente desde una visión de género.

El derecho penal demoliberal y garantista (frente al poder punitivo del Estado), permite sostener que el principio de protección progresiva de bienes jurídicos implica que existen diversos niveles de tutela y, por lo tanto, tratamientos diferentes entre el injusto civil y el injusto penal. No toda solución debe ser necesariamente penal»

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado: la familia / **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** - Alcance: acreedores según la ley civil / **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** - Alcance: sujetos relevantes para la ley penal / **DERECHO PENAL** - Carácter fragmentario: sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables, contra los bienes jurídicos / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: sujeto pasivo, no incluye al cónyuge divorciado

«El delito de inasistencia alimentaria es un delito contra el bien jurídico de la familia, que según la Sala se concibe como un proyecto colectivo de vida. Por eso es importante el “vínculo” como lo ha señalado la Corte en las providencias ya referidas al estudiar los elementos estructurales del tipo penal. En consecuencia, tratándose de un delito contra la familia, resulta que al no existir vínculo, a causa del divorcio de los cónyuges, el proyecto de vida colectivo terminó. No frente a los hijos, obviamente, pero si en lo que hace relación a quienes fueron esposos. Por eso, la protección penal es para quienes conforman la familia, no para los que no hacen parte de ella. Si la protección penal incluyera a todos los que fueron parte de la familia, también sería discriminatorio el aparte final del artículo 233 que se analiza, el cual señala:

“Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

Acerca de esta disposición, la Corte Constitucional en la sentencia C-029 de 2009, señaló:

“La obligación de asistencia alimentaria se enfatiza en el deber de solidaridad que se predica entre el obligado y sus beneficiarios, y no cabe establecer una diferencia entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo que hayan optado por realizar un proyecto de vida común...”

En dicha decisión la Corte enfatizó en el proyecto de vida en común. Donde esa condición no existe, la obligación entre excónyuges, no la protege el derecho penal.

Ampliar la prohibición por fuera de la relación social que constituye el bien jurídico, con base en la cláusula de discriminación, constituye una ampliación de la prohibición a situaciones que son amparadas por la legislación civil, en manifiesta contradicción con el principio de tipicidad estricta.

Incluso, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia indicada,

“Para determinar si una diferencia de trato resulta discriminatoria, es preciso establecer, en primer lugar, si los supuestos de hecho son asimilables; en segundo lugar, debe indagarse sobre la finalidad del tratamiento diferenciado; a continuación debe determinarse si esa finalidad es razonable y, por consiguiente, constitucionalmente admisible; a renglón seguido debe indagarse sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos, para, finalmente, superados los anteriores pasos, establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad.”

En este caso, el supuesto de hecho es diferente: la protección penal es para los integrantes de la familia, no para quienes no hacen parte de ella.

En eso, al aislar el análisis desde una perspectiva funcional como derecho penal de expectativas, ni siquiera se consulta la diferencia de la base fáctica que también el derecho considera para dispensar diferentes niveles de protección, lo cual no se puede evadir ni siquiera con una visión de género.

Descendiendo al caso concreto, en Colombia el legislador estableció en el artículo 411 del CCC, la titularidad del derecho de alimentos, como una protección del Estado a las personas que deben acudir ante las autoridades judiciales o administrativas para hacer valer ese derecho, encontrando los siguientes acreedores a quienes se deben alimentos por ley:

- 1°. Al cónyuge.
- 2°. A los descendientes
- 3°. A los ascendientes

4° A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

5°. “A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales”

6°. “A los Ascendientes naturales”.

7°. “A los hijos adoptivos”.

8°. “A los padres adoptantes”.

9° A los hermanos legítimos.

10° Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

El legislador consagró en el Código Penal, como bien jurídico objeto de protección el de “La Familia” (Titulo VI C.P.) como también está protegida en el CCC. Sin embargo, dentro de sus extensas facultades, como lo sostuvo Roxin al hablar de “un amplio margen de juegos al arbitrio del legislador”, consagró como delito la inasistencia alimentaria (Capítulo IV ibidem), para establecer que, desde el punto de vista del derecho punitivo, incurre en este delito quien “se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos”, a las siguientes personas:

1°. Los ascendientes

2°. Los descendientes

3°. Los adoptantes

4°. Los adoptivos

5°. El o la cónyuge. O el compañero o la compañera permanente

El principio de fragmentariedad del derecho penal se ve claramente materializado en el presente caso, donde se observa que el ordenamiento jurídico dispone de varios mecanismos para brindar protección a sus coasociados. El área civil establece a quienes se deben alimentos y los mecanismos para acudir a la jurisdicción civil cuando se requiera una autoridad que los regule.

Por su parte el Derecho penal estableció la conducta punible de la inasistencia alimentaria en el artículo 233 del C.P., pero del catálogo de diez acreedores del derecho de alimentos consagrado en el CCC, sólo se limitó a determinar de manera clara e inequívoca como sujetos pasivos del delito a cinco de ellos. El legislador consideró que frente a éstos (ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañeros permanentes -integrados en el artículo 411 del CCC en virtud de la sentencia C-1033 de 2002-) el derecho penal debe brindar una especial protección por alterar de manera más sensible las relaciones sociales, porque entre ellos existe un parentesco y un vínculo actual con

el deudor de la obligación alimentaria. Recuérdese que por ser la inasistencia alimentaria un tipo penal de “infracción al deber”, el vínculo es uno de los requisitos para su configuración.

El legislador penal excluyó como sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria, contenidos en el Artículo 411 del CCC, entre otras, a las siguientes personas: 1.- Al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa, 2.- A los hermanos, y 3.- Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

o es como lo da a entender el recurrente, que la excónyuge quede sin protección por parte del Estado. La protección si existe, pero está ubicada en la jurisdicción civil e incluso por la vía penal, en cuanto una cuota alimentaria fijada por sentencia de la que se sustrae su cumplimiento, puede ser eventualmente estructurada como Fraude a Resolución Judicial. Empero, el Derecho penal al ser de última ratio (subsidiario), interviene cuando los demás medios de protección han fracasado, pero exclusivamente frente a las conductas que considera son más graves y que atentan contra la pacífica convivencia como fin del Estado.

Para el legislador, el sustraerse sin justa causa de la obligación de dar los alimentos legalmente debidos al excónyuge (así sea el culpable), no constituye una conducta de tal gravedad como para que amerite la intervención del Derecho Penal dentro del tipo penal de inasistencia alimentaria.

Semejante decisión del legislador no es tampoco extraña ni irrazonable, pues dentro de un derecho penal de bienes jurídicos, el tipo penal de inasistencia alimentaria se inscribe dentro del título de los “delitos contra la familia” de modo que excluir de amparo penal a quién ya no es miembro de la familia, por no existir parentesco y no ser el vínculo de afinidad actual entre ellos, no es contrario al orden de las cosas»

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Evolución Legislativa: frente a los sujetos pasivos

«Para el caso que nos ocupa, también es importante señalar que existen razones históricas para concluir que legislador dispuso excluir de la protección penal al cónyuge divorciado. Veamos:

La primera disposición que tipificó la inasistencia alimentaria fue la Ley 83 de 1946, donde se sancionaba el abandono de familia ocasionado mediante la ocultación de sueldos, jornales o bienes por parte del padre, patrono o empresario y, según el artículo 77 de la misma, también “El

padre sentenciado a servir una pensión alimentaria y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año.”

En 1956 Bernardo Gaitán Mahecha presentó un proyecto que tipificaría el abandono familiar, precisando entre los sujetos pasivos al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa: “Al que sin justa causa, deje de proveer, aún sin mediar sentencia judicial, a la subsistencia del cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, a la de los hijos legítimos menores de diez y ocho años, a la del ascendiente inválido o necesitado (...)”

En 1958 Bernardo Ceballos Uribe realizó un intento similar. Su proyecto contempló al cónyuge cuando no se hallare separado por culpa de éste: “El que, sin justa causa, dejare de suministrar medios de subsistencia a sus descendientes menores de diez y ocho años no emancipados, o mayores de dicha edad incapaces para el trabajo, a sus ascendientes necesitados o a su cónyuge cuando no se hallare separado por culpa de éste, incurrirá en arresto de dos a seis meses.”

En 1963 con ponencia de Felio Andrade Manrique y Gerardo Jurado se presentó un proyecto de ley que en la inasistencia alimentaria, excluía al cónyuge divorciado: “El que con su conducta violare alguna obligación moral o material, de las inherentes a la patria potestad, guarda legal de menores o a la calidad de cónyuge, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años. En la misma sanción incurrirá quien se sustrajere a tales obligaciones, abandonando sin causa legítima su domicilio familiar y el cónyuge que con su comportamiento induzca al otro cónyuge a abandonar el hogar.”

Posteriormente el Decreto 1699 de 1964, señaló: “El que sin causa justificada, deje sin asistencia económica o moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurrirá en arresto de seis (6) a dos (2) años”, caso en el cual el cónyuge divorciado sí entraba en la descripción.

Luego, la Ley 75 de 1968 previó como sujetos pasivos a toda persona a quien se le debiesen alimentos congruos, incluso la mujer que hubiese sido embarazada por el sujeto activo o deudor: Artículo 48. “Quien deje sin asistencia moral o no provea a la necesaria o congrua subsistencia, según el caso, de las personas a quienes está legalmente obligado a prestarla, incurrirá en la pena de seis meses a dos años de arresto [...] Artículo 49. Quien no provea a la congrua subsistencia de la mujer que haya

puesto en Estado de gravedad, incurrirá en la pena de seis meses de arresto [...]"

Los doctores Eduardo Fernández Botero y Humberto Barrera Domínguez, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, señalaron el exceso de cobijar como autor del delito a quien deje sin asistencia moral o congrua sustentación a todas las personas a quienes por orden legal deba prestársela. Su propuesta indicó: "Artículo 48. El que se sustraiga, sin justa causa y pudiendo proveer, a las obligaciones legales de asistencia moral o de congrua sustentación inherentes a la patria potestad, a la paternidad natural, a la adopción, a la calidad de hijo o de cónyuge, incurrirá en arresto de seis meses a dos años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos." Ahora bien, no se acogió la iniciativa y por ello expresamente se incluyó al cónyuge divorciado: "Artículo 40. Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aún el divorciado por su culpa o que no haya incurrido en adulterio estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto [...]"

Contra esta norma se formuló demanda de inconstitucionalidad con fundamento en un argumento anunciado desde 1964, esto es, la penalización de una deuda civil. La Corte Suprema de Justicia descartó la censura al considerar que la obligación alimentaria si bien mantenía las características de cualquier obligación privada, iba más allá porque el cumplimiento de los deberes intrafamiliares tenían proyección social y política, en la medida que afectaba a su célula madre.

La siguiente reforma, esto es, el Decreto Ley 100 de 1980 reformó considerablemente el artículo 40 de la Ley 75 de 1968, y estableció: "Artículo 263. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes,

descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos", zanjando toda duda, pues su concreción frente a los sujetos pasivos, excluye radicalmente a la excónyuge o a la cónyuge divorciada»

LEY - Interpretación: criterios, analogía, prohibición de hacerla in malam partem / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - No se configura: atipicidad

«[...] debe decirse que de aceptarse que la "ex cónyuge" es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria, se estaría admitiendo la analogía en el ordenamiento jurídico penal, sistema de interpretación que es absolutamente inaceptable en materia de tipicidad, máxime que iría en contra de los intereses y las garantías del procesado.

La analogía, entendida como la aplicación de "una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)", está totalmente prohibida en el ordenamiento jurídico penal colombiano cuando se aplica en contra del procesado (in malam partem), tal como lo ordena el artículo 6° del C.P.: "La analogía sólo se aplicará en materias permisivas".

Tratar de acomodar como sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria a la "ex cónyuge", desconocería que el principio de legalidad estricta garantiza que "Aquellos casos cercanos, es decir, análogos, pero no contenidos en el tipo penal, queden por fuera del poder penal del Estado"

Con base en los anteriores argumentos, la Sala concluye que la "ex cónyuge" (para este caso la señora OG) no es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria establecido en el artículo 233 del Código Penal [...]"

Inicio

12. LEGÍTIMA DEFENSA - Diferencia con la riña / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Riña: descarta el reconocimiento de la causal

Resolvió la Sala de Casación Penal, la impugnación especial promovida por el defensor del adolescente D.F.S.M, quien luego de ser absuelto por el Juzgado 3 Penal para Adolescentes con funciones de conocimiento de Cali por el delito de lesiones personales dolosas

en J.C.H, fue condenado por el Tribunal de la referida ciudad como autor del mencionado punible.

En esta oportunidad, en la que, desde hacía por lo menos dos años la víctima y el victimario se hacían mutuo *bullying*, la Sala confirmó la sentencia condenatoria, al considerar que, la situación de riña descarta el reconocimiento de la legítima defensa, como causal de justificación excluyente de la antijuridicidad.

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 22 de mayo de 2019, luego de ser instigados por sus compañeros y mediar mutuas agresiones verbales que culminaron en la decisión de encontrarse para pelear, D.F.S.M. y J.C.H. concurren en compañía de otros estudiantes de su colegio a una cancha de fútbol, donde se trenzaron en una riña, en cuyo desarrollo el primero golpeó al segundo en el rostro, mientras los demás gritaban eufóricamente y se reían.
2. Valorada la víctima, se estableció una incapacidad médico legal definitiva de 35 días, con secuelas consistentes en deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional del órgano sistema de la respiración, ambas de carácter permanente.
3. La progenitora del lesionado, formuló la correspondiente denuncia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LESIONES PERSONALES - Deformidad física de carácter permanente: que afecta el rostro / **LESIONES PERSONALES** - Demostración / **DOLO** - Concepto

«Es verdad que el Tribunal se ocupó de dos hipótesis, una, de la Fiscalía, referida a que J.C.H. sufrió unas lesiones personales por parte de D.F.S.M. La otra, de la defensa, circunscrita a que J.C.H. agredió a D.F.S.M, quien intentó huir de la pelea y solo se defendió, sin que haya prueba de que éste hubiera lesionado a aquél o por lo menos, que su conducta fue dolosa.

Aunque el recurrente dijo que la hipótesis de la Fiscalía debe ser rechazada, pues el dictamen médico legal descarta el nexo de causalidad entre el daño en la nariz y el relato de la víctima sobre el ataque, al declarar que D.F.S.M. le propinó “varios puños entre ellos uno en la cara, pómulo y ojo derecho”, encuentra la Corte que, por el contrario, resulta tozudo que el testimonio del lesionado explica por qué se produjo el daño en su tabique nasal, lo cual es respaldado con el informe pericial de clínica forense suscrito por el médico legista OMS, ratificado en la audiencia de juicio oral, según el cual, las lesiones causadas

en la humanidad de J.C.H. se produjeron con un “mecanismo traumático de lesión: contundente”, determinando 35 días de incapacidad y secuelas de deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional de órgano sistema de la respiración, ambas de índole permanente.

El impugnante no explicó, ni la Sala advierte, de qué manera puede arribarse a la conclusión de que quien llegó a la cancha fue J.C.H. y atacó a al acusado D.F.S.M., pues la ausencia de lesión de alguna índole en la integridad del procesado descarta tal escenario. Igualmente, no fue claro al plantear que la víctima se golpeó con sus propias manos en la cara, circunstancia que no encuentra acreditación y no pasa de ser una conjetura indemostrada.

Tampoco el recurrente atinó a precisar por qué razón si su asistido solo intentó eludir la pelea y defenderse y en medio de la contienda golpeó a J.H.C. no actuó dolosamente, pues debe recordarse que conforme a la estructura dogmática del delito en la Ley 599 de 2000, el dolo es una modalidad de conducta (artículo 21) que se encuentra en la tipicidad, mientras la legítima defensa corresponde a un tipo permisivo o exclusión de la antijuridicidad (artículo 32-6), de modo que quien actúa para defender un derecho propio o ajeno de injusta agresión actual o inminente, realiza una conducta dolosa.

El defensor pretende conseguir la absolución de su representado a partir de plantear una duda sobre el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, la cual no se configura, pues hay certeza acerca de que D.F.S.M. golpeó con sus manos a J.C.H. y así lo declaró el mismo acusado en el interrogatorio del Fiscal en el debate oral: “Con qué lesionó a J.C.H.? Respondió: “con las manos” (...) “lancé un golpe y yo la verdad no sé si se lo pegaría, yo ya desesperado”.

Igualmente, orientó su esfuerzo a demostrar que no hubo preparación alguna de la pelea, pero únicamente procedió a plasmar su personal percepción de los sucesos, pues lo importante es que las lesiones personales dolosas aquí investigadas se produjeron en el marco de una contienda entre D.F.S.M. y J.C.H, quienes, como acertadamente lo declaró el Tribunal, desde hacía por lo menos dos años se hacían mutuo bullying, al punto que cada uno se sentía acosado por el otro.»

LEGÍTIMA DEFENSA - Diferencia con la riña / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Riña: descarta el reconocimiento de la causal

«De otra parte, no es viable reconocer la legítima defensa invocada por el recurrente en favor de D.F.S.M., pues como también fue abordado por

el Tribunal, la situación de riña descarta el reconocimiento de la causal de justificación excluyente de la antijuridicidad y por tanto, de la entidad delictiva de la conducta.

[...]

Conforme a lo anterior, considera la Corte que acertó el Tribunal de Cali al revocar el fallo absolutorio para, en su lugar, condenar a D.F.S.M. como autor del delito de lesiones personales dolosas objeto de acusación».

Inicio

- 13. LEY PENAL** - Aplicación extraterritorial: al nacional que se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley lo sancione con pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a 2 años y no hubiere sido juzgado en el exterior / **DERECHO PENAL** - Las acciones de maltrato físico o psicológico (“bullying” o “matoneo”), son reprochables penalmente, cuando la conducta está tipificada como delito / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: demostración

La Sala de casación Penal decidió la impugnación especial promovida a favor del procesado adolescente J.J.G.T. contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de asuntos penales para adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, en la cual fue primera vez condenado como autor de actos sexuales con menor de catorce años.

La Corte confirmó el fallo impugnado, al encontrar suficientemente acreditada, la naturaleza libidinosa del acto objeto de la condena, por lo que, el hecho estructura una conducta dolosa penalmente tipificada en el artículo 206 del Código Penal, en las circunstancias de agravación contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 211 ídem.

Para el efecto, la Sala aclaró que, si bien pueden existir comportamientos de acoso juvenil que no sean delito, si con ello se estructura una conducta típica, antijurídica y culpable, ésta será objeto de reproche penal.

De otra parte, la Corte indicó que, al presente asunto le es aplicable la ley penal colombiana, pues si bien los hechos acaecieron en Florida - Estados Unidos de América, el procesado es colombiano, se encuentra en territorio patrio, se le acusó de actos sexuales con menor de catorce años cuya pena mínima establecida en el Código Penal es de 9 años y no fue juzgado en el exterior.

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Por motivo de un campeonato de “waterpolo” llevado cabo en Estados Unidos, el niño C.A.O.A. -de 13 años- viajó de Colombia a ese país con sus compañeros de equipo del club Y, su entrenador y los padres delegados. Todos se hospedaron en Miami los días 12 y 13 de junio de 2012; al día siguiente se desplazaron a la ciudad de Tampa -Florida, lugar en donde se llevó a cabo el torneo; el 17 regresaron a Miami y el 19 del mismo mes y año tomaron vuelo para Colombia.
2. En una de las habitaciones del hotel en el que se alojaron en Miami el 18 de junio de 2012, los jóvenes deportistas J.C., E.P. y J.J.G.T., tras percibir a C.A.O.A. -de 13 años- débil, de bajo carácter y poco reactivo frente a los abusos que le propinaban de tiempo atrás desde cuando éste ingresó al Club, por la fuerza le bajaron el pantaloncillo y le pusieron un cepillo de dientes - a manera de falo- entre sus nalgas. J.J.G.T. le tomó a C.A.O.A. al menos una fotografía en la que éste aparece desnudo con sus glúteos expuestos en la situación degradante atrás mencionada.
3. En el mismo escenario y justo antes de lo indicado en el párrafo anterior, aquéllos habían cogido a C.A.O.A. a manera de “sándwich” para realizar contra su cuerpo movimientos como si lo estuviesen penetrando o “teniendo sexo”. Acto similar intentaron reiterar inmediatamente después del suceso -del cepillo-, en cuya oportunidad y en medio del forcejeo J.J.G.T. procedió a masturbarse contra la espalda de la víctima.
4. Para la época de lo ocurrido J.J.G.T. tenía 14 años y los demás menores que participaron en el acto 13 años de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SP198-2023(60453) de 31/05/2023

LEY PENAL - Aplicación extraterritorial: Principio de jurisdicción universal / **LEY PENAL** - Aplicación extraterritorial: al nacional que se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley lo sancione con pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a 2 años y no hubiere sido juzgado en el exterior

«[...] acorde con el artículo 16.4 del C.P., la ley penal es aplicable al nacional que se encuentre en este país después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley colombiana reprima la conducta imputada con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

Al presente asunto le es aplicable la ley penal colombiana, pues si bien los hechos objeto de la decisión impartida por el Tribunal acaecieron en Florida -Estados Unidos de América, el procesado es colombiano, se encuentra en territorio patrio, se le acusó de actos sexuales con menor de catorce años cuya pena mínima establecida en el Código Penal es de 9 años y no fue juzgado en el exterior»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: acusación y sentencia, imputación fáctica y hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: imputación fáctica, existe entre la formulación de la imputación, la acusación y la sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera si se respeta el núcleo fáctico de la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Principio de trascendencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Principio de trascendencia, error de ubicación del hecho

«En punto de la congruencia el artículo 448 establece que “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”.

Con base en las disposiciones atrás mencionadas, la Corte tiene sentado que la Fiscalía al acusar debe “exponer las conductas en forma clara y sucinta, en un lenguaje comprensible” para, de esa manera, garantizar “la doble finalidad de preservar el principio de legalidad, según el cual nadie puede ser juzgado por conductas que no se hallen descritas en la ley como delito, y el principio acusatorio, de acuerdo

con el cual nadie puede ser condenado por hechos y delitos que no consten en la acusación”.

[...]

Pese a que los actos de imputación y acusación atrás referidos no son ejemplo de cómo la Fiscalía debe comunicar los hechos jurídicamente relevantes, no hay duda de que los mismos sí refieren que J.J.G.T. participó en el acto de poner un cepillo entre las nalgas de C.A.O.A. y tomarle una fotografía en esa situación el 18 de junio de 2012, en una habitación de hotel cuando se hallaban hospedados en Miami, Florida, Estados Unidos.

Adicionalmente, tanto el procesado como su defensor entendieron que la imputación y la acusación claramente cobijó el hecho atrás mencionado.

[...]

En síntesis, examinados los registros de la imputación, el escrito de cargos, la formulación oral de la acusación y las intervenciones del procesado y su defensor, se advierte que no hubo violación al derecho de defensa, pues (a) J.J.G.T. ciertamente fue acusado de haber participado en el hecho ocurrido en una de las habitaciones de hotel en la ciudad de Miami el 18 de junio de 2012, en la cual al niño C.A.O.A. le bajaron los pantaloncillos, pusieron un cepillo de dientes entre sus nalgas y tomaron al menos una fotografía y (b) así lo comprendió la defensa y su actuación en el proceso la adecuó a ese entendimiento.

[...]

De lo anterior se advierte que el Tribunal ubicó el hecho equivocadamente en “Tampa”, lo cual, como viene de verse, no corresponde con lo aclarado por la fiscal del caso en la audiencia de formulación de acusación ni, como se verá más adelante, con lo probado en el juicio en el sentido de que el suceso antes mencionado tuvo ocurrencia el 18 de junio de 2012 en “Miami”.

Pese al error de ubicación del hecho puesto de presente, la sentencia condenatoria no alcanza a estructurar violación al debido proceso en punto de la congruencia, pues, en lo esencial, el Tribunal se pronunció sobre el núcleo fáctico de la imputación y de la acusación, en el sentido de que el acusado J.J.G.T. participó en el acto de poner un cepillo entre las nalgas de C.A.O.A. y tomarle una fotografía en esa postura, en una habitación de hotel cuando se hallaban

hospedados en Florida -Estados Unidos- a mediados de junio de 2012. Es decir, la sentencia se limitó a decidir sobre hechos que fueron objeto de la acusación»

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -
Agravado: demostración / **DERECHO PENAL -**
Las acciones de maltrato físico o psicológico (“bullying” o “matoneo”), son reprochables penalmente, cuando la conducta está tipificada como delito / **TESTIMONIO -** Del menor: apreciación probatoria, silencio de la víctima de delitos sexuales no significa que los hechos no hubieran ocurrido

«[...] las pruebas atrás relacionadas muestran inverosímil las excusas indicadas en el juicio por J.J.G.T. y E.P. en el sentido de que fue C.A.O.A. quien se puso el cepillo entre las nalgas y pidió ser fotografiado en esa postura, pues ante la Comisión de Disciplina de la Liga y el entrenador JMO en su momento indicaron explicaciones diferentes: que lo hicieron como un acto de “amenaza” para que la víctima se alejara y como una “chanza”, respectivamente; esto es, reconocieron su iniciativa en el hecho, mas no un proceder condescendiente dirigido a satisfacer solicitudes de C.A.O.A.

Adicionalmente, las declaraciones tanto de los entrenadores R y E como la de la joven E dan cuenta de hechos que indican cierto el testimonio rendido por C.A.O.A. en el sentido de que el acto del que fue víctima se llevó a cabo, no a petición suya, sino en contra de su voluntad.

[...]

En consecuencia, como se adelantó, la Sala encuentra desvirtuado que C.A.O.A. por su voluntad se hubiese puesto el cepillo entre sus nalgas para luego pedir ser fotografiado en esa degradante postura en detrimento de su propia dignidad.

Contrariamente, se advierte plenamente probado que:

Un grupo de tres jóvenes, entre quienes se encuentra J.J.G.T., tras percibir a C.A.O.A. -de 13 años- débil, de bajo carácter y poco reactivo frente a los abusos que le propinaban de tiempo atrás desde cuando éste ingresó al Club Y, por la fuerza le bajaron el pantaloncillo y le pusieron un cepillo de dientes -a manera de falo- entre sus nalgas. J.J.G.T. le tomó a C.A.O.A. al menos una fotografía en la que éste aparece desnudo con sus

glúteos expuestos en la situación degradante atrás mencionada.

En el mismo escenario y justo antes de los hechos mencionados en el párrafo anterior, aquéllos habían cogido a C.A.O.A. a manera de “sándwich” para realizar contra su cuerpo movimientos como si lo estuviesen penetrando o “teniendo sexo”. Acto similar intentaron reiterar inmediatamente después del suceso -del cepillo-, en cuya oportunidad y en medio del forcejeo J.J.G.T. procedió a masturbarse contra la espalda de la víctima;

Al día siguiente, la fotografía tomada por J.J.G.T. fue socializada por E.P. con los demás deportistas del Club Yubartas, incluida la hermana de la víctima y;

Los actos descritos ocurrieron a mediados de junio de 2012 en una habitación de hotel en Miami, a donde el procesado, la víctima y demás integrantes del Club Yubartas viajaron con ocasión de un torneo de waterpolo llevado a cabo en Tampa, Florida -EE. UU.

El impugnante, tras aceptar que el “bullying” o el “matoneo” entre jóvenes son comportamientos reprochables y requieren la atención e intervención de los mayores, propone que esos actos no son de interés para el derecho penal, como en el presente asunto, en el cual la víctima incluso guardó silencio sobre lo que le ocurrió, al punto que sólo se tuvo conocimiento del suceso cuando su mamá se enteró por sus propios medios.

Pueden existir comportamientos de acoso juvenil -al interior de grupos escolares, deportivos, de recreación etc.- que, ciertamente, no sean delitos, pero esa realidad, per se, no excluye que algún hecho en ese contexto si lo sea. Para dilucidar el asunto lo determinante es examinar si se estructura una conducta típica, antijurídica y culpable como lo señala el artículo 9º del Código Penal.

En el presente asunto, conforme con la declaración de la víctima -que la Sala viene de asignarle credibilidad- el hecho objeto de revisión (i) estuvo precedido de movimientos pélvicos de los victimarios llevados a cabo contra el cuerpo de C.A.O.A. como si lo estuviesen penetrando o “teniendo sexo” y (ii) proseguido de masturbación sobre su espalda por parte del procesado (componentes fácticos respecto de los cuales, valga precisar, no se pronunció el Tribunal).

Esta realidad probada no deja duda alguna de la naturaleza libidinosa del acto objeto de la condena, consistente en que tres jóvenes cogieron a un niño de 13 años lo desnudaron y le pusieron un cepillo de dientes entre sus nalgas, para luego fotografiarlo en esa postura pasiva que, agrega la Sala, sugiere actividad sexual con un objeto fálico por vía anal y cuyo hecho tuvo ocurrencia por la fuerza, esto es, en contra de la voluntad de la víctima, como quedó demostrado en el numeral 5.2.2.2.

De esta manera, el hecho estructura una conducta dolosa penalmente tipificada en el artículo 206 del Código Penal, en las circunstancias de agravación contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 211 ídem.

El acto se advierte antijurídico, toda vez que lesionó la libertad e integridad sexual de C.A.O.A., lo cual incluso le generó afectación psicológica, toda vez que en la valoración de esa índole se le observó depresivo cuando hizo alusión a lo sucedido.

Ahora bien, el que el específico comportamiento del procesado por el cual viene condenado sea parte de un conjunto de múltiples acciones de maltratos físicos o psicológicos dirigidos sistemáticamente contra C.A.O.A., -lo que socialmente se denomina “bullying” o “matoneo”- no lo exonera del reproche penal. Contrariamente, los hechos probados permiten edificar el convencimiento pleno sobre su culpabilidad por el desvalor implícito que hay en la decidida acción por él acometida, enderezada a violentar los derechos penalmente tutelados -

atrás mencionados- de la víctima con el deplorable fin último de humillarla, ridiculizarla y pisotear su dignidad para excluirla de un grupo social específico al interior del Club Y.

De otra parte, el silencio de C.A.O.A. -en relación con el vejámen de naturaleza sexual que padeció- hasta cuando su madre se enteró por sus propios medios, no es indicador de inexistencia del hecho, pues es perfectamente comprensible que por pudor y en protección de su dignidad, no quisiera comunicar, publicar o exponer la vergonzosa y humillante situación a la que fue sometido, máxime si en cuenta se tiene que, de acuerdo con el testimonio del presidente de la Comisión Disciplinaria de la Liga del Valle -APC- y el informe pericial vertido en el juicio por la perito Psicóloga CJR, respectivamente, C.A.O.A. es un joven “introvertido” que se experimenta con asimetría de poder, baja capacidad de respuesta y es caracterizado como “víctima ideal”.

Finalmente, teniendo en cuenta que la impugnación especial procede para la revisión de la primera condena en garantía del derecho a la doble conformidad y en el presente asunto la calificación jurídica benévola acogida en la sentencia fue la de “actos sexuales con menor de 14 años” (artículo 209 ídem), limitada al hecho de que J.J.G.T. junto con otros jóvenes en una habitación de hotel pusieron un cepillo de dientes entre las nalgas de C.A.O.A., de lo cual hubo un registro fotográfico; la única decisión posible de adoptar sin quebrantar el debido proceso es la de confirmar el fallo impugnado».

14. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD -

Aplicación: es indispensable respetar la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 / **PRINCIPIO DE**

FAVORABILIDAD - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, análisis / **PRINCIPIO DE**

FAVORABILIDAD - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, no es procedente / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: similar a la sentencia anticipada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: no existe instituto similar en la Ley 600 de 2000

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa del excongresista ECMM, contra el auto de la Sala Especial de Primera Instancia AEP125-2022, rad. 39408, mediante el cual negó la solicitud de control de legalidad de un preacuerdo que suscribió el procesado con el Magistrado HÉCTOR JAVIER ALARCÓN GRANOBLES de la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación.

En esta ocasión, la Corte confirmó la providencia impugnada, al considerar que la aplicación de la figura de los acuerdos y negociaciones, al amparo del principio de favorabilidad, resulta improcedente, por no tener equivalente en el procedimiento de la Ley 600 de 2000 que lo rige y comprometer la estructura del sistema procesal en el que pretende ser aplicado.

Lo anterior, por cuanto la Ley 600 de 2000 regula la sentencia anticipada por aceptación de cargos, que resulta ser similar a la figura de la aceptación o allanamiento de cargos contemplada en la Ley 906 de 2004; pero que difiere de los preacuerdos y negociaciones, los cuales se rigen por unas finalidades específicas, unas regulaciones propias y unos beneficios punitivos de naturaleza diversa.

AP1829-2023(62772) de 28/06/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

Aclaración de voto

Hugo Quintero Bernate

Luis Antonio Hernández Barbosa

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 28 de noviembre de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dispuso la apertura de investigación penal contra ECMM, por los presuntos delitos de prevaricato por acción y por omisión y abuso de autoridad, conductas que habría cometido cuando se desempeñó como Senador de la República.

2. ECMM rindió indagatoria el 21 de febrero de 2022, oportunidad en la que le fueron atribuidos cargos como presunto autor del delito de tráfico de influencias de servidor público (art. 411 de la Ley 599 de 2000).

3. El 9 de mayo de 2022, el procesado suscribió un preacuerdo con el Magistrado HÉCTOR ALARCÓN GRANOBLES de la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación, en el que aceptó responsabilidad por el delito a cambio de una rebaja del 50% de la pena. El 10 de mayo siguiente, el Magistrado instructor remitió las diligencias a la Sala Especial de Primera Instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004.

4. El 5 de octubre de 2022, la Sala Especial de Primera Instancia profirió el auto AEP125-2022, rad. 39408, negando «la solicitud de control de legalidad [del] preacuerdo». Dispuso que contra la referida decisión procedían los recursos de reposición y apelación, por tratarse de una providencia que resolvía «un aspecto sustancial dentro de la presente causa», acorde con lo previsto en los artículos 169, numeral 2º, 189 y 191 de la Ley 600 de 2000.

5. El defensor de ECMM apeló la providencia.

6. Mediante auto de noviembre 9 de 2022, la Magistrada sustanciadora de la Sala Especial de Primera Instancia concedió el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

MODELOS DE PROCESAMIENTO PENAL - Mixto: evolución normativa / **FUERO** - Congresista: el régimen procesal no es la Ley 906 de 2004 sino la Ley 600 de 2000 / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004) / **ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018** - Investigación y juzgamiento de congresistas: continúa bajo el sistema de procesamiento de tendencia inquisitiva

«Estatuto procesal penal aplicable a los procesos seguidos contra congresistas

Los artículos 116, 250 y 251 originales de la Constitución Política de 1991 habilitaron en el ordenamiento interno la aplicación de un sistema procesal de carácter mixto, inicialmente contenido en el Decreto 2700 de 1991 y luego en la Ley 600 de 2000. Posteriormente, los referidos artículos fueron modificados mediante Acto Legislativo No. 03 de 2002, con el fin de introducir un sistema procesal de tendencia acusatoria, que se implementó mediante Ley 906 de 2004.

Este cambio, sin embargo, mantuvo la vigencia de la Ley 600 de 2000 para los casos cometidos con anterioridad al primero de enero del 2005, y para los congresistas, con el fin ya indicado de que todas las etapas de este proceso especial se adelantaran ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 533 de la Ley 906 de 2004). Esto determinó la coexistencia en el tiempo de estos dos regímenes, cada uno con diseño estructural e instituciones propias, por lo que no resulta posible la mixtura de procedimientos.

[...]

Así las cosas, es claro que el régimen procesal penal de la Ley 600 de 2000, y los institutos que lo integran, son los que deben aplicarse a los procesos penales que adelanta la Corte Suprema de Justicia contra congresistas»

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Alcances del principio / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Tránsito legislativo / **FAVORABILIDAD** - Coexistencia de legislaciones / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: es indispensable respetar la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, análisis / **LEX TERTIA** - Límites: Integridad del ordenamiento jurídico / **LEX TERTIA** - Límites: el juez no puede entrar a reemplazar al legislador

«El artículo 29 de la Constitución Política establece que «en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable». Este mandato se encuentra reiterado por el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 600 de 2000, en los siguientes términos: «[l]a ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable».

La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el principio de favorabilidad en materia procesal penal opera en dos eventos, (i) cuando existe tránsito legislativo y la nueva normatividad procesal regula un mismo aspecto sustancial en forma más benigna y (ii) cuando coexisten leyes en el tiempo que regulan el mismo supuesto de hecho con consecuencias jurídicas distintas (Cfr. SP1511-2022, rad. 61499 y SP568-2022, rad. 60207, entre otras).

El recurrente acude a la segunda hipótesis. Sostiene que al procesado ECMM le resulta más favorable la aplicación de las normas que regulan los preacuerdos en la Ley 906 de 2004, tanto en su trámite como en los efectos punitivos derivados de la terminación anticipada del proceso.

En relación con la aplicación del principio de favorabilidad en la hipótesis planteada por el recurrente, la Corte tiene dicho que cada proceso debe sujetarse, en principio, a las normas del sistema que lo regula (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004), y que la aplicación favorable de un determinado instituto regulado de manera diversa en los dos códigos, solo es posible si no se desconoce la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación (Cfr. CSJ AP, 18 mar. 2009, rad. 27339).

También ha indicado que en esta labor no es permitido acudir a la confección de institutos híbridos o *lex tertia*, tomando de cada normatividad lo que favorece y desechando lo que no conviene o perjudica, «pues, de este modo el operador jurídico confeccionaría una norma especial para el caso y, de contera, se atribuiría el rol de legislador» (Cfr. CSJ AP5599-2018, rad. 53899, AP2510-2019, rad. 54305 y CSJ AP853-2021, rad. 58865, entre otras).

Esto, para reconocer que el principio de favorabilidad también puede ser aplicado frente a regímenes procesales coexistentes, a condición de que no implique la adopción de soluciones asistemáticas inadmisibles, que choquen con las instituciones intrínsecas o inherentes al sistema de enjuiciamiento al que pretenden trasladarse, ni elaboraciones procesales híbridas (Cfr. AP853-2021, rad. 58865 y AP3888-2021, rad. 59850)»

SENTENCIA ANTICIPADA - Concepto / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Trámite / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Rebaja punitiva / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: similar a la sentencia anticipada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y

negociaciones: objeto de convenio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: instituto propio de la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: no existe instituto similar en la Ley 600 de 2000

«La Ley 600 de 2000 regula la figura de la sentencia anticipada por aceptación de cargos, a la que puede acogerse el procesado a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación (art. 40, L. 600/00). Aceptados los cargos por el imputado, el proceso debe ser remitido al juez para que dicte sentencia. En este caso, la rebaja de pena será de 1/3 parte. También puede aceptar responsabilidad en el juicio, en cuyo evento, la rebaja es de 1/8 parte.

La Ley 906 de 2004, por su parte, contempla la figura de la aceptación o allanamiento de cargos en distintos momentos de la actuación procesal, figura que resulta ser similar a la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000. También sirve de fundamento para dictar sentencia y contempla una rebaja de pena.

Paralelamente, la Ley 906 de 2004 acoge la figura los preacuerdos y negociaciones, que conduce también a la terminación anticipada del proceso, pero se rige por unas finalidades específicas, unas regulaciones propias y unos beneficios punitivos de naturaleza diversa (artículos 348, 350, 351, 354).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, los acuerdos entre fiscalía y procesado pueden versar, por ejemplo, sobre los términos de la imputación, lo cual puede comprender, (i) eliminar alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o (ii) tipificar la conducta de una forma específica, con miras a disminuir la pena. También, sobre los hechos imputados y sus consecuencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 351 ejusdem.

Esta figura no encuentra equivalente en la Ley 600 de 2000, en la que simplemente se prevé la llana aceptación unilateral de cargos. Allí no aparece regulada la figura de los preacuerdos, ni ninguna otra de similar naturaleza y efectos, situación que determina que el presupuesto referido a que los estatutos que coexisten en el tiempo regulen el mismo instituto, no se cumpla.

Pretender introducir, en las referidas condiciones, la figura de los preacuerdos al sistema regulado por la Ley 600 de 2000, resulta

un desafuero, por tratarse de un instituto totalmente ajeno a dicho procedimiento. Ni siquiera podría afirmarse que se está confeccionando una figura híbrida, porque no se están tomando partes de uno para fusionarlas con partes del otro, sino que sencillamente se está llevando una figura extraña, con todas sus regulaciones.

A estos argumentos se suman los expuestos en las providencias de la Sala AP3741-2022, rad. 61709, AP3593-2022, rad. 61854, y segunda instancia AP4544-2022, rad. 62083, todos relacionados con el caso que aquí se estudia».

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, no es procedente

«El recurrente también sostiene que la Sala habilitó aplicar por favorabilidad los institutos de terminación anticipada del proceso regulados por la Ley 906 de 2004, a actuaciones adelantadas por la Ley 600 de 2000.

Al respecto, se torna necesario precisar que en la sentencia SP379-2018, rad. 50472, la Sala ratificó la posibilidad de acceder a mayores beneficios punitivos por colaboración con la justicia, en procesos de Ley 600 de 2000, aplicando normas de Ley 906 de 2004, pero sin que ello significara trasladar institutos autónomos, como el de los preacuerdos, de un estatuto a otro.

En el citado pronunciamiento se reiteró la tesis acogida en el auto AP413-2017, rad. 50969, en el que se aplicaron beneficios propios del principio de oportunidad en un proceso de Ley 600 de 2000, pero supeditado, como se indicó en la decisión AP4544-2022, rad. 62083, a que no se genere «la presencia de una atrofia perceptible, por tratarse de una figura extrasistémica, esto es, que no estaba en posibilidad de alterar el procedimiento propio de la Ley 600; dicho de otra manera, se aceptaron los mayores beneficios de la novedosa figura pero bajo el marco procedimental previsto en la Ley 600...»

En resumen, la aplicación de la figura de los acuerdos y negociaciones a este caso, al amparo del principio de favorabilidad, resulta improcedente, por no tener equivalente en el procedimiento de la Ley 600 de 2000 que lo rige y comprometer la estructura del sistema procesal en el que pretende ser aplicado (Cfr. AP4544-2022, rad. 60283).

- 15. SENTENCIA ANTICIPADA** - Efectos / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: irrevocabilidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: doble conformidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Doble conformidad: principio de limitación / **DOBLE CONFORMIDAD** - Interés para recurrir: sentencia anticipada / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: no se configura porque el sujeto activo de la conducta sea calificado / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: procede independientemente de la condición de servidor público

Decidió la Corte Suprema de Justicia la impugnación especial interpuesta por la defensa del excongresista BMEV, contra el fallo de única instancia, proferido por la Sala de Casación Penal, que lo condenó, en sentencia anticipada, como autor de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público.

La Sala confirmó la sentencia SP436-2018, rad. 51833, al considerar que, la defensa material y técnica carece de legitimidad para cuestionar los aspectos que han sido objeto de aceptación de cargos, limitación al derecho de contradicción que se mantiene frente al ejercicio simultáneo del derecho constitucional a la doble conformidad.

Por tanto, la solicitud de la defensa técnica, relacionada con degradar la calificación jurídica de la conducta de cohecho propio a cohecho impropio es impertinente, porque: (i) comprende un aspecto que fue objeto de aceptación de cargos por parte del procesado, (ii) escapa a los temas que pueden ser impugnados de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y (iii) desconoce el principio de irrevocabilidad.

De otro lado, la Corte explicó que, la agravante derivada de la posición distinguida que el procesado ocupa en la sociedad, opera con independencia de la condición de servidor público; de tal manera que, en el presente asunto, a BMEV, le fue imputada la indicada circunstancia de mayor punibilidad, dada su condición de congresista, un cargo de elección popular de la más alta dignidad y responsabilidad en el marco de la rama legislativa del poder público.

SP351-2023(57437) de 23/08/2023

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. ODEBRECHT, multinacional, de origen brasilero, entregó millonarios sobornos a funcionarios de distintos niveles y a particulares, a través de los cuales logró la asignación de contratos oficiales, algunos de ellos en condiciones de especial favorabilidad para la compañía.

2. El investigado prestó su concurso al conglomerado económico, con el propósito de consolidar su actividad en el país, con intervención directa ante diferentes entidades y funcionarios, según los requerimientos de cada situación en particular, aprovechando la condición de congresista vinculado a la Comisión Tercera del Senado, encargada de estudiar y debatir el proyecto de presupuesto de rentas y gastos de la Nación -entre los cuales están, por supuesto, los de obras de infraestructura-, así como la Subcomisión de Crédito, encargada de aprobar los empréstitos internacionales y todo lo relacionado con la deuda y crédito público de la Nación.

3. Para la adjudicación de varias obras de infraestructura, la aprobación de condiciones favorables a la compañía y la agilización de los trámites contractuales respectivos, los directivos de ODEBRECHT, por intermedio del ex viceministro de transportes, GIGM, el exsenador ONBB y otros 'lobistas' acordaron la entrega de dinero a varios servidores públicos y congresistas para que se comprometieran a suplir las necesidades de la contratista. Específicamente en lo que concierne al contrato de adición -otro sí n.º 6- el compromiso abarcó la agilización de los trámites respectivos y la inclusión de cláusulas favorables al contratista, atinentes a la autorización de nuevos peajes, el incremento de las respectivas tarifas, la anticipación de vigencias futuras y tasas de retorno, entre otras, y se acordó que estas condiciones fueran contempladas en los documentos CONPES y CONFIS, requeridos para el cierre financiero del contrato.

4. Las sumas acordadas por concepto de 'comisiones o coimas' para este contrato, fueron del 4% del valor total del mismo, suma que se distribuyó así: 2% para el senador BMEV y su grupo de personas, el 1% para otro congresista y su grupo, el 0.5% para OB y el restante 0.5% para FG, monto que se pagaría una vez alcanzado el

objetivo, es decir, se firmara el contrato adicional y se obtuviera el cierre financiero, lo cual efectivamente sucedió.

5. Igual situación se predica del contrato de estabilidad jurídica, en el que se acordó entregar cuatro mil millones de pesos.

6. La forma de pago de las cantidades subrepticamente acordadas se encubrió de distintas maneras. Una parte, a través de una serie de transacciones trianguladas desde cuentas offshore a cuentas de terceros, suministradas por los destinatarios de los pagos, tanto en el exterior como en el país, y otras cantidades, obtenidas mediante la suscripción de contratos simulados entre la concesionaria Ruta del Sol II y subcontratistas, que finalmente fueron entregadas en efectivo y cheques a sus beneficiarios.

7. Respecto al Otrosí n.º 6, el senador EV asumió la función de agilizar los trámites para sacar adelante en un tiempo récord la adición del contrato en las condiciones económicas favorables exigidas por la concesionaria, lo que le generó dividendos equivalentes al 2% del valor total del mismo, para lo cual, entre otras actividades, interfirió de distintas formas ante el presidente de la ANI y otros funcionarios gubernamentales competentes para la aprobación del Conpes y el Confis, en orden a lograr el cierre financiero del Otrosí n.º 6. Su rol implicaba, además, lograr que otros congresistas apoyaran las iniciativas de control político, y a través de esos debates se presionaba a los funcionarios que tenían a cargo las decisiones en materia contractual. Igual situación cumplió el senador EV de cara al contrato de estabilidad jurídica, el cual tenía que ser finiquitado antes del 31 de diciembre de 2012, habida consideración que estaba en curso el trámite de una reforma tributaria en la que se prohibía la suscripción de este tipo de contratos, por tanto, la gestión acordada y asumida por el Congresista era fundamental para la Multinacional para lograr su cometido, como en efecto ocurrió, ya que el contrato se suscribió el 31 de diciembre de 2012.

8. También en desarrollo de su función dentro de la referida 'empresa criminal', frente al contrato de la concesionaria N S.A.S. (empresa de la organización ODEBRECHT), gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema

bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del contrato, el cual finalmente no se logró porque la trama corrupta de la multinacional fue ampliamente divulgada.

9. El pago de los sobornos se hizo a través del sofisticado sistema de pagos diseñado por la multinacional ODEBRECHT, con la adopción, a nivel nacional, de medidas adicionales. Para tales efectos se utilizaron personas naturales y jurídicas, y se apeló a la suscripción de falsos contratos, intermediarios, empresas de conocidos o familiares y 'correos humanos' encargados de recibir y trasladar el efectivo, todo encaminado a ocultar el origen ilícito y el destino de dichos recursos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA ANTICIPADA - Rebaja punitiva / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Efectos / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: irrevocabilidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: doble conformidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Doble conformidad: principio de limitación / **DOBLE CONFORMIDAD** - Interés para recurrir: sentencia anticipada

«La defensa solicita proferir condena por el delito de cohecho impropio y no por el de cohecho propio imputado en el pliego de cargos y en la sentencia SP436-2018, rad. 51833.

Con el fin de dar respuesta a esta pretensión, lo primero que debe precisarse es que este proceso terminó por la vía de la figura de la sentencia anticipada, ante la manifestación expresa y voluntaria del exsenador BMEV de aceptar responsabilidad frente a los cargos imputados.

En virtud de este instituto procesal, el procesado, después de rendir declaración de indagatoria y hasta antes de la clausura del ciclo investigativo, puede pedir que se dicte fallo condenatorio en su contra por los delitos objeto de la imputación, a cambio de obtener una rebaja de la tercera parte (1 / 3) de la pena a imponer.

Optar por esta figura implica para el procesado renunciar al adelantamiento del juicio, al derecho de contradicción frente a los aspectos incluidos en el acta de aceptación de cargos y, por obvias razones, al de impugnación de los mismos.

De la misma manera, pero a contrario sensu, el procesado podrá impugnar los temas de la sentencia no incluidos en el acuerdo, que por disposición legal debe definir el juez, como la dosificación de la pena, los mecanismos

sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes.

[...] la Sala ha dicho que la defensa material y técnica carece de legitimidad para cuestionar los aspectos que han sido objeto de la aceptación, por ausencia de interés jurídico para hacerlo, porque una vez suscrita el acta de aceptación de cargos causa vigencia el principio de irrevocabilidad (Cfr. AP7441-2016, rad. 48691; SP095-2020, rad. 51795, entre otras).

Este principio prohíbe al procesado desconocer o discutir los contenidos del arreglo, bien porque de manera directa manifiesta la voluntad de deshacer lo pactado, o cuando «a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos», para citar solo unos ejemplos: Cfr. SP mar. 29 de 2000, rad. 11105, AP mayo 16 de 2007, rad. 27350, AP oct. 17 de 2012, rad. 39984, AP7441-2016, rad. 48691 y AP5185-2018, rad. 53730, entre muchas otras.

Dichas limitaciones al derecho de contradicción se mantienen frente al ejercicio simultáneo del derecho constitucional a la doble conformidad, porque, aunque la materialización de esta garantía implica tener la posibilidad de controvertir de manera amplia los componentes fácticos, probatorios y jurídicos de la primera condena, su cuestionamiento deja de tener sentido cuando los mismos, previamente, de manera libre y voluntaria, han sido aceptados por el procesado.

Así lo ha sostenido la Sala en otras oportunidades, en las que ha explicado que la posibilidad de discutir de manera amplia los temas de la primera condena, en función de la realización de la garantía de doble conformidad, no implica desconocer las normas legales que limitan los aspectos de la impugnación en fallos dictados en el marco de la justicia premial (Cfr. SP095-2020, rad. 51795).

En el presente caso, la defensa técnica solicita a la Sala degradar la calificación jurídica de la conducta de cohecho propio (artículo 405, L. 599 /00) a cohecho impropio (artículo 406, ejusdem), por considerar que el delito que se tipifica, de acuerdo con los contenidos fácticos de la imputación y el acta de aceptación de cargos, es el del segundo precepto.

En concreto, asegura que los dineros recibidos por el exsenador lo fueron para que agilizará trámites procesales mediante la «presión sutil» a los funcionarios encargados de dichas funciones, lo cual se enmarca en el supuesto fáctico «por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones», que integra la descripción típica del artículo 406.

Esta pretensión resulta impertinente en el marco de la impugnación, porque, (i) comprende un aspecto que fue objeto de aceptación de cargos por parte del procesado, (ii) escapa a los temas que pueden ser impugnados de acuerdo a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y (iii) desconoce el principio de irrevocabilidad.

Tampoco se advierte que en el trámite surtido o en el acuerdo firmado se hayan desconocido las garantías fundamentales. La actuación indica que el exsenador aceptó los cargos de manera libre, consciente, voluntaria, asesorada y debidamente informada, razón por la cual no es posible sostener que hubiese sido inducido en error o que su decisión hubiese estado afectada por otros vicios.

También permite establecer, sin dificultades, que la adecuación de la conducta en el tipo penal que describe el cohecho propio encuentra amplio respaldo en los medios de prueba aportados a la actuación y que los cuestionamientos que se formulan por dicho motivo carecen totalmente de fundamento.

Los medios de conocimiento recaudados evidencian que BMEV recibió dinero para «gestionar» que la adición que se proyectaba realizar a la concesión vial Ruta del Sol II fuera adjudicada a la empresa ODEBRECHT, es decir, para incidir indebidamente en un proceso de contratación estatal, conducta que no es posible calificar como un acto propio de su cargo o de sus funciones.

Si bien el excongresista integraba la Comisión Tercera del Senado, encargada de «aprobar el presupuesto» de rentas y gastos de la Nación, entre los cuales se encuentran los de obras de infraestructura, lo cierto es que su labor dentro del plan criminal estaba dirigida -esencialmente- a intervenir ante otros funcionarios para agilizar distintos procesos contractuales, a cambio de la entrega de millonarias sumas de dinero.

Así se dejó consignado en el acta de aceptación de cargos y se ratifica con el contenido de las distintas pruebas testimoniales practicadas en la actuación, las cuales informan de dicha intervención en los contratos de, (i) estabilidad jurídica para la ejecución del proyecto Ruta del Sol II, suscrito el 31 de diciembre de 2012, (ii) recuperación de la navegabilidad del río Magdalena, suscrito el 13 de septiembre de 2014, y, en (iii) la aprobación del CONPES y el CONFIS, para lograr el cierre financiero del Otrosí No. 6, suscrito el 14 de marzo de 2014 (para el mejoramiento del corredor vial denominado «Transversal Río de Oro-Aguaclara-Gamarra» - Ruta del Sol II).

Por tanto, resulta ingenuo sostener que estos actos no son contrarios a sus deberes oficiales como Senador de la República, como si participar en un entramado delictivo para direccionar la adjudicación indebida de contratos y obtener parte de los dineros destinados para el cumplimiento de los mismos, prevaliéndose de su investidura, sea propio de su actividad funcional.»

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD - Efectos para la aplicación del sistema de cuartos y la dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistemas de cuartos: criterios de valoración / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: movilidad dentro de cada uno / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: determinación de los cuartos medios de punibilidad

«A juicio del recurrente, la Sala a quo, al dosificar la pena, debió seleccionar el segundo cuarto de movilidad y no el tercero, porque además de estarse frente a la circunstancia de mayor punibilidad referida a la posición distinguida del exsenador en la sociedad, también concurre la de menor punibilidad de ausencia de antecedentes penales.

Igualmente plantea vulneración del principio non bis in ídem, porque el cargo de Senador fue el «elemento principal» para declarar acreditados los delitos por los que el procesado aceptó responsabilidad penal, condición que igualmente fue determinante para imputar la circunstancia de mayor punibilidad. Además, que los elementos estructurales de los tipos penales fueron valorados doblemente, al tenerse también en cuenta en el análisis de la mayor o menor gravedad de la conducta y la necesidad de la pena del artículo 61 del código penal.

[...] la Sala advierte que la primera instancia, al asumir el proceso de dosificación de la pena, dividió el ámbito punitivo de movilidad de los delitos imputados en cuartos, «uno mínimo, dos medios y uno máximo», como lo ordena el encabezado del artículo 61 de la Ley 599 de 2000:

[...]

Posteriormente, precisó que al exsenador «se le dedujo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-9 del Código Penal, “(...) por la posición distinguida que ocupa (...) en la sociedad, dada su condición de congresista” y que paralelamente concurría a su favor la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55.1 del Código Penal, por la carencia de antecedentes penales.

Teniendo en cuenta que confluían dos circunstancias de naturaleza distinta, explicó que proseguía aplicar el inciso 2º del citado artículo 61 del Código Penal [...]

Como puede observarse, es claro que los ámbitos de movilidad en los que el juez puede actuar, son realmente tres: (i) el cuarto mínimo, (ii) los dos cuartos medios, y (iii) el cuarto máximo, pues el legislador quiso que cuando confluyeran circunstancias agravantes y atenuantes, el juez tuviera un mayor campo de acción, por eso los conglobó, para que pudiera moverse entre el máximo del primer cuarto y el mínimo del último cuarto.

Esta interpretación ha sido la que históricamente la Sala ha acogido, por consultar el contenido y teleología de la norma, pues si el legislador hubiera querido manejar los cuartos segundo y tercero de manera independientes, habría fijado las condiciones a cumplir para ubicarse en cada uno de ellos, pero no lo hizo. [...]

[...] contrario a lo expuesto por el recurrente, el trámite de individualización de la pena no distingue entre los cuartos de movilidad segundo y tercero. Así que, carece de fundamento sostener que el cuarto medio a seleccionar varía «dependiendo el número y naturaleza de las circunstancias genéricas y concurrentes de punibilidad», pues lo cierto es éstos conforma un solo parámetro de movilidad.»

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD - Posición distinguida del procesado: servidor público / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: servidor público, congresista / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: no se configura porque el sujeto activo de la conducta sea calificado / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: procede independientemente de la condición de servidor público / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: aplicación / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Situación en la que no se viola el principio de doble incriminación

«[...] las inconformidades planteadas por la defensa en este acápite, referida a la violación del principio non bis in ídem por la condición de servidor público del procesado, de la cual, según se afirma, se hicieron derivar dos consecuencias jurídicas, (i) como elemento calificador del sujeto activo de la conducta y, (ii) como circunstancia de mayor punibilidad por su posición distinguida

que en la sociedad, se imponen algunas precisiones.

Las condiciones que se exigen para ser sujeto activo de la conducta son distintas de las que definen la agravante prevista en el artículo 58.7 del Código Penal. Para ser sujeto activo basta ser servidor público, conforme a la definición traída por el artículo 20 del Código Penal, con independencia de la importancia del cargo que se desempeñe o el poder que se derive del mismo.

Mientras que para ser destinatario de la agravante se requiere que el sujeto agente tenga «una posición distinguida en la sociedad», derivada del cargo, de la posición económica, de su ilustración, del poder que ostenta, del oficio o ministerio a los que sirve, como lo precisa el numeral 9º del artículo 58 del Código Penal, lo cual es totalmente distinto.

Es más, ni siquiera se exige para la imputación de la agravante, ser servidor público, puesto que la norma utiliza la expresión «cargo», que en una de las acepciones del diccionario de la real academia significa «dignidad, empleo u oficio», ocupaciones que no solo pueden ejercerse en el sector público, sino también en el sector privado o en el religioso. Y los otros supuestos fácticos que enlista la norma, son predicables igualmente de particulares y de otras categorías de personas.

Esto, para significar que la agravante opera con independencia de la condición de servidor público y que cuando se imputa al sujeto agente que exige esta condición para la tipificación de la conducta, no basta sostener que es servidor público, porque esto, de suyo, no acredita el supuesto fáctico de la agravante.

En consecuencia, a efectos de la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad será necesario evidenciar, (i) que la preminencia del cargo que ocupa o de la investidura que ostenta le otorga una posición distinguida en la sociedad, y (ii) que esta especial condición incidió en la realización de la conducta delictiva, elementos sin los cuales la agravante no procede.

No es, por tanto, como lo plantea la defensa, que la imputación de la agravante a quien se le exige tener la condición de servidor público para ser sujeto agente de la conducta punible, vulnere el principio non bis in ídem por doble valoración, por cuanto, como se ha explicado, su estructuración presupone el cumplimiento de unos presupuestos adicionales que no todo servidor público cumple, particularidad que hace que el debate en torno a su procedencia se traslade al terreno fáctico probatorio.

Por tener relevancia para el caso, resulta importante recordar lo expuesto por la Corte en

la decisión SP 4250-2015, rad. 39156, sobre los motivos que justifican la imputación de la agravante derivada de la posición distinguida que el servidor público ocupa en la sociedad:

«i) esa alta posición implica para quien la ostenta una obligación adicional que debe impelerlo, por sí misma, a una mayor contención frente al delito, derivada de poseer medios económicos, sociales y culturales suficientes para servir de estímulo negativo a cualquier tipo de inclinación delictuosa;

ii) es mayor el acento lesivo del delito, dado que precisamente su materialización por quien recibió la confianza del ciudadano o el Gobierno, deslegitima ante la comunidad a la institución, a más que representa, en términos de prevención general, un factor reprobable en grado sumo, que obliga a una condigna sanción, aquí representada en la causal y sus efectos.»

En el presente asunto, al procesado BMEV le fue imputada en la providencia que resolvió su situación jurídica la circunstancia de mayor punibilidad «por la posición distinguida que ocupa el procesado en la sociedad, dada su condición de congresista» (Cfr. CSJ AP5391-2017, rad. 49592), la cual fue replicada en el acta de formulación y aceptación de cargos y en el fallo objeto de impugnación. En la imputación fáctica se aludió de distintas maneras a dicha posición para el momento de los hechos y la circunstancia de haberle permitido cumplir de manera efectiva su accionar delictivo.

Por consiguiente, es claro que su imputación no derivó de la circunstancia abstracta de ser servidor público, sino de ser congresista, concretamente Senador de la República, un cargo de elección popular de la más alta dignidad y responsabilidad en el marco de la rama legislativa del poder público que, por su importancia, determinaba que el procesado fuera considerado una persona importante, respetable y distinguida a nivel general. De allí que la censura por indebida aplicación de la misma, carezca de fundamento.»

JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación a casos análogos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Sentencia anticipada: identidad con el allanamiento o aceptación de cargos del nuevo sistema / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Precedente Judicial: se aplica el vigente al momento del hecho jurídico relevante / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Retracción: inadmisibile

«El recurrente sostiene que la Sala a quo contrarió el criterio jurisprudencial que se hallaba vigente para la fecha de los hechos del proceso, que permitía el otorgamiento del 50% de rebaja por aceptación de cargos, debido al cambio jurisprudencial contenido en la sentencia SP14496-2017, rad. 39831, sept. 27 de 2017, conocida como «el caso Nule», lo que ocasionó que la rebaja solo fuera de la tercera parte (1 /3), en aplicación del inciso 4° del artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

Con el fin de dar respuesta a este cuestionamiento, se torna necesario reproducir lo que se dijo sobre el particular en el acta de formulación y aceptación de cargos y luego en la sentencia. [...]

Lo primero que debe decirse alrededor de este cuestionamiento, es que el procesado carece de interés para formularlo, por tratarse de un aspecto que fue informado, debatido y excluido en el acuerdo, con el consentimiento expreso del procesado, situación que lo inhabilita para reintentar su reconsideración, en virtud del principio de irrevocabilidad que acompaña los acuerdos suscritos en el marco de la justicia premial.

Ahora bien, en el presente asunto la solicitud de acogimiento a sentencia anticipada fue presentada por el Senador el 4 de diciembre de 2017. La audiencia de formulación y aceptación de cargos tuvo lugar el 13 de diciembre siguiente. Ambos actos se presentaron después del cambio de jurisprudencia cuya aplicación se invoca, materializado en sentencia SP14496-2017, radicado 39831, del 27 de septiembre de 27 de 2017, es decir, dos meses antes.

Esto hacía inaplicable la tesis anterior invocada, por haber sido ya recogida cuando el procesado decidió acogerse a la sentencia anticipada y porque aceptó las nuevas condiciones, de las cuales fue suficientemente informado. En torno al punto, la Sala ha hecho las siguientes presiones, que ahora se reiteran:

«...no existe duda que el principio de favorabilidad de la ley penal más favorable no admite ninguna excepción, sea porque la ley vigente al momento de cometer el delito es más favorable que la posterior que determina una respuesta punitiva más gravosa, o porque la posterior a la ejecución de la conducta traza un tratamiento penal más benigno.

Acerca de ese tema no hay discusión. El problema que se debe resolver es si al aplicar la misma ley -la vigente tanto para el tiempo de ejecución de la conducta y para el momento de resolver la situación que se juzga— se puede desconocer el principio de favorabilidad, cuando al decidir el caso se aplica una jurisprudencia que no estaba vigente cuando se cometió la conducta, pero si cuando se suscita el hecho procesal jurídicamente relevante.

La respuesta es negativa. Primero, porque en el diseño constitucional del sistema de fuentes, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la ley (Artículo 230 de la Constitución Política). Segundo, porque ese principio, sin desconocer la importancia del precedente judicial, supone que la jurisprudencia no es equiparable a la ley en sus efectos, aun cuando se acepta que no puede ser retroactiva y, tercero, porque como ocurre incluso en discusiones relacionadas con el tránsito de leyes, lo que determina su aplicación en casos como el que ahora se analiza, implica precisar cuál es la interpretación judicial vigente cuando se produce el hecho jurídicamente relevante.

Según lo expresado, la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de allanarse a los cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la voluntad de aceptar los cargos, [...]

La pretensión de la defensa que se aplique el referido precedente, se traduce realmente en una solicitud de cambio de tesis, que desde luego la Sala no acoge, pues su postura, ahora consolidada, viene siendo reiterada en consecutivos pronunciamientos:

Esta tesis se mantuvo hasta la SP del 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, retomando la tesis de la SP del 23 de agosto de 2005, Rad. 21954, que allanamiento y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, según lo define la ley. A partir de esa premisa consideró que siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.» [Negrilla fuera del texto] (Cfr. AP4884-2019, rad. 54954 y AP504-2020, rad. 55166, (Cfr. SP287-2022, rad. 55914, feb. 9 de 2022).».

16. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Recursos: su recaudo y administración se hace por medio de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Recursos: son parafiscales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado la prestación de servicios de salud, el contratista no adquiere la calidad de servidor público / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, sin que de ello se derive delegación o sujeción legal de los contratistas respecto de la prestación del servicio de salud / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, los contratistas no adelantan tareas de recaudo o administración de bienes parafiscales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el pago por la prestación ingresa al peculio privado del contratista y pierde la connotación de parafiscal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el régimen contractual es privado, no se les puede vincular con los delitos de contratación estatal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: requisitos generales de contratación indicados por la Ley 100 de 1993, prohíbe la intermediación innecesaria

Examinó la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a través de la cual confirmó, con modificaciones en la institución a favor de la cual se deben pagar los perjuicios, la emitida en primera instancia, por el Juzgado 12 Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó a MLFT, JLNG, JHCI, MHLA, CAPO, MCCJ, JAEM y ÉARG, los dos primeros en calidad de determinadores y los demás a título de coautores, como responsables de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación, a la pena principal de

90 meses de prisión, multa en cuantía de \$4.317.146,799.84, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la privación de libertad.

La sala casó parcialmente para: (i) revocar la condena por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, a favor de todos los acusados y por virtud de demostrarse atípica la conducta; (ii) modificar la calidad en que responden EARG, MCCJ y JAEM, para definirlos intervinientes del delito de peculado por apropiación en favor de terceros; y (iii) reducir el valor de los perjuicios con directa incidencia en la pena de multa, a la suma de \$ 3,411.367. 363,84.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala de Casación Penal redosificó la pena impuesta a los procesados y negó los subrogados de suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, por no cumplirse los presupuestos que los gobiernan.

En esta oportunidad, la Corte analizó la condición de servidores públicos de los acusados y la naturaleza de los contratos celebrados por las Empresas Prestadoras de Salud con Instituciones Prestadoras de Salud o privados, temas respecto de los cuales concluyó:

1. No se discute que los dineros destinados a la prestación del servicio básico de salud, a través del SGSSS, de conformidad con lo que expresamente dispone la Ley 100 de 1993, corresponden a bienes parafiscales, en seguimiento de lo establecido en el artículo 338 de la Carta Política.
2. Acorde con ello, las personas que se ocupan de su recaudo o administración, sea por vía directa por tratarse de una entidad pública o por delegación expresa de la ley, se entienden servidores públicos para esos específicos efectos.
3. En consecuencia, esas personas o entidades están obligados, con imperativo directo, a recaudar y administrar esos dineros dentro de la estricta sujeción legal que, para el caso, detalla la Ley 100 de 1993.
4. A su vez, dada la calidad de servidor público, atada al recaudo y administración de dineros parafiscales, dichas personas responden penalmente, en caso de distracción o mal uso de ellos, a título de autores del delito de peculado por apropiación, acorde con lo que disponen los artículos 20 y 397 del C.P.
5. La Ley 100 de 1993, solo delega el recaudo y la administración de los dineros destinados a la salud, provenientes del SGSSS, a las EPS, en tratándose de entes privados, sin que igual

ocurra con las IPS privadas o profesionales independientes, en quienes no se subdelega dicha tarea u obligación solo porque contratan con las EPS.

6. Los contratos que celebran las EPS privadas, con IPS de igual naturaleza, se regulan por el derecho privado y obedecen a sus normas.

7. En consecuencia, dado que se trata de un contrato de prestación de servicios entre dos entidades privadas, o entre una EPS de esta calidad y un profesional independiente, el pago por la prestación, recibido por la IPS o el profesional, ingresa a su peculio privado, momento en el cual pierde su connotación de parafiscal.

8. Sólo pueden reputarse contratos estatales y, en consecuencia, signados por la Ley 80 de 1993 y normas subsecuentes o, cuando menos, pasibles de atender sus principios, aquellos en los cuales interviene, a título de contratante, una entidad pública.

9. En consideración a esto, los contratos celebrados entre EPS e IPS privadas, no son estatales y, consecuentemente, a quienes los celebraron no se les puede vincular con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

SP064-2023(61125) de 01/03/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán
Salvamento parcial de voto

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. LNG, Gerente General de C COOPERATIVA, se propuso favorecer a los asociados a esta, para lo cual estimó necesario entregarles contratos de prestación de servicios de salud, que se pagaban con fondos parafiscales a cargo de la EPS C.

2. Con tal cometido, conformó un equipo de trabajo liderado por MLFT, a quien se asignó el cargo, recién creado, de Gerente Corporativo de Salud, e integrado con MHLA, Director Nacional de Salud y CAPO, Jefe Nacional de Alto Costo.

3. En seguimiento de las directrices trazadas por el Gerente General de la COOPERATIVA, la EPS pactó dos contratos con MO, cuyos socios, habían pasado a ser, a la vez, seis meses antes,

socios de la COOPERATIVA: el primero, para la atención integral de pacientes de VIH SIDA, y, el segundo, carta-acuerdo, para realizar cirugías represadas de implantación de prótesis de cadera y rodilla.

4. Ambas negociaciones fueron realizadas a partir de la orden de MLFT y la concurrencia de su equipo, en particular, CAPO y MHLA, contando también con la conformidad del Gerente de la EPS, JHCI, quien firmó el primer contrato y cohonestó el efecto de la Carta-acuerdo.

5. En esas negociaciones, se pasó por alto que MO no cumplía con los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993, y los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 41 del Decreto 2309 de 2010, para actuar como contratista de servicios de Salud adquiridos por las EPS en aras de cubrir las necesidades básicas de sus afiliados, pues, a más de carecer de habilitación legal para actuar como IPS, no contaba con medios patrimoniales y logísticos que le permitieran atender a la población beneficiaria.

6. En atención a estas limitaciones patrimoniales y logísticas, finalmente, MO terminó realizando una indebida e ilegal intermediación que representó un enorme detrimento respecto de los recursos de la salud manejados por la EPS, pues, esta se hallaba en posibilidad de atender por sí misma las prestaciones contratadas -tanto que, finalmente, su red fue la utilizada para materializar la prestación de los servicios o contratarlas con sus proveedores directos.

7. Además del detrimento patrimonial inserto en la intermediación, la prestación del servicio de salud por parte de MO implicó recibir pagos con sobrecostos, doble facturación respecto de gastos y prestaciones no adelantadas efectivamente -pacientes ya fallecidos, no registrados, que no pagaron sus cuotas de afiliación o fueron atendidos por otras IPS-, e incluso, respecto de cuentas glosadas.

8. Ello, pese al control que de la prestación del servicio debían realizar los altos empleados de la EPS, esto es, JHCI, CAPO y MLA, quienes, además, habilitaron el pago de esas cuentas cumpliendo órdenes verbales de LNG y MLFT.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Recursos: su recaudo y administración se hace por medio de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) /

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Recursos: son parafiscales / **APORTES PARAFISCALES** - Concepto / **SERVIDOR PÚBLICO** - Concepto: en penal, las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política, contribuciones fiscales y parafiscales

«A lo largo del proceso se ha discutido la naturaleza jurídica de la labor que presta la [...], pues, pese a tratarse de una entidad privada, aspecto que no es objeto de controversia, en tanto, pertenece al conglomerado [...] y se registra en la Cámara de Comercio como sociedad anónima, ha sido advertido que en razón a la labor concreta desarrollada y, particularmente, por virtud de que se le ha delegado la administración de dineros públicos, esto es, fondos parafiscales, debe entenderse servidores públicos transitorios a quienes se encargan de esa tarea administrativa.

En el fallo de segundo grado, por razón de similar discusión planteada por la defensa, se hizo claridad al respecto, con cita adecuada de las normas consignadas en la Ley 100 de 1993, y de la jurisprudencia expedida por esta Corte y la Constitucional.

En este sentido, para no reiterar la argumentación, la Sala verifica que, en efecto, las cuotas que recibe la [...] de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, corresponden a dineros parafiscales, dada su destinación específica.

Sobre el particular, el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el artículo 2° de la Ley 225 de 1995, detalla:

Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.

Acerca de las características de las contribuciones parafiscales, así se pronunció la Corte Constitucional, al examinar la

constitucionalidad del artículo 182 de la Ley 223 de 1995 (“Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”):

según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las contribuciones parafiscales son éstas: (...)

1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;

3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;

4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa.

5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.

7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

Y esto dejó sentado la Corte Constitucional, respecto de los recursos del SGSSS:

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación que ha manifestado precisamente que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son parafiscales en la medida en que se cobran de manera obligatoria a un grupo de personas cuya necesidad en salud se satisface con tales recursos. Las contribuciones parafiscales han sido definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado grupo y se utilizan en beneficio de ese mismo sector. Se trata de una forma de intervención del Estado en la economía destinada a extraer ciertos recursos de un sector

económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional. Es su afectación dirigida a un propósito específico la característica fundamental de estos recursos.

A su turno, los artículos 156, literal d, 177, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993, que regulan en su integridad la prestación del servicio de salud, determinan con claridad que los dineros entregados como aportes por los beneficiarios del mismo, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, pero se delega su recaudo a las EPS.

La dinámica del sistema dispone, de igual manera, que de esos dineros recaudados de sus afiliados, las EPS tomen lo correspondiente a la Unidad de Pago por Capitación, no otra cosa que la suma individual reconocida por el Estado a la entidad, por cada afiliado, para que con ella atienda sus necesidades integrales de salud; la diferencia entre lo captado por cada afiliado y la UPC, debe entregarse por la EPS al Sistema.

Como quiera que los dineros recibidos de los afiliados necesariamente deben destinarse a los servicios integrales de salud, la EPS solo puede adelantar una administración restringida de ellos, al punto que han de ser consignados en una cuenta especial, distinta de las propias de la empresa.

El artículo 20 del C.P., establece:

Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Respecto del último grupo citado en la norma, esto es, “personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”, es preciso señalar que en este se mencionan las “contribuciones fiscales y parafiscales”.

Entonces, como lo advierten los juzgadores ordinarios en sus fallos, en tratándose de [...], dada su directa función de recaudo y administración de bienes públicos, en este caso, de recursos parafiscales propios del SGSSS, las personas que al interior de la empresa cumplen con esa específica tarea han de estimarse

servidores públicos “para todos los efectos de la ley penal”.

Cuando se trata del recaudo y administración de recursos parafiscales, la razón de que se estime servidores públicos a dichas personas, no surge de cualquier tipo de actividad contractual en la que determinada entidad pública delegue esa administración o le obligue a cumplir específico servicio público a cargo de la misma, sino de la naturaleza de la empresa y las atribuciones que directamente le entrega la normatividad legal, Ley 100 de 1993.

Por ello, precisamente, la función pública no puede definirse transitoria, como cuando deriva de un contrato, sino permanente, mientras la empresa actúe como EPS, pues, en atención a la razón de su creación y funcionamiento, habrá de cumplir con la tarea de recaudo y administración dentro de esos límites atemporales.

Aquí, la Corte debe significar que, si bien, los dineros no ingresaron al patrimonio estatal, en un plano material, dada la intermediación de la EPS en el recaudo, ello no significa que jurídicamente esos dineros dejen de pertenecer, o mejor, no hayan ingresado al patrimonio público, pues, expresamente el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, detalla que los ingresos, entregados a dichas empresas, pertenecen al SGSSS.

Se erige este, así, en un primer factor, de origen legal, que habilita la condición de servidores públicos de quienes administran los fondos parafiscales en la entidad privada, EPS, en tanto, la actividad de recaudo y administración desarrolla una labor eminentemente estatal, por delegación»

SERVIDOR PÚBLICO - No se acredita la calidad

«Acorde con lo anotado, la Corte debe significar que, en efecto, quienes se encargan de la labor de recaudo y administración de los dineros entregados por los cotizantes o beneficiarios del SGSSS, entendidos parafiscales, al interior de una EPS privada, en lo que se estudia, efectivamente deben ser considerados servidores públicos para efectos penales.

[...]

La Corte considera, así, que NG y FT, no fueron ni actuaron como servidores públicos.

No sobra precisar, eso sí, que esta manifestación, en la práctica, carece de efectos respecto de la condición penal y consecuente responsabilidad que se atribuye a ambos acusados, como quiera que, se reitera, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, la Fiscalía y los mismos falladores

asumieron y así expresamente lo consignaron, que estos responden en calidad de determinadores, calidad jurídica que mantendrá la Corte».

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado la prestación de servicios de salud, el contratista no adquiere la calidad de servidor público / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, sin que de ello se derive delegación o sujeción legal de los contratistas respecto de la prestación del servicio de salud / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado la prestación de servicios de salud, el contratista no adquiere la calidad de servidor público / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, los contratistas no adelantan tareas de recaudo o administración de bienes parafiscales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el régimen contractual es privado

«Como se detalló en el acápite precedente, es la Ley 100 de 1993, de forma expresa y exclusiva, el cuerpo normativo que delega en las EPS, la función específica de recaudar y administrar fondos parafiscales que, además, se precisa, debe destinar únicamente a gastos médicos y administrativos propios de la prestación del servicio público de salud en favor de sus afiliados.

En ese mismo cuerpo normativo se alude a quienes, en tercer nivel, contratan con las EPS para cubrir en concreto la prestación, a través de distintas modalidades, todas, se destaca, de naturaleza contractual eminentemente civil, frente a las cuales se verifica un tratamiento completamente diferente al que se realiza con las EPS o las ESE.

Entiende la Sala, respecto de ese tratamiento diferenciado, que las EPS operan como organismos delegados directos, de primer nivel, en los cuales reposa expresamente la función obligación de recaudo, administración y prestación del servicio de salud.

[...]

Resalta la Corte, de lo transcrito, cómo las IPS o personas independientes, privados, carecen de delegación o sujeción legal respecto de la prestación del servicio público de salud, pues, respecto de ellas opera una tarea material específica de atención, sea que se hallen vinculados a la EPS la norma detalla que estas entidades pueden actuar a través de sus propias IPS o que se les contrate para ese efecto.

En ese tercer nivel, entonces, las IPS o profesionales privados no adelantan tareas de recaudo o administración de bienes parafiscales, ni tampoco han sido delegadas, por disposición expresa de la ley y con criterios de obligatoriedad, para adelantar el servicio en cuestión.

Como la Ley 100 viabiliza que la EPS adelante la prestación del servicio de salud de forma directa o por medio de contrato con entidades diferentes, es claro que la obligación de entregar o realizar determinada labor médica, necesariamente surge, para las IPS y los profesionales independientes, del pacto suscrito con la EPS.

Se destaca, así, que la relación surgida entre la EPS y la IPS, las dos privadas en este caso, deriva exclusivamente de la decisión voluntaria de ambas partes para avenirse a celebrar un contrato de prestación de servicios, que se regula, así se trate del servicio de salud, por normas privadas de contratación y, respecto de la segunda, no representa de ninguna manera la delegación de funciones públicas, pues, entre otras razones, los dineros que se pagan a la IPS por entregar el servicio (médico que cobra por la consulta, empresa que entrega alimentos a los enfermos, etc.) ingresan a su peculio personal y pueden utilizarse como a bien quieran, pues, sobraría decir, resulta un contrasentido que el origen de tales sumas pagadas al particular, signe ad infinitum su uso.

Por lo demás, con independencia de qué tipo de contrato celebra la EPS con determinados profesionales o una IPS en particular, su naturaleza, precios y efectos, es lo cierto que la obligación directa de garantizar la atención integral de sus afiliados, sigue corriendo de cargo de la Entidad Promotora de Salud, acorde con el recaudo, administración y Unidad de Pago por Capitación que para el efecto se le entrega.

Así lo define expresamente el literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, antes transcrito.

Se entiende, así, que por las características mixtas del Sistema de Seguridad Social en Salud buscado aplicar por el Estado, la delegación del recaudo, administración y prestación del servicio

básico de salud que, en principio, corresponde al mismo Estado se ha hecho radicar en cabeza de entidades privadas, EPS, o públicas, denominadas ESE (Empresas Sociales del Estado).

En ambos casos, a dichas entidades se les ha otorgado un amplio campo de acción respecto de la manera en que prestan el servicio básico de salud, al punto de permitirles adelantar directamente o mediante terceros esa labor fundamental, en un marco privado y de libre competencia que permita cubrir máximos de universalidad e idoneidad.

Se reitera, la contratación que haga la EPS con un tercero, para que este realice determinada prestación médica, no desplaza en este tercero la obligación legal de asegurar, cuando menos, el Plan Obligatorio de Salud, ni determina que la IPS contratada, o los profesionales, se hallen administrando fondos parafiscales, pues, los dineros que perciben corresponden al pago por la prestación específica, directa e inescindiblemente relacionado con lo pactado.

El artículo 20 del C.P., en un plano de estricta tipicidad, no relaciona la asunción de la condición de servidor público, solo por el origen del dinero fondos parafiscales, sino que reclama una concreta sujeción entre la persona y el mismo, derivada de la administración, de conformidad con la destinación de esas sumas.

Independientemente de que esos dineros tengan como fin la prestación del servicio esencial de salud, es lo cierto que solo poseen la calidad de administradores, acorde con la expresa delegación legal, las EPS, en tanto, por mucho ejercicio dialéctico que se haga, el pago que reciben la IPS o el profesional independiente, en razón de una prestación específica, cuando se trata de una persona jurídica privada, se aleja con mucho de cualquier obligación de administrar dineros públicos e ingresa directamente a su peculio.

Al administrador se le exige determinar en qué, con quién y cómo destina los fondos parafiscales, acorde con su origen y destinación legal.

Pero, cuando esos dineros se entregan a un tercero como pago de una labor, no es posible sostener que este tercero sigue siendo administrador de los mismos ni mucho menos, que sin la existencia de norma legal que así lo disponga, ha sido delegado por el directamente delegado, sencillamente, porque se ha agotado su función.

Sostener lo contrario crea una verdadera paradoja jurídica en la que, ad infinitum, siempre será posible encontrar en cabeza de cualquier

persona la calidad de servidor público, cuando por alguna razón recibe o usa los dineros parafiscales.

Entonces, para concluir este tópico, aunque las IPS o profesionales privados, contraten con la EPS la prestación de un servicio concreto de salud, ello no los convierte en servidores públicos, dentro de la arista propia de los fondos parafiscales, simplemente, porque no han sido delegados ni adelantan materialmente la administración de esos recursos.

Y, además, el solo hecho de prestar materialmente el servicio público de salud, no verifica cubierta la exigencia del artículo 20 en mención, que alude a los “particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”, pues, como se anotó antes, la delegación de dicha prestación ha sido encomendada expresamente, en norma legal, a las EPS, en quienes radica la obligación de, cuando menos, atender con el POS a sus afiliados, sin que la contratación de un tercero las despoje de la misma.

Cierto que son dineros públicos y que se destinan al servicio de salud, pero es la misma ley la que ha determinado que las EPS, no solo recaudan y administran esos dineros, sino que son las encargadas de realizar la prestación directamente o por interpuesta persona, razón por la cual, ese tercero no adquiere una condición ya establecida, por delegación, en la Entidad Promotora de Salud.

El contrato privado entre dos instituciones del mismo orden, ni transfiere la función pública, ni muta la obligación, pues, el contratista, en este caso, solo está obligado a cumplir con lo que el contrato consagra.

No se desconoce, eso sí, que la Ley 100 contempla una serie de requisitos y exigencias de habilitación y formas de contratación con las IPS y profesionales independientes, derivados de la naturaleza del servicio y la necesidad de garantizarlo.

Pero, precisamente, ese régimen administrativo que, incluso, consagra sanciones para el incumplimiento de las obligaciones, no contempla, ni expresa, ni tácitamente, alguna referencia normativa al Código Penal y, en particular, al artículo 20 en reseña; ni es posible verificar la condición de servidor público en la sola importancia o trascendencia del servicio.

La Corte entiende que la calidad de servidor público deriva de una directa atribución legal, como aquí sucede con la Ley 100 y las obligaciones que asisten a las EPS, o de la delegación que surge por ocasión de que un este

estatal contrate con un particular o entidad privada la ejecución de ese tipo de tareas»

SERVIDOR PÚBLICO - Particulares: pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: requisitos / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: requisitos, delegación contractual / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: no pueden delegar la calidad de servidor público

«En conclusión, la determinación de que se ejercen funciones públicas de forma permanente o transitoria, para efectos del apartado correspondiente del artículo 20 del C.P., reclama de dos condiciones, en tratándose de delegación contractual: (i) que esas funciones hayan sido delegadas por un este estatal, a título de contratante, de manera directa; (ii) que la labor deferida corresponda efectivamente a la esencia de un servicio público no un servicio de utilidad pública o una obra material, que deja de prestar directamente el Estado y asume el particular.

Para evitar equívocos, la Corte precisa que lo definido en precedencia dice relación exclusiva con el apartado del artículo 20 del C.P., en el cual se relaciona que se entienden “servidores públicos”, entre otros a los “particulares que ejerzan funciones públicas en forma transitoria o permanente”, en el entendido que estos solo pueden adquirir esta condición, cuando se trata de delegación contractual, cuando es la entidad pública encargada de la función, la que directamente realiza el contrato con el particular»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el pago por la prestación ingresa al peculio privado del contratista y pierde la connotación de parafiscal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el régimen contractual es privado, no se les puede vincular con los delitos de contratación estatal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: requisitos generales de contratación indicados por la Ley 100 de 1993 / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contrato estatal: aquellos en los cuales interviene, a título de contratante, una entidad pública / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: cuando ejercen funciones públicas, su responsabilidad penal varía según los alcances de las funciones delegadas / **SERVIDOR PÚBLICO** - Concepto:

para fines penales, es distinto al que tiene la Ley 80 de 1993

«La Corte, respecto del tema en discusión, debe partir por significar conceptos diferentes y diferenciables, los de la calidad de servidor público establecida para los particulares en condiciones excepcionales, y aquel referido a la naturaleza de los contratos que la persona realiza.

Esto es, de ninguna manera se hace factible señalar que por el solo hecho de haber sido investido de funciones públicas en determinados asuntos, por vía legal o contractual, los contratos que en desarrollo de ello realiza el particular, derivan en estatales, exigen cumplir las normas de la Ley 80 de 1993, o sus principios, o lo determinan pasible de cometer los delitos contractuales en cita.

En un clima de estricta legalidad, se hace imposible expandir los efectos de una calidad o condición excepcional, hacia ámbitos diferentes a los que se busca proteger con esa adscripción.

Esto para significar, en primer lugar, que, si bien, tanto el delito de peculado, como los propios de la contratación, se representan cometidos contra la administración pública, su materialización y efectos operan en niveles distintos, que pueden delimitarse en relación género especie.

De esta manera, cuando a un servidor público transitorio o excepcional, se le confía la administración de dineros, su responsabilidad por la pérdida o distracción de los mismos dimana de la obligación de cuidado que surge directamente de la tarea confiada, hasta derivar en responsabilidad por alguna de las aristas del delito de peculado, acorde con lo establecido expresamente en el artículo 20 del C.P.

Pero, si el particular investido de tales funciones, utiliza la forma contractual privada para efectos de distraer el dinero que sigue siendo público o apenas se interesa en que sea favorecido determinado contratista, ello obliga verificar si se cumplen los presupuestos típicos que gobiernan los delitos insertos en el Capítulo Cuarto rotulado “De la celebración indebida de contratos” del Título XV del C.P. (arts. 408 a 410 A), pues, ellos no se suplen apenas con la consideración de la calidad especial del contratante, ni tampoco, por el hecho que lo contratado sea considerado un servicio público, entre otras razones, porque ello no convierte, per se, los contratos civiles o privados, en estatales.

A este efecto, es evidente que el servidor público especial, esto es, el particular al cual se atribuye determinada función, solo actúa en tal virtud, dado su carácter excepcional, de lo expresamente

delegado por la ley o el contrato suscrito con el Estado.

De ello se sigue, que si lo buscado es atribuir responsabilidad penal a un particular por los delitos contractuales del Capítulo Cuarto antes referenciado, derivada de las funciones que le han sido delegadas, es necesario demostrar que estas funciones incluyen, de forma expresa, la capacidad de actuar como reemplazo del ente estatal en sus tareas contractuales -pese a las limitaciones legales establecidas para el efecto, entre ellas, que la delegación solo puede operar respecto de un subordinado del delegante-.

Se precisa, contratos estatales solo pueden realizar, en principio, las entidades estatales, cuando actúan como contratantes, pues, aun si los particulares se hallan investidos de determinada actividad puntual, dígase, la de administrar fondos parafiscales, lo que se haga con estos dineros, si ellos se distraen en determinada contratación privada, no registra que la misma derive estatal o demande cumplir con sus obligaciones, ni mucho menos, que la celebración del pacto pueda derivar en los delitos examinados, pues, para ello se reclama, no que se trate de dineros públicos, sino que el particular haya recibido la delegación expresa para realizar contratos estatales.

Junto con lo anotado, es necesario relevar que la consideración de si un contrato es estatal o no, esto es, si debe regirse por las normas y principios establecidas en la Ley 80 de 1993 cuerpo normativo en el que hacen radicar el fiscal y los juzgadores, el incumplimiento de obligaciones o postulados generales, obedece a un criterio eminentemente orgánico, no subjetivo o finalista, que de manera expresa e inconcusa obliga del contratante su condición de entidad estatal.

No es, así, que baste con advertir del contratante la condición de servidor público menos, si la misma deriva de circunstancias excepcionales, referidas a administrar fondos parafiscales, sino que se obliga actuar en nombre de una entidad estatal.

[...]

Ahora, la necesaria e inescindible ligazón entre el cumplimiento de los presupuestos y normas de la Ley 80 de 1993, con la posibilidad de incurrir en los delitos contractuales insertos en el Capítulo Cuarto del Título XV del C.P., surge del texto mismo de la ley.

[...] el examen concordante de los artículos citados conduce a concluir que los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos,

operan solo cuando la parte contratante es una entidad estatal.

De la misma manera, si resulta que el contratante no es una entidad pública sino, dígase, un particular investido de la función pública, no es posible endilgarle alguna de estas dos ilicitudes, específicamente, porque ello escapa al ámbito principialístico y normativo de la Ley 80 de 1993.

Y, en este mismo orden de ideas, los particulares solo responden por dichas conductas, entendidos servidores públicos, solo cuando actúan como contratistas en contratos celebrado con una entidad estatal.

En otros términos, conjugados el artículo 20 del C.P., con lo contemplado en los artículos 56 y 57 de la ley 80 de 1993, no basta con que a un particular se le defieran o deleguen funciones públicas, ni que tenga asignada la prestación de un servicio público, para que los contratos que celebre en calidad de contratista adquieran la categoría de oficiales o públicos y, en consecuencia, operen bajo la órbita de los artículos 409 y 410 del C.P.

El panorama no cambia, resalta la Corte, si se mira bajo la óptica de la Ley 100 de 1993, como quiera que en este cuerpo normativo no se establecen sanciones penales, ni se fija algún tipo de modificación que extienda los efectos de la Ley 80 de 1993 o, siquiera, del artículo 20 del C.P.

Todo lo contrario, como de forma amplia se ha relacionado a lo largo del proceso por los distintos actores del mismo, en la Ley 100 de 1993 se ha institucionalizado una especie de carácter mixto en la atención de la salud, pues, aunque se faculta la intervención de prestadores privados en el SGSSS, a la vez, dado el carácter esencial y público que encierra la prestación, se establecen criterios regulatorios que buscan cumplir con los propósitos de universalidad, solidaridad y eficiencia, consustanciales a la principialística que gobierna esa normativa.

[...]

Para la Sala es claro, a partir de lo anotado, que no existe una libertad absoluta de contratación entre las EPS y las IPS o los profesionales independientes, pues, las partes deben adaptar el convenio de prestación de servicios a esos mínimos regulatorios de la ley, que dicen relación con el carácter del servicio y el origen de los dineros involucrados.

Ello no significa, sin embargo, que esos convenios entre entidades privadas sin desconocer la existencia de entes públicos en el sistema, deriven en contratos públicos o se hallen

delimitados por los principios y normas concretas de la Ley 80 de 1993 y complementarias.

El límite de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las EPS y las IPS o profesionales independientes, lo marca, precisamente, la Ley 100 de 1993, sin que en esta se haga algún tipo de remisión, así sea tácita, a la regulación pública referenciada.

Por el contrario, el sistema legitima que tanto las EPS, como las IPS, se constituyan por empresas privadas, en cuyo caso, huelga recalcar, los contratos celebrados entre ellas se rigen por el derecho privado, civil o comercial.

Ello, se ha dicho también a lo largo del trámite procesal, obedece al que entendió el legislador mejor modo de asegurar la prestación del servicio, a través de medios de competencia que garanticen la libre empresa y la iniciativa privada, de cara a los postulados de universalidad, solidaridad y eficiencia ubicados en la cúspide del SGSSS, en el entendido, además, que la urgencia y características propias del servicio de salud exigen de respuestas rápidas y eficaces, de alguna manera opuestas a los trámites y requisitos insertos en la contratación estatal.

Por lo demás, en ese esquema mixto que contempla la Ley 100 de 1993, si bien, se establecen requisitos y obligaciones que buscan cumplir con el cometido básico de la prestación del servicio de salud a toda la población, no se puede desconocer que, a la par, a las EPS, IPS y los profesionales independientes con excepción de los entes públicos o mixtos y las entidades sin ánimo de lucro, las anima un interés legítimo de obtener ganancias.

Es por esta razón que no es posible hacer radicar en quienes actúan como contratantes o contratistas, las calidades del servidor público que, sujeto directamente a claras finalidades del servicio público, se interesa de forma indebida en el contrato o pasa por alto determinados requisitos del mismo, pues, como ya se dijo, no solo se trata de exigencias diferentes a las que regulan la contratación pública, sino que cumple propósitos distintos que, cuando menos, matizan o eliminan el efecto concreto de los principios insertos en aquella.

Cuando los artículos 409 y 410 del C.P., que diseñan los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, respectivamente, aluden al “servidor público” y a los contratos en los que interviene por razón de sus funciones, necesariamente están haciendo referencia, dado el bien jurídico tutelado, a aquellos casos en los que actúa en nombre y

representación exclusiva de la entidad estatal en concreto, sujeto, también de forma exclusiva, a los intereses generales y de servicio público que regulan su función.

Esa sujeción directa e ineludible a cometidos eminentemente públicos, en la que radica la esencia del reproche penal, no puede predicarse de quienes en el orden eminentemente privado de la contratación, en ambos extremos de la ecuación, prestan un servicio público, pero obedecen a razones de mercado, libre competencia y ganancias.

[...]

En consecuencia, la Corte tiene que declarar que en los casos de contratación privada entre una EPS de esta naturaleza y las IPS o profesionales independientes privados, la conducta que ejecuten los intervinientes en ella no configura los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos: sujeto activo calificado: servidor público / **INTERVINIENTE** - Concepto / **INTERVINIENTE** - Evolución jurisprudencial / **INTERVINIENTE** - Presupuestos

«En un plano abstracto, entonces, solo los empleados al servicio de [...] EPS, pueden ser sujetos del delito de peculado en el caso concreto, al tanto que los socios de [...], cuando más, en tratándose de un delito de sujeto activo calificado, deben estimarse intervinientes o cómplices.

[...]

Respecto del contenido y alcances del último inciso del artículo 30 del C.P., la Corte ha desarrollada amplia jurisprudencia que, en su esencia, se caracteriza por dos momentos claramente diferenciables; uno inicial, en el cual se partía del criterio amplio del término, hasta concluir que incluye toda forma de participación en el delito; y, otro, vigente, que parte de un concepto restringido, hasta asimilarlo sólo a quien actúa como verdadero coautor en delitos de sujeto activo calificado, pero no posee las calidades del mismo.

Bajo este criterio, para la Corte es incuestionable que los socios de la entidad contratista, [...], intervinieron de forma activa y decisiva en la ejecución y consumación del delito de peculado, pues, no sobra recalcar, gracias a su cercanía con los directivos de la COOPERATIVA determinadores del delito, para lo cual, incluso, se afiliaron a ella, fue posible que se realizaran

los contratos en las ventajosas condiciones ya referenciadas, a manera de indispensable contraparte, de lo cual se sigue evidente el codominio funcional respecto de la ejecución del ilícito examinado.

Pero, como no son, ni puede entenderseles, servidores públicos sujeto activo calificado respecto del delito de peculado, no es posible entenderlos coautores, tal cual reclama su intervención material efectiva, y, en consecuencia, se debe asumir la calidad de intervinientes, en el entendido que se trata de personas que desarrollan directamente la conducta punible, pero carecen de las calidades especiales demandadas por el tipo penal, como se despejó en la jurisprudencia antes citada»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de salud: requisitos generales de contratación indicados por la Ley 100 de 1993, prohíbe la intermediación innecesaria / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: respecto de los parafiscales que manejan las EPS se adopta el criterio material, dada la dificultad de aplicar el jurídico / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Coautoría

«[...] en tratándose de las funciones específicas de administración y custodia de dineros públicos, esta Sala y la Corte Constitucional han adoptado un criterio expansivo o, mejor, material, al amparo del cual, incluso en los casos en los que la ley o el reglamento no atribuyen de forma expresa o directa las tareas en cuestión, si en la práctica, por ocasión del reparto de funciones en la entidad u orden concreta, se desarrollan las mismas, el servidor público debe responder, dentro de la órbita del peculado, por el mal uso o distracción del bien a su cargo.

Ello tiene su fundamento, cabe agregar no solo en la naturaleza del bien objeto de apropiación, sino en la condición de servidor público de la persona que despeja una sujeción particular con deberes anejos al servicio y la disponibilidad material o jurídica, en cuanto, le permite o facilita ese apoderamiento.

Junto con lo anotado, la Corte no duda en torno de la posibilidad de intervención de varias personas, como coautores, esto es, en calidad de sujetos activos calificados que de forma directa realizan la conducta, en el delito de peculado por apropiación.

Esto, en el entendido que dentro de las entidades públicas puede presentarse un trabajo compartimentado que obliga, para la materialización del delito, de la conjunción de

varias voluntades y tareas subsecuentes, complementarias o coincidentes, sin las cuales no podría consumarse la pretensión.

En estos casos, se agrega, la disponibilidad opera conjunta (siempre y cuando, desde luego, todos posean la calidad de sujetos activos calificados), como quiera que un solo acto o voluntad, individual, no permite la disposición material o jurídica del bien.

Las precisiones anteriores se hacen necesarias para determinar cómo debe operar el análisis del caso concreto, pues, no es posible, tal cual se anotó antes, hallar una adscripción normativa o reglamentaria concreta, que permita disponer sin ambages y con carácter absoluto, a qué empleado de [...] EPS le competen las tareas de recaudo, administración y custodia de los fondos parafiscales, o, dentro de otra arista, cuál de ellos posee la disponibilidad sobre los mismos.

El tema, así, debe abordarse desde una perspectiva eminentemente material, que diga relación con la forma en que se distrajeron los dineros públicos y la intervención específica que en ello tuvieron los acusados, bajo el criterio, indiscutible, de que las EPS, necesariamente y dentro de su esencia, desarrollan una tarea delegada por el Estado, que implica indispensable la administración de fondos parafiscales, de lo cual se sigue, para lo debatido, que sus empleados guardan una sujeción directa con la debida custodia, administración y disposición de los mismos, cometido que no asoma aislado, coyuntural o excepcional.

[...] en un plano enteramente dogmático, si se dice que la Ley 100 de 1993 prohíbe a las EPS contratar servicios de simple intermediación médica, entre otras razones, porque ello constituye un indebido encarecimiento de la prestación, que repercute directamente en el uso, disponibilidad y finalidades de los recursos parafiscales, perfectamente puede concluirse que aquellos contratos celebrados con determinadas IPS, entidades privadas o profesionales independientes, que destinen dichos dineros a pagar la prohibida intermediación, determinan objetiva la apropiación indebida que rotula el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, limitada, cabe precisar, al monto que perciben esos terceros, se le puede llamar ganancia, por la innecesaria tarea.

En estos casos, es pertinente relevar, no se trata de sostener que la prestación médica no fue cubierta o que la totalidad de los dineros entregados al contratista constituyen la indebida apropiación, pues, es claro que otro tercero sí prestó el servicio o entregó los medicamentos, sino de hacer radicar el daño en la diferencia

entre la suma pagada por la EPS y el dinero entregado a quienes efectivamente realizaron la prestación, pues, emerge elemental, si [...] hubiese acudido directamente a estos, esa sería la suma ahorrada.

Bajo estas consideraciones, no cabe duda de que al gerente de la EPS [...] en este caso, JHCI, en cuanto, encargado de suscribir los contratos con las IPS o los prestadores independientes de servicios de salud, le cabe directa responsabilidad en el delito de peculado por apropiación, dado que la indebida distracción del dinero, se repite, ocurre necesariamente por la forma de contratación y sus efectos específicos.

Pero, ya en lo que toca con la segunda de las modalidades de apropiación expuesta sobrecostos, pagos injustificados, etc. es factible advertir la presencia de otros actores directos, que con su acción u omisión propiciaron dichos pagos indebidos.

Es lo que ocurre con CAPO y MHLA, en tanto, a más de advertirse su tarea directa en la determinación de requisitos básicos a fin de escoger a los contratistas y, consecuentemente, la vinculación con los dineros distraídos en la labor de intermediación atribuida a [...], también se significó en los hechos jurídicamente relevantes delimitados por la Fiscalía, acogidos por los falladores de las instancias ordinarias, que realizaron actividades relacionadas con la aprobación de pagos por actividades médicas puestas en entredicho.

En este sentido, a través de lo declarado por auditores y empleados de la EPS [...], se concluyó que ambos procesados pertenecían al equipo conformado por la acusada MLFT, para seleccionar los contratistas y tipos de servicios entregados a estos.

Desde luego, ya está definido que los delitos contractuales no pueden despejarse en este caso, motivo por el cual, la atribución de responsabilidad penal no reposa en ese hecho escueto.

Sin embargo, como se anotó respecto del coprocesado CI, en el caso de la intermediación entregada a [...], entendido que la misma se aparta de las normas legales regulatorias de la prestación del servicio de salud, a más que generó evidente detrimento patrimonial, representado por el valor de la misma, sí se hace factible determinar, en su cariz objetivo, la tipicidad del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, en el entendido que dentro de su labor los acusados tenían disponibilidad jurídica respecto del destino de los dineros y con su conformidad efectuaron una actividad trascendente en la distracción de estos.

A su turno, considerado que los procesados MHL y CAP, en su calidad de Director Nacional de Salud y Jefe Nacional de Alto Costo de la EPS [...], respectivamente, desarrollaban funciones de verificación de atención y control de pagos, necesarias para que los dineros efectivamente se entregaran a [...], no cabe duda de que su anuencia resultó significativa en el detrimento patrimonial que deriva, acode con lo referido por los auditores y lo consignado en los diferentes informes de Policía Judicial, de los pagos dobles, sobrecostos, pagos a fallecidos, consignaciones anticipadas, conciliación de glosas, etc.

Esto, se reitera, bajo la consideración que en su esencia la EPS se ocupa primordialmente de prestar el servicio de salud a la población afiliada, a través del uso de los dineros pagados por estos, estimados bienes parafiscales, de lo cual se sigue que el deber de custodia, administración y adecuada destinación, se difumina a todo lo largo de su estructura, aunque, desde luego, la responsabilidad penal radica en personas específicas cuya actividad funcional y conducta concreta se adviertan fundamentales en el detrimento patrimonial.

De esta manera, la línea que adopta la Corte en torno de la responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación, al interior de este tipo de entidades prestadoras de salud, se soporta en criterios eminentemente materiales, pues, la remisión a cualesquiera reglamentos o manual de funciones de la entidad, no permite abarcar el aspecto sustancial que gobierna el tema, entre otras razones, porque a más del criterio general de custodia y administración de dineros parafiscales, los procesados en mención ocupan altos cargos dentro de la EPS, con absoluto deber de sujeción respecto del destino y uso de los recursos en cuestión, acorde con el objeto de la entidad, además del deber específico que surge de su labor de supervisión de la efectiva prestación del servicio de salud y la posibilidad de glosar o negar el pago al contratista, en los casos en los cuales este se registre inadecuado, inexistente, indemostrado o exagerado en su costo»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Determinador

«[...] la responsabilidad penal despejada en contra de JLNG y MLFT, respecto del delito de peculado por apropiación, opera dentro del instituto de la determinación, circunstancia por la cual, se releva, no es necesario definir la calidad de servidores públicos de estos, ni algún tipo de actividad relacionada con el recaudo, administración, custodia o destinación de los bienes parafiscales.

Esto, por cuanto, se recuerda, los procesados en reseña, altos directivos del holding [...], el uno como Gerente Nacional de la Cooperativa y la otra en calidad de Gerente Corporativo de Salud, si bien, estatutariamente no tenían injerencia en la actividad de la EPS [...], particularmente, en los contratos ejecutados por esta, la selección de los contratistas, el tipo de prestaciones y los pagos efectivos, en la práctica incidían directamente en ello, dada la condición de socia de la EPS, cuya creación gestó NG.

De esta manera, aunque el encargado de la contratación en la EPS, acorde con su cargo de Gerente de la misma, lo era JHCI, en la práctica como lo reconoce este la selección de los contratistas y delimitación del tipo de servicio a contratar, cuando no de la disponibilidad de los dineros y pagos efectivos, eran asuntos puntuales dispuestos por aquellos, en típica labor de determinación respecto de quienes tenían esa labor específica al interior de la EPS.

Esto, además, dentro del que se ha destacado como comportamiento teleológico de NG, quien elaboró todo un andamiaje corporativo dirigido a beneficiar a los socios de la Cooperativa C, para lo cual se utilizó la EPS [...], a partir de la entrega de contratos de prestación de servicios de salud a las IPS de propiedad de estos, las más de las veces a través de interpuestas personas.

Fue por ello, acorde con lo consignado en las sentencias, que LN designó en el recién creado cargo de Gerente Corporativo de Salud, a MFT, a efectos de que se encargara de materializar la entrega dirigida de los contratos de prestación de servicios de salud; y, a la vez, extrajo de la órbita regional los contratos suscritos con [...], para que su vigilancia y pagos fueran radicados en el equipo de trabajo de esta, particularmente, CARPO y MHLA.

[...]

Como no se discute ya la posibilidad de ejecución de los delitos contractuales, el examen del comportamiento de la procesada debe dirigirse a determinar la calidad que asume frente al punible de peculado por apropiación, pese a comprobarse que no cuenta con las calidades propias del sujeto activo calificado a partir de las cuales significarla autora, lo que, en principio, conduciría a definirla interviniente, acorde con lo contemplado en el inciso cuarto del artículo 30 del C.P.

No obstante, estima la Sala que en el caso concreto la distracción de los dineros no vino consecuencia de la carta acuerdo en mención, dada su absoluta insignificancia jurídica para el efecto, sino de la omisión atribuible al Gerente de la EPS, HC, en su calidad de sujeto determinado,

pues, si se entendiera que el documento en cuestión apenas representaba una especie de acuerdo de buenas intenciones o elemento pre contractual, carente por sí mismo de vínculo obligacional no se duda, también ajeno a cualquier función de MLF dada su ninguna vinculación con la EPS, no puede discutirse que el efecto material finalmente producido vino consecuencia de que este permitiera su vigencia y aplicación, como si lo hubiese firmado.

En el trámite procesal, a través de lo dicho por testigos directos, se concluyó que, finalmente, el procesado CI aceptó conocer de la carta acuerdo, hasta permitir que se desarrollara su objeto, en cuyo cometido se distrajeron dineros que se consideran aportes parafiscales.

Desde esta óptica, entonces, es posible admitir que la apropiación ilegal se inscribe dentro del espectro de la determinación, consignado en la acusación y los fallos ordinarios. Aspecto que, cabe agregar, reporta la anuencia de MHL y CAP, encargados de verificar la habilitación del contratista, vigilar la efectiva prestación y facultar los pagos»

PARTE CIVIL - Legitimidad para intervenir en el proceso penal / **PARTE CIVIL** - No solo busca la reparación económica

«Agréguese que la intervención de la EPS se fundó en que esta también se estimó afectada por el actuar de los acusados, no solo en el campo reputacional, sino por ocasión de los costos que dijo haber asumido en atención a las prestaciones pagadas de forma indebida.

Desde luego, que se demuestre después que no recibió algún daño no limitado, cabe destacar, al aspecto meramente patrimonial o que no se verificó su monto específico, de ninguna manera desnaturaliza la legitimidad de la demanda y de la intervención en el proceso de la reconocida como parte civil, pues, el cometido de la parte y la razón del trámite posterior se refiere a la demostración de lo propuesto y de las pretensiones planteadas.

Y, si no se condenó a [...] EPS, al pago solidario de los perjuicios, es un tema que escapa a la órbita de interés y legitimidad que acompaña al defensor de NG, en tanto, dada la carencia de argumentación que soporte esta manifestación, es claro que la decisión de no ordenar el pago de perjuicios en favor de la entidad privada, no la convierte, per se, en responsable de los mismos».

PECULADO POR APROPIACIÓN - Cuantía / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Cuantía:

estimación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Agravado: por la cuantía, evento en que la imputación no contempló todos los valores / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera / **PERJUICIOS** - Determinación / **CASACION** - Sentencia: redosificación de los perjuicios y la multa

«[...] es preciso detallar, tal cual partieron por hacerlo los falladores, que siempre fue imprecisa la delimitación concreta del monto de lo indebidamente apropiado en favor de terceros, como quiera que, si bien, fue posible determinar muchas irregularidades en la ejecución de los contratos, que en sí mismas representan segmentos del perjuicio, no se obtuvo prueba suficiente que permitiera identificar todos los vicios, ni sumar su costo efectivo.

[...]

Para el caso que se examina, fueron muchos los exámenes de auditoría e inspecciones adelantadas por el CTI, respaldados en documentos concretos, que se aportaron al expediente para definir algunos pagos indebidos, excesivos o carentes de soporte.

Sin embargo, la Fiscalía nunca adelantó una verdadera labor probatoria encaminada a aglutinar esa verdad atomizada, actuación compleja, pero posible, limitándose a afirmar, desde la acusación, que el monto, si bien, no estaba determinado en su totalidad, era determinable.

Además, contando con la posibilidad de elaborar un estudio detallado, preciso y suficiente de los perjuicios, incluso con la solicitud o aporte de nuevos medios suasorios, decidió acudir, mejor, a uno de los informes presentados por el experto a su servicio y allí radicó, de manera parcial, el total de su pretensión de condena por los daños causados.

Cuando la Fiscalía decidió modificar, una vez practicadas las pruebas del juicio, el contenido de la acusación, presentó un escrito en el que, además de mutar la condición de intervinientes de tres de los acusados, hacia la de coautores, de forma expresa señaló que el monto de los perjuicios quedaba establecido en la suma de \$3.411'367.363,84, que corresponde exclusivamente a las ganancias obtenidas por [...]

Entiende la Corte que esta manifestación concreta de la Fiscalía, no podía ser superada por las instancias, en esa especie de decisión ultra petita en que las sentencias definieron la responsabilidad civil, pues, de un lado, se sorprendió a las partes con un agregado monetario del cual no pudieron estas defenderse o controvertir recuérdese que la modificación de

la calificación, en sede de la Ley 600 de 2000, busca proteger los principios de consonancia y congruencia, pero además, implica el respeto por los derechos de defensa y contradicción, al punto que, faculta de las partes pedir un nuevo espacio probatorio referido a la modificación.

Asume la Sala, eso sí, que la modificación inserta en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, refiere, en principio, a que se presenten cargos más gravosos para el procesado, a partir de una nueva definición típica que lo afecte.

En el caso concreto, existe una indisoluble relación entre la modificación y el monto de los perjuicios establecido en ese acto por el ente instructor, como quiera que, a partir de ese hecho específico delimitó el delito de peculado por apropiación dentro del inciso segundo del artículo 397 del C.P.

Empero, sin mayores explicaciones y pese a advertir que se respetaría la definición que del monto de lo apropiado hizo la Fiscalía, los juzgadores de ambas instancias desbordaron ese marco fáctico concreto inescindible, cabe destacar, en la conducta punible de peculado por apropiación, para agregar la suma de \$905.779.436, de lo cual concluyeron que el perjuicio ascendía a \$4.317'146.799.84.”

Evidente la incongruencia con el monto que fijó la Fiscalía, cuando menos era de esperar que el A quo detallara la razón para realizar el incremento descrito.

Sin embargo, nada dijo al respecto y apenas señaló, en un apartado entre paréntesis, el cuaderno y folio que presuntamente consigna ese valor, aunque pareció dar a entender que ello corresponde a un supuesto sobrecosto en los precios de las prótesis.

El ostensible desvío del A quo, completamente inmotivado, se resalta, tampoco fue cubierto de mejor manera por el Tribunal, pues, a más de hacer relación al informe contable y advertir que allí se fija la suma en cuestión, presenta una justificación contradictoria, en tanto, sin mencionar cómo el experto dedujo esa cifra o a qué específicos elementos remite, significa que se trata del valor correspondiente al sobrecosto en prótesis de cadera y rodilla, pero, a la vez, que refiere el total de lo fijado como pago en la ilegal Carta Acuerdo “ante lo cual no tenían derecho a recibir ningún dinero”.

[...] si se dijera que el valor cuestionado solo corresponde a un supuesto sobrecosto en el valor de la atención o respecto del precio fijado para las prótesis, es lo cierto que las instancias omitieron cualquier tipo de análisis sobre el particular, así fuese para establecer el contenido específico de lo

referido por el experto y su alcance, en absoluta falta de motivación que, también, reclama desechar el incremento estudiado, en tanto, jamás se justificó por que debe superarse el valor fijado de antemano por el ente acusador.

Digase sobre este tópico, por último, que también asiste razón a los demandantes cuando cuestionan los montos que, en calidad de sobrecostos por el valor de las prótesis, fijó de manera concreta el investigador, en tanto, lo suyo no correspondió a un verdadero peritaje, sino que se limitó a confrontar el valor que por la atención integral de cada paciente cobraban las IPS reconocidas Clínica Imbanaco Y Centro de Fracturas y Ortopedia, frente asimilar costo establecido por Medicamentos de Occidente, para de allí derivar la diferencia meramente matemática.

No duda la Sala, vista esa diferencia sustancial casi el doble del precio, en porcentaje, que en razón a las muchas irregularidades delictivas insertas en la selección de los contratistas y la ejecución de los acuerdos examinados, efectivamente se presentaron sobrecostos.

Pero, como se trataba de demostrar, con criterios de certeza, cuál específicamente fue el monto de la ilegal apropiación, al investigador no le bastaba con la diferencia matemática en cita, si

antes no había conseguido los insumos esenciales, esto es, la definición de las circunstancias precisas que gobernaron la atención quirúrgica como prestación integral consignada en la Carta Acuerdo y, en particular, el tipo de prótesis entregada y su valor.

Si la defensa advirtió siempre, como hipótesis que respalda su teoría del caso, que las prótesis adquiridas por MO eran de mejor calidad -incluso se dijo que fueron importadas- y ello justifica los mayores costos, cuando menos, al investigador y la Fiscalía les cabía verificar qué elementos fueron los utilizados y cuál era la diferencia de precio con los entregados por los prestadores reconocidos en la zona.

En suma, por razones procesales y probatorias, la Corte debe eliminar del monto de perjuicios dispuesto por las instancias con incidencia también en la pena de multa, la suma de \$905.779.436.

Sigue vigente, así, como monto del perjuicio, el que fuera fijado por la Fiscalía en la modificación de la acusación, esto es, \$3.411'367.363, 84, que corresponden a las ganancias o beneficio económico que obtuvo [...] por su labor de mero intermediario».

Inicio

17. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD

SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado:

entidades autorizadas para la administración de subsidios de salud, requisitos / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN**

SALUD - Régimen subsidiado:

Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS, tipo de contratación, régimen jurídico y trámite / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD**

SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado:

seguimiento y control, a cargo de las entidades territoriales departamentales / **SISTEMA**

GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: contratación de la prestación de servicios / **SISTEMA**

GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: distribución de los recursos / **SISTEMA GENERAL DE**

SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: la inscripción en el Registro

Especial de Prestadores de Servicios de Salud está a cargo de las entidades territoriales

departamentales, no de las alcaldías municipales

Decidió la Corte la impugnación especial interpuesta por el defensor de CRG, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual lo condenó, por primera vez, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y ratificó la absolución por el injusto de peculado por apropiación a favor de terceros.

La Sala de Casación Penal revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva y confirmó la absolución dictada por el juzgado de primera instancia.

Lo anterior al considerar que, la conducta es atípica pues no se acreditó la omisión de requisitos legales en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato suscrito entre CRG, en calidad de alcalde del municipio de Garzón, y el representante legal de la administradora del régimen subsidiado - C; aunado a ello, no se vulneraron los principios de transparencia, planeación ni debido proceso, rectores de la contratación administrativa.

Para el efecto, la Corte hizo un recuento de las normas que regulan la dirección y el control del régimen subsidiado de salud, analizó las reglas jurídicas aplicables a la contratación de la

prestación de servicios y, también se pronunció sobre la distribución de los recursos que administra.

SP309-2023(60110) de 09/08/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. CRG en calidad de alcalde del municipio de Garzón (Huila), suscribió con AAQ, representante legal de la administradora del régimen subsidiado de salud C- ARS, el contrato nro. 02, cuyo objeto era la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema, con vigencia inicial del 1° de abril al 30 de septiembre de 2003, por un valor de \$598.940.519,10.
2. Dicho acuerdo, además, fue modificado y adicionado en 2 ocasiones y, una vez culminada su ejecución, el entrante alcalde y AAQ, firmaron acta de liquidación el 13 de mayo de 2004.
3. La mencionada ARS sólo contrató con el hospital San Vicente de Paúl y la E.S.E. María Auxiliadora de Garzón -empresas habilitadas en ese municipio-, el 41.02% de la prestación de los servicios de salud en los niveles de complejidad I, II y III.
4. En lugar de ello, contrató con la IPS clínica Medilaser, entidad que no aparecía habilitada para asumir la prestación de los referidos servicios en el municipio de Garzón y tampoco contaba con la infraestructura necesaria para atender el objeto contratado, lo que la llevó, a subcontratar con otras IPS del orden público, bajo la modalidad de Unidad de Pago por Capitación Subsidiada (UPCS).
5. La Contraloría Departamental del Huila, en mayo de 2005 presentó ante la Fiscalía, “informe de auditoría” con “hallazgo penal”, consistente en la existencia de presuntas irregularidades relacionadas con la contratación celebrada entre el municipio de Garzón y C ARS, durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2003 y 31 de marzo de 2004, las cuales, a juicio del ente acusador, resultan imputables, entre otros, al alcalde CRG, en tanto no acató los

principios de transparencia, responsabilidad y buena fe de que trata la Ley 80 de 1993.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: evolución legislativa / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: concepto / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: manejo, control y administración / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: entidades autorizadas para la administración de subsidios de salud, requisitos / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS, tipo de contratación, régimen jurídico y trámite / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: seguimiento y control, a cargo de las entidades territoriales departamentales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: contratación de la prestación de servicios / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: distribución de los recursos

«La Ley 100 de 1993 definió el régimen subsidiado, como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago total o parcial de una cotización subsidiada , con recursos fiscales o de solidaridad de que trata dicha ley, cuyo propósito es el de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares, que no tienen capacidad de cotizar (artículos 211 y 212).

Para el manejo, control y administración del régimen subsidiado en salud la mencionada ley creó las Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS-, encargadas de la vinculación y prestación del Plan Obligatorio de Salud -POS- de las personas afiliadas, lo cual puede hacerse a través de las Empresas Solidarias de Salud -ESS-, las Cajas de Compensación Familiar -CCF- y las Entidades promotoras de Salud -EPS- de

naturaleza pública, privada o mixta (artículos 215, 216 y 217).

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2357 de 1995 a través del cual reglamentó la organización del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud, en especial, aquellos aspectos relacionados con las entidades autorizadas para la administración de subsidios de salud (artículo 1). Para lo que interesa en este asunto, estableció que pueden administrar el régimen subsidiado de salud, aquellas entidades -ESS, CCF y EPS- que cumplan dos requisitos a saber: (i) que estén debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, con resolución vigente, y (ii) que posean una red de servicios que les permita prestar los servicios definidos en el POS-S (artículo 13).

Exigencias que, valga mencionar, se complementan con lo dispuesto en el Decreto 1804 de 1999, que en su artículo 6° prevé:

REGLAS PARA LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. Para la obtención de la autorización de funcionamiento se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

Requisitos para adelantar operaciones. Las personas jurídicas que pretendan actuar como administradoras del régimen subsidiado deberán obtener, con una antelación mínima de cuarenta y cinco (45) días a la fecha del respectivo período de contratación, el certificado de funcionamiento que expedirá la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo previsto en la ley y el presente decreto. (...)

Contenido de la solicitud. La solicitud para obtener el certificado de funcionamiento de una Administradora del Régimen Subsidiado deberá estar acompañada de la siguiente documentación: (...) d. El estudio sobre la capacidad de oferta de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de la disponibilidad de profesionales y grupos de práctica de la región en donde proyecta operar, o a través de los cuales garantizará la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS-S. Dentro de este estudio debe presentarse el plan de organización de la red para la prestación del POS-S ya sea a través de la infraestructura existente o de la propia en caso de que no exista oferta disponible, cerciorándose de que su organización y capacidad es la adecuada frente a los volúmenes de afiliación proyectados.

Ahora bien, en lo que atañe a la contratación de la prestación de servicios y la distribución de los recursos en el régimen subsidiado, el artículo 51 de la Ley 715 de 2001 ordena, expresamente, que las ARS (sean públicas o privadas) deben: (i) Contratar y ejecutar con las instituciones prestadoras de servicio de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, no menos del 40% de la unidad de pago por capitación subsidiada “efectivamente contratadas” con la respectiva entidad administradora de régimen subsidiado. (ii) Que en caso de existir en el municipio o distrito respectivo, hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial, dicha proporción no será menor al 50%. Y (iii) que todo lo anterior será aplicable “siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes”.

En desarrollo de esa última disposición reseñada, los artículos 41 (inciso 3°) y 43 del Decreto 050 de 2003 prevén: (i) Se considera “práctica insegura”, la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios. Y (ii) que “los montos mínimos de contratación con la red pública, resultantes de la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se calcularán con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente recibida por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Para estos efectos, no se contabilizará el porcentaje de promoción y prevención cuya ejecución estará a cargo de las entidades territoriales”.

Finalmente, en cuanto al tipo de contratación, régimen jurídico y trámite a seguir en estos asuntos, el Acuerdo 244 de 2003 dictado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS, puntualizó las siguientes reglas básicas:

a. En el artículo 45 dispuso que: (i) para administrar los recursos del Régimen Subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen, la entidad territorial suscribirá un solo contrato con cada Administradora del Régimen Subsidiado, por el número de afiliados carnetizados, que incluye la

población trasladada. (ii) Que ese contrato se rige por el derecho privado y obedece a una “minuta” remitida, con anterioridad, por parte del Ministerio de la Protección Social. Y, (iii) que es al finalizar cada anualidad cuando se efectúan los balances a efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos.

b. Acto seguido, el artículo 46 precisa que son los beneficiarios del régimen subsidiado quienes “escogen libremente” la ARS a la cual desean afiliarse, entidad que debe estar habilitada y autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud para operar en la respectiva región.

c. Más adelante, el artículo 49 estipula que en virtud de lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, las entidades territoriales deben realizar seguimiento y control del cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de las Administradoras de Régimen Subsidiado. Labor para la cual deberán “establecer una interventoría permanente de carácter interno o externo que podrá ser desarrollada en el ámbito regional o municipal debiendo elaborar como mínimo dos informes anuales y remitir el resultado a los Departamentos para su consolidación en el formato que para el efecto establezca el Ministerio de la Protección Social. Tales resultados podrán ser solicitados por el Ministerio de la Protección Social o los organismos de control correspondientes.”

d. En último término, el párrafo del artículo 52 exige que al momento de celebrar los contratos de aseguramiento, las entidades territoriales respeten “la libertad” que tienen las Administradoras del Régimen Subsidiado de seleccionar las instituciones con las cuales celebrarán los contratos de prestación de servicios de salud.»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: la inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud está a cargo de las entidades territoriales departamentales, no de las alcaldías municipales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: entidades territoriales departamentales, control de los contratos de aseguramiento contractuales a cargo de las ARS / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE**

REQUISITOS LEGALES - No se configura: en la fase de ejecución contractual

«Pues bien, consultados los medios de convicción recopilados, aprecia la Corte que, efectivamente, CRG fungió como Alcalde del Municipio de Garzón (Huila) [...] Además, que en ejercicio de ese cargo, suscribió con AAQ, representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud ARS - CAJASALUD, el Contrato nro[...] con los otrosies nros. [...] de la misma anualidad. Negocio jurídico que, a diferencia de lo sostenido por la Fiscalía y el Tribunal Superior Neiva, satisfizo en sus fases de tramitación, celebración y liquidación, todas las exigencias previstas en la normatividad aplicable a este asunto.

Las razones que sustentan esa tesis son las siguientes:

Conforme lo previsto en el artículo 4° del Decreto 2357 de 1995, CRG, en su calidad de representante legal del Municipio de Garzón, estaba facultado para suscribir contratos con las administradoras del régimen subsidiado, a fin de garantizar a los beneficiarios del sistema, la prestación de los servicios de salud requeridos. Por ende, no ofrece discusión alguna que, en ejercicio de esa legítima competencia, en el año 2003, firmó contrato de aseguramiento con C ARS, entidad escogida previa y libremente por los usuarios.

Diferentes pruebas aportadas a la actuación enseñan que desde la fase de tramitación, el funcionario acató lo normado en los artículos 13 ibidem y 46 del Acuerdo 244 de 2003, pues con la asesoría de DGA, Secretaria de Salud del Municipio de Garzón para la época de los hechos, observó el cumplimiento de los requisitos que tornaban viable y procedente la suscripción del contrato de aseguramiento con la ARS C.

En realidad, constató que se trataba: (i) de una caja de compensación familiar autorizada como administradora de los recursos del régimen subsidiado en el Departamento del Huila, según Resolución [...] expedida por la Superintendencia Nacional de Salud. Y, (ii) que contaba con una red prestadora de servicios de salud en los distintos niveles de complejidad -I, II, III y IV-. Esto último, en virtud de los contratos suscritos anteriormente con diferentes IPS públicas y privadas de la región

[...]

En este punto, es necesario precisar que no es cierta la censura de la Fiscalía y el Tribunal Superior Neiva, atinente a que el alcalde acusado faltó a su deber de realizar controles previos durante la etapa precontractual [...]

El artículo 16 del Decreto 2309 del año 2002, dispone expresamente que son los entes territoriales departamentales y no las alcaldías municipales, los encargados de verificar, previa solicitud de las IPS, si éstas cuentan con la capacidad instalada necesaria para prestar los servicios de salud requeridos y, si acreditan los requisitos legales que permiten su inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud. Trámite, a partir del cual, como lo indica la norma, los prestadores se consideran habilitados “para ofrecer y prestar los servicios declarados” en esa circunscripción geográfica.

Por ende, de eso no hay duda, no era competencia de RG examinar, antes de la formalización del convenio con C ARS, si una de las IPS que conformaban su red prestadora de servicios, léase la Clínica Medilaser, efectivamente contaba o no con capacidad para atender los servicios de salud en el municipio de Garzón. Ese era un requisito que la mencionada institución ya había acreditado ante la Secretaría de Salud Departamental del Huila, de manera que, para corroborar su habilitación en dicho territorio, le bastaba a la alcaldía con consultar el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud del departamento. Constatación que, efectivamente se realizó pues en la audiencia de juzgamiento, los testigos DGA -Secretaría de Salud de Garzón-, y ASG -interventor externo - UNISALUD-, señalaron al unísono que al momento de la contratación, C presentó su red de prestadores de servicios de salud, los cuales se encontraban habilitados por la Secretaría de Salud Departamental.

En todo caso, no obstante, la Corte hace hincapié en que para esa fase preliminar de la negociación, la habilitación de la Clínica Medilaser era una realidad indiscutible. Con base en el informe del 14 de febrero de 2017, suscrito por los investigadores del CTI, JSV y LICG, pudo corroborar la Corte que, efectivamente dicha IPS: “al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de salud para el régimen subsidiado por Capitación con la ARS -léase el contrato del 01 /11 /2002-, se encontraba habilitada para la prestación de servicios contratados, ya que según el Decreto 2309 del

año 2002, vigente para la fecha, la IPS realizó el procedimiento de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud”.

Así las cosas, se insiste, comprobado por parte de la Alcaldía Municipal de Garzón que la ARS C estaba habilitada para ejecutar el objeto contractual y que los convenios suscritos entre ésta y las citadas IPS -negociación privada en la que el alcalde no tenía ninguna injerencia -, efectivamente demostraban su capacidad de oferta para la prestación de todos los servicios requeridos, la satisfacción de las formalidades previas a la celebración del contrato de aseguramiento no generaba ninguna duda, recelo o desconfianza. Estaban dados, en efecto, todos los presupuestos para proceder a la contratación.

Por otra parte, se probó que desde el 27 de enero de 2003 -es decir, antes de celebrar el contrato con C, el funcionario había contratado una interventoría externa con la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos en Salud - UNISALUD, a fin de realizar, de la manera más idónea y oportuna posible, el seguimiento y control de todos “los contratos de Administración de recursos del régimen subsidiado celebrados entre el Municipio y las distintas ARS que prestan sus servicios” en Garzón (Huila). Proceder que demuestra, no sólo el acatamiento de lo normado en artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003, sino el compromiso de RG de actuar en forma diligente y responsable.

Es razonable entender, como lo expresó el propio enjuiciado y lo ratificaron otros testigos que comparecieron a la audiencia de juzgamiento, que la vigilancia y control de los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado, era sólo una de las múltiples labores a cargo del alcalde CRG. Por ello, la conformación de la mencionada “interventoría externa”, justamente, era la herramienta idónea a través de la cual el Alcalde podía garantizar el cumplimiento de esa específica obligación a su cargo.

Por conducto del interventor contratado, podía vigilar la operación y estar atento al cumplimiento de las obligaciones a cargo de las ARS contratadas. Así lo afirmó la Secretaría de Salud Municipal DGA, y lo corroboró ASG en su condición de representante legal de UNISALUD e interventor del contrato administrativo mencionado.

Aunado a lo anterior, resulta incuestionable para la Corte que al momento de formalizar el convenio

-fase de celebración RG actuó con estricta sujeción a las reglas previstas en el artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003.

Desde el punto de vista formal, el Contrato nro. [...]celebrado entre el Municipio de Garzón y CARS corresponde, al “formato” definido y enviado previamente por el Ministerio de la Protección Social. Inclusive, la simple lectura del documento permite ver que se diligenció de manera correcta, con indicación exacta de la fecha de suscripción y periodo de vigencia, las partes contratantes y sus representantes legales, el objeto y valor del contrato, la resolución de la Secretaría de Salud mediante la cual se verificó que se trataba de una ARS inscrita, la población afiliada, fuentes de financiación, registro presupuestal y forma de pago.

[...]

Por ende, mal podría afirmarse que RG violó el principio de planeación, cuando está plenamente demostrado que el Contrato nro. [...]: (i) se ciñó a las formalidades impuestas por el Ministerio de la Protección Social. (ii) Contenía una disposición expresa atinente a la obligación del contratista, de cumplir con los porcentajes de contratación establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001. Y (iii) que con la firma impresa en el documento por parte de AAQ, representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud ARS - C, éste no solo tuvo conocimiento de ella sino que se comprometió a acatarla.

Ahora bien, si con posterioridad a la firma del contrato, C incumplió esa específica obligación a su cargo, advierte la Sala que tal irregularidad, además de resultar ajena a la responsabilidad del procesado RG, no se suscitó en el marco de las etapas de tramitación, celebración o liquidación del Contrato nro. [...], sino en su ejecución. Circunstancia que, como ya fue dilucidado en esta providencia, desborda la tipicidad del delito por el cual se sustentó el llamamiento a juicio.

El artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se recuerda, hace referencia a la obligación en cabeza de las Administradoras de los Recursos del Régimen Subsidiado de Salud, de desarrollar los contratos de aseguramiento suscritos con las entidades territoriales, con estricta observancia de los porcentajes mínimos de contratación con la red pública allí previstos. Si bien, como fue precisado en acápite anterior, se trata de un deber sobre el cual el contratante llama la atención del contratista durante la fase precontractual, su

cumplimiento, destaca la Corte, ni es responsabilidad del ente territorial, ni se puede verificar desde ese estadio inicial como de manera equivocada lo señalaron la fiscalía y la segunda instancia.

Lo primero, se enfatiza, porque es la propia norma la que establece quién es el específico destinatario de dicho mandato. El tenor literal de la disposición en comento señala, expresamente, que son las Administradoras de los Recursos del Régimen Subsidiado de Salud, las que en su calidad de contratistas, tienen el compromiso de ejecutar el objeto contractual con plena observancia de los porcentajes mínimos de contratación con la red pública. No se advierte que su contenido sugiera o permita una interpretación relativa a que tal obligación a cargo de la ARS deba ser desarrollada asocio con el respectivo municipio o alcalde de turno contratante. Por ende, eso está claro, el incumplimiento de tal deber sólo compete a las entidades aseguradoras.

Ahora, es indiscutible también que se trata de un compromiso predicable, tan sólo, de la fase de ejecución contractual. Simple y llanamente porque, es con posterioridad a la firma del convenio cuando surge la obligación para la ARS de llevar a cabo las tareas para las cuales fue contratada y de proceder conforme los términos y las condiciones pactadas con el ente territorial. Entre ellos, el de convenir la prestación de los servicios de salud requeridos, con estricta observancia de los porcentajes dispuestos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

En este sentido, los testigos DGA -Secretaría de Salud de [...]-, EATP-Gerente de la IPS María Auxiliadora- y AASG -interventor externo - UNISALUD- explicaron que es durante la fase de ejecución contractual cuando, por ejemplo, se presentan los distintos factores y variables como nacimientos, fallecimientos, ingresos, retiros, entre otros, los cuales, en últimas, son los que determinan la manera como la ARS contratista debe desarrollar el objeto del contrato, realizar los convenios con su red de prestadores y ejecutar los recursos públicos.

Por ende, añadieron, es al término de la ejecución del contrato, o al momento de su liquidación, cuando la entidad territorial efectivamente logra esclarecer, con base en los balances que al respecto le sean presentados, si la ARS contratista respetó porcentajes mínimos de

contratación con la red pública (inciso 2° artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003) y si garantizó en forma adecuada los servicios de salud requeridos por la población beneficiaria de dicho sistema. Función que, desde luego, por la línea de tiempo de este caso, se constituye en una tarea jurídicamente imposible de adelantar por parte de CRG, teniendo en cuenta que la liquidación del contrato se realizó el 13 de mayo de 2004, época para la cual el acusado no ostentaba el cargo de Alcalde del Municipio de Garzón [...]. Ya había culminado su mandato.

Vistas así las cosas, es palmario para la Sala que le asiste total razón al impugnante en los motivos de disenso presentados contra la sentencia condenatoria de segunda instancia. Resulta desacertado sustentar un juicio de reproche contra CRG so pretexto de presumir la “falta de controles previos” o la “falta de vigilancia del correcto cumplimiento del objeto contratado”. En realidad, no es posible pensar que al momento de la tramitación o celebración del contrato, el funcionario pudiera prever o anticipar si [...] iba a ejecutar el contrato con estricta sujeción a la ley. Su deber en ese momento era advertir a la contratista sobre el imperativo cumplimiento del mandato previsto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, y así lo hizo. Así mismo, es inadecuado sostener que la existencia de supuestas anomalías advertidas al momento de la liquidación del convenio, le puedan ser imputables al mencionado procesado, teniendo en cuenta que en este asunto se demostró que, para esa fecha, RG no ostentaba la calidad de Alcalde Municipal [...].»

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Porcentaje mínimo de contratación con la red pública, parámetros

«[...] ha de precisar la Corte que, en todo caso, la afirmación de la fiscalía acerca de que C incumplió las obligaciones derivadas del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, es absolutamente desacertada, lo que termina dando al traste con uno de los pilares fundamentales de la acusación endilgada al Alcalde RG.

[...] tal y como fue precisado por esta Corporación en reciente pronunciamiento, CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, para determinar si dicho valor [...] respetó el porcentaje mínimo de contratación con la red pública, se deben tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) No se toma como base el valor total ejecutado del contrato sino el monto

mínimo destinado a la prestación de salud por Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, que no puede ser menor al 85% del valor total destinado a la prestación de los servicios de salud. Además (ii) que al valor resultante de la anterior operación se le hace el descuento adicional correspondiente al porcentaje de promoción y prevención establecido en el artículo 43 del Decreto 050 de 2003.

[...] se enfatiza, contrario a las acusaciones de la fiscalía, lo cierto en este asunto es que C ARS sí acató la obligación prevista en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, como quiera que contrató con la red pública del municipio de Garzón, más del 50% de los servicios de salud.»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Prestación de servicios de salud: práctica insegura, concepto / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Prestación de servicios de salud: práctica insegura, no se configura

«[...] la Fiscalía y el Tribunal de Neiva manifestaron que el Alcalde RG cohonestó y “fue cómplice” del proceder irregular de C ARS, ya que a sabiendas de que ésta había incurrido en una práctica considerada como “insegura” y no autorizada en la prestación de servicios de salud, guardó absoluto silencio. Sin objeción alguna, el funcionario permitió que para dar cumplimiento al contrato suscrito con C ARS, la Clínica Medilaser subcontractara con el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón (contrato Nro. 006-2003) la prestación de Servicios de Salud en los niveles de complejidad II y III. Reproche que, como pasa a explicarse, tampoco es verídico.

Mediante Resolución nro. 488 del 20 de junio de 2003, la Secretaria de Salud Departamental del Huila archivó una investigación administrativa adelantada contra C ARS, entre otros motivos, porque consideró que dicha entidad no había incurrido en ninguna “intermediación o creación de un nuevo eslabón de aseguramiento” [...]

[...] las aclaraciones contenidas en el informe pericial del 14 de febrero de 2017 suscrito por los investigadores del CTI VMBL y MCZC, enervan por completo la afirmación de que C ARS difirió a la Clínica Medilaser, la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud, lo que impide considerar que, en realidad, se haya

presentado el evento de tercerización o subcontratación censurado por la fiscalía.

Resalta la Sala, como se anotó en precedencia, conforme el inciso 3° del artículo 41 del Decreto 050 de 2003, se considera práctica insegura, “la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios”.

A su turno, la Corte, en providencia CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, al analizar un caso similar al aquí examinado, precisó: “El Ministerio de la Protección Social definió en su Circular del 19 de abril de 2001 y en el Decreto 050 de 2003 que la intermediación corresponde a una operación contractual en la que una IPS contratada por una ARS, la desplaza para

convertirse en coordinadora de la red y cobra en virtud de tal gestión un valor por administración de los subcontratos, de manera que reduce con ese proceder el monto de los recursos destinados a la prestación de servicios de salud.”

En este caso, sin embargo, no se registró ningún cobro por la supuesta administración de los subcontratos [...]

Por ende, si los medios de convicción aportados al presente asunto no demostraron que Medilaser haya efectuado algún cobro ante C por la administración de los subcontratos, la única conclusión a la que puede arribar la Sala es que la intermediación criticada por la Fiscalía y el fallador de segundo grado no existió. Constatación que termina por ratificar la falta de fundamento jurídico y probatorio de los reproches atribuidos al Alcalde RG».

Inicio

18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Archivo de las diligencias: procedencia, presupuestos / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Archivo de las diligencias: procedencia del desarchivo, la indagación se reanudará siempre y cuando aparezcan

nuevos elementos de juicio / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Archivo de las diligencias: diferencia con otras formas de terminación anticipada del proceso / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Archivo de las diligencias: deberes de la Fiscalía, no emitir

consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad

Al respecto, la Corte explicó las características del archivo de las diligencias, su diferencia con otras formas de terminación anticipada del proceso y los presupuestos exigidos para identificar y precisar su procedencia.

SP230-2023(61744) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación presentado por la defensa contra la sentencia mediante la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, conjueces, condenó a LPMS - fiscal local 12 de la sala de atención al usuario de Puerto Tejada (Cauca)-, por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

En esta oportunidad, la Sala revocó la sentencia impugnada, y en su lugar absolvió a LPMS, al considerar que, la Fiscalía no logró probar que la procesada actuó dolosamente en la decisión de archivar las diligencias.

1. Durante su ejercicio como fiscal local 12 de la sala de atención al usuario de Puerto Tejada (Cauca), LPMS ordenó el archivo de un proceso, bajo la causal de atipicidad por tratarse de «un caso de accidente de tránsito donde se le causan unas lesiones a la pasajera del vehículo automotor en que se desplazaba sin que haya causante del accidente ya que de los hechos narrados se evidencia que se trató de un caso fortuito o fuerza mayor en este caso es una circunstancia de la naturaleza cual fue un torrencial aguacero que le hizo perder el control del automotor al conductor y ocasionar el volcamiento del mismo con las consecuencias ya conocidas en folios».

2. Los hechos que motivaron el proceso referenciado datan del 22 de octubre de 2014, fecha en la que, mediante informe ejecutivo rendido por los guardas de tránsito municipal de Puerto Tejada, fue puesto en conocimiento de la Fiscalía un accidente de tránsito ocurrido en la vía Puerto Tejada-Cali, en el que un vehículo se salió de la vía, volcándose sobre una cuneta con agua mientras transportaba a cinco pasajeros.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: titular de la acción penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, sólo cuando la conducta no configura los elementos objetivos de un delito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, previo actos de investigación que le permitan afirmar la inexistencia del hecho o su falta de caracterización como conducta típica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia del desarchivo, la indagación se reanudará siempre y cuando aparezcan nuevos elementos de juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: no tiene efectos de cosa juzgada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: diferencia con otras formas de terminación anticipada del proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: deberes de la Fiscalía, no emitir consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: no hay ejercicio de la acción penal, explicación

«La persecución penal o el ejercicio de la acción penal, como facultad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, «presupone la existencia de una conducta típica», en seguimiento del principio de legalidad que implica que el Estado realice su pretensión penal independientemente de la voluntad del ofendido, con excepción de los delitos querrelables. El Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 79 que «cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su

posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación».

Lo anterior, sin perjuicio de que pueda ser reanudada si surgieren nuevos elementos probatorios, siempre y cuando no hubiese procedido la extinción de la acción penal, por tratarse de una actuación que -a diferencia de la preclusión- implica la «simple suspensión de la indagación por inexistencia de la conducta investigada o por atipicidad objetiva de la misma y que, por lo tanto, no reviste el carácter de cosa juzgada», pues no es una decisión judicial.

[...]

Sobre el concepto, la jurisprudencia constitucional ha establecido aspectos diferenciados, por ejemplo, respecto del principio de oportunidad, se está «ante la evidente existencia de un delito», por eso opera la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, mientras que en el archivo de las diligencias la tipicidad no se consolida, pues no se presentan presupuestos que indiquen que una conducta sí puede caracterizarse como un delito. [...]

Bajo este entendido, el archivo de las diligencias procede únicamente de no verificarse presupuestos del tipo objetivo, es decir, cuando no se reúnan los elementos requeridos por el ordenamiento penal y se imposibilite su caracterización como delito, diferenciándole de otros mecanismos de terminación del proceso penal, como lo son la preclusión, el principio de oportunidad previamente reseñado o el desistimiento en delitos querrelables.

A su vez, en el archivo de las diligencias no se cuenta con «un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito, que exija en su terminación acudir a la preclusión de la investigación.

Es menester precisar que en su aplicación no corresponde en forma alguna al fiscal emitir consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad, pues «lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como

el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo». Por otro lado, lo relativo a aspectos subjetivos de la tipicidad de la conducta deberá ser resuelto por el juez penal mediante preclusión, principio de oportunidad o juicio oral.

Las funciones judiciales en la fase preprocesal de indagación, en la que se adelantan pesquisas o averiguaciones con la exclusiva finalidad de determinar o lograr establecer si se debe o no adelantar el ejercicio de la acción penal se concretan en el recaudo de información, realizar entrevistas, recolectar elementos materiales probatorios y evidencia física. Por eso, la Corte Constitucional, sobre la naturaleza jurídica del ejercicio de la acción penal en esta fase, determinó que implicaba la verificación de motivos y circunstancias fácticas sobre la posible comisión de un delito, a las cuales se sujetaba la obligatoriedad de la misma, a efecto de que el ente acusador pueda proceder con la labor investigativa y de acusación.

En esta línea, cuando la Fiscalía emite una orden de archivo no ejerce la acción penal, precisamente porque se concibe conforme al entendimiento de que «el ente acusador ha podido descartar la necesidad de ejercer la acción penal al constatar que las circunstancias fácticas sobre las que se adelantó la indagación o pesquisas no se adecuan a los elementos objetivos de los tipos penales contenidos en la legislación penal».

Es necesario hacer especial hincapié en que «el archivo se predica exclusivamente de las diligencias y actividades investigativas que se adelantan con ocasión de la noticia criminis», careciendo de incidencia en la acción penal, función persecutoria de los delitos o definición de responsabilidad del presunto infractor, toda vez que esas gestiones pueden ser llevadas a cabo incluso sin la individualización de los sujetos.

Sobre las causales por las cuales procede el archivo de las diligencias, por no estar objetivamente enunciadas en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia se ha encargado de reunir presupuestos para identificar y precisar su procedencia; por eso, adicional a los casos reseñados por la Corte Constitucional para emitir archivo -inexistencia del hecho y atipicidad de la conducta -, la Corte Suprema de Justicia en postura sostenida en

auto del 5 de julio de 2007 establece que se incluyen también (i) la imposibilidad fáctica y jurídica de efectuar la acción; (ii) la imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo y (iii) la imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto pasivo.

En lo relativo a la causal de atipicidad específicamente, «se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible», es decir, implica verificar que un actuar humano no se corresponde a cabalidad con un precepto normativo punitivo. En este sentido, se requiere congruencia integral de la conducta investigada con la acción u omisión normativa, incluyendo las exigencias materiales del tipo objetivo (sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento) y el tipo subjetivo (dolo, culpa o preterintención).

NULIDAD - Debido proceso: no se configura, cuando se tuvo la oportunidad procesal de solicitar aclaración o adición a los hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: fueron correctamente determinados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos

«La Fiscalía imputó los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión a LPMS, por la orden de archivo proferida el 26 de febrero de 2015 en el proceso de SPOA No. [...], sin que se hubiesen llevado a cabo los actos investigativos correspondientes ni trazado programa metodológico. [...]

Al respecto, inicia esta corporación refiriendo los requisitos que para la Corte han sido necesarios en el desarrollo de la imputación, a saber que:

«(i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes,

hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación - entendida en sentido amplio -, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación».

Una vez precisado esto, considera la Sala que ningún reparo puede hacerse en este estado de la actuación por parte de la defensa respecto a los hechos jurídicamente relevantes relativos al proceso penal, toda vez que en audiencia del 3 de marzo de 2020 frente al Juzgado 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías, la Fiscalía (i) identificó e individualizó a la procesada; (ii) realizó una narración de los hechos jurídicamente relevantes y, con base en ello, (iii) formuló imputación a LPMS, precisando por cuáles conductas penales estaba siendo vinculada al proceso y en qué calidad, modalidad y verbo rector. En esta instancia, cabe precisar que contaba la defensa con la posibilidad de solicitar aclaración o adición a dicha imputación, cuya congruencia se verificó posteriormente con respecto a los hechos materia de acusación.

[...]

La Corte, respecto a los hechos jurídicamente relevantes, ha señalado que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía debe realizar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible, tanto para la formulación de imputación como para la acusación. La relevancia de esta exigencia estriba no solo en que constituye una garantía para el imputado o acusado, de conocer por qué se le investiga o juzga, también en que los hechos así postulados devienen inalterables, siendo el sustento fáctico del fallo, en virtud del principio de congruencia (CSJ SP082-2023, 15 mar., rad. 59994).

Frente al caso concreto, de acuerdo con las líneas señaladas por la Corte en la providencia anterior y atendido el paso a paso que siguió el fiscal al formular imputación a LPMS, se precisa que cumplió con esos propósitos, es decir, (i) interpretó de manera correcta la norma penal - tomó como consecuencia jurídica los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión- y (ii) determinó los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de

una determinada consecuencia jurídica -el fiscal en la imputación mostró los distintos momentos en que la imputada desarrolló la conducta, desde que conoce el asunto hasta cuando decide archivar las diligencias-. Con estos elementos, se verifica que la hipótesis de la imputación abarcó los aspectos previstos en los respectivos preceptos, cumpliendo el deber de exponer de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes.

De modo que no se vulneró el derecho al debido proceso, en cuanto a defensa y congruencia, por lo que no procede la nulidad solicitada por el recurrente por este aspecto»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: documento que se presume auténtico, incorporación al juicio, puede ser incorporado directamente por la parte interesada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: documento que se presume auténtico, no requiere ser incorporado mediante testigo de acreditación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: incorporación, trámite / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: principios

«La Corte definió que cuando se trata de la incorporación de documentos que no requieren de acreditación por presumirse auténticos, la parte directamente está facultado para aducirlos, previo cumplimiento de requisitos indispensables para garantizar el descubrimiento de los medios de conocimiento, y los principios de publicidad y contradicción de la prueba.

[...]

Para ejercer la debida confrontación, señaló la Corte, la contraparte tiene derecho a conocer el contenido del documento; lo cual se garantiza con el descubrimiento que se realiza en las oportunidades procesales que la ley prevé en la audiencia preparatoria. Esto significa que los documentos que no gozan de la presunción de autenticidad requieren obligatoriamente del testigo de acreditación.

Por lo anterior, no basta con la introducción global de innumerables documentos, pues deben cumplirse unos requisitos mínimos dirigidos a que el medio de conocimiento quede plenamente incorporada para garantizar los derechos de los sujetos procesales, es decir, deben cumplirse los principios del sistema acusatorio, tales como los

del descubrimiento de los materiales de prueba y evidencia física, actividad que permite el conocimiento sobre la existencia del documento, el cual al ser incorporado en el juicio satisface los principios de publicidad, intermediación y contradicción de la prueba.

Para el caso en estudio, los documentos que hacen parte de la carpeta que conoció la acusada cuando resolvió archivar las diligencias - evidencia 2-, fueron inicialmente negados por el Tribunal, pero la Corte al desatar el recurso de apelación contra el auto que inadmitió algunas piezas procesales, resolvió “admitir todo el documento que da cuenta de la realidad procesal que enfrentó la procesada para cuando incurrió en las conductas referidas en la acusación” (CSJ AP4438-2021,22 sep., rad. 60064).

Es decir, en la audiencia preparatorio se admitió el contenido integral de la carpeta de la Fiscalía, la cual contiene el trámite efectuado por la fiscal imputada con ocasión al accidente de tránsito - evidencia No. 2-, misma donde aparecen los documentos relacionados por la defensa que habría incorporado irregularmente el fiscal - informe ejecutivo, informe policial de accidentes de tránsito, registro de cadena de custodia y copia de orden de archivo de la investigación preliminar-.

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, la evidencia No. 2 fue incorporada en un total de 82 folios, y al revisar esa actuación están los documentos relacionados por la defensa -informe ejecutivo, página 2; informe policial de accidentes de tránsito, página 7; registro de cadena de custodia, página 10; y copia de orden de archivo de la investigación preliminar, página 38.

Así mismo, en sesión de audiencia pública del 2 de marzo de 2022, el fiscal delegado, en efecto, incorporó directamente la evidencia No. 2 - carpeta del proceso penal radicado con el CUI [...]. En esa actividad probatoria refirió la línea indicada por la Corte al resolver el recurso de apelación sobre este medio de conocimiento, por eso, señaló lo que consideró fundamental para el proceso, efectuando la lectura de las piezas procesales, inclusive de los documentos mencionados por la defensa en la apelación, - informe ejecutivo, informe de accidente de tránsito, registro de cadena de custodia y orden de archivo de la investigación preliminar.

En síntesis, cada uno de los documentos incorporados por el fiscal no requerían de testigo de acreditación, por tratarse de aquellos que se presumen auténticos, según las reglas jurisprudencialmente trazadas y el desarrollo que se efectuó en el juicio al introducirlos»

CORPORACIONES JUDICIALES - Quórum deliberatorio y decisorio: las decisiones que deban tomarse en pleno o por cualquiera de sus salas o secciones, requieren de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros / **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL** - Integración: conforme a las reglas establecidas en el Acuerdo N. PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 / **JUEZ COLEGIADO** - Sus decisiones se deben tomar por mayoría absoluta de votos / **NULIDAD** - Debido proceso: no se configura, cuando el juez colegiado adopta su decisión por mayoría

«En lo atinente al quórum decisorio, esta Corte ha considerado que «lo importante (...) es que al momento de resolver el caso exista un quórum deliberatorio y decisorio y que la decisión se tome por mayoría», situación que en el presente proceso se verificó y en la que se concede razón a la Fiscalía al resaltar que en nada se veía afectado el quórum deliberatorio.

En primer lugar, en cuanto al sentido del fallo del 6 de abril de 2022 y la lectura de la sentencia el 11 de marzo de 2022, se observa que fueron decisiones suscritas por los tres (3) magistrados que integran la Sala; por tanto, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que no fueron tomadas por la totalidad de los magistrados y no se estructura la irregularidad alegada. Por sustracción tampoco existe incidencia en el trámite de la orden de captura, que al final fue ordenado en la sentencia en cuestión.

En segundo lugar, el reconocimiento de la condición de víctima tuvo lugar en la audiencia de acusación, efectuado por la Sala con dos (2) de sus magistrados, pues el tercero se encontraba de permiso según constancia. Esta situación no constituye irregularidad alguna, porque el debate sobre el reconocimiento de las víctimas se surtió por unanimidad, entendiéndose, por los dos magistrados que para ese momento conformaban la Sala de decisión, con respeto de las mayorías deliberatorias y decisorias -artículo 13 del Acuerdo PCSJA17-10715 de 2017-, en armonía con el artículo 54 de la Ley 270 de 1996.

En estos casos, la Corte ha señalado que «la línea de pensamiento de la Sala, que hoy se reitera, en el sentido que estas situaciones, de común ocurrencia en el ejercicio de la función colegiada, no comporta afectación a garantías fundamentales del procesado ni irregularidad sustancial que amerite la nulidad de la decisión» (CSJ SP410-2022, 9 feb., rad. 50333 y CSJ SP083-2023, 15 mar., rad. 59636)»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: a través del archivo de las diligencias

«Siguiendo la argumentación manejada a partir de este material probatorio, el archivo provisional se emite (i) sin encontrarse dadas las causales para su procedencia -inexistencia del hecho o falta de caracterización como conducta típica-; (ii) sin haber sido desarrollado programa metodológico ni haber ordenado los actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos; (iii) omitiendo notificar al Ministerio Público y en detrimento de los derechos de las víctimas y (iv) con base únicamente en la información contenida en el informe ejecutivo del 22 de octubre de 2014, presentado por los guardas de tránsito municipal de Puerto Tejada (Cauca). Todo lo anterior, sin contar además con elementos materiales probatorios que diesen sustento al evento de fuerza mayor o caso fortuito en el que LPMS se basó para ordenar el archivo por atipicidad. Es decir, se cumple el factor objetivo de la conducta punible.

Ahora, la orden de archivo que se tiene como base de la imputación fue emitida por la procesada en su calidad de Fiscal Local 12 de la Sala de Atención al Usuario de Puerto Tejada, bajo la causal de atipicidad al verificar que, a su juicio, se estaba ante un caso fortuito o fuerza mayor por una circunstancia de la naturaleza consistente en un «torrencial aguacero» que provocó el volcamiento del automotor.».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Dolo: Demostración / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura: cuando la interpretación de las normas resulta razonable así no sea la más aceptada, según las particularidades del caso

«Pese a que se evidencia que la acusada LPMS, al proferir la decisión de archivo no cumplió a cabalidad los lineamientos establecidos en el ordenamiento jurídico penal, considera la Sala que no logró probarse el elemento subjetivo

doloso a partir del cual se determinase que conocía la manifiesta ilegalidad de la resolución y de forma consciente, voluntaria y caprichosa hiciera valer pese a ello su interés.

En este caso, la fiscal tuvo en cuenta dentro del archivo elementos fundamentales para sustentar su decisión como (i) la presunta relación fáctica del informe de policía de tránsito en la que, según reporta la decisión, se ponía de presente que «el día 22 de abril de 2015 en la vía Puerto Tejada Cali en el kilómetro 2 más Doscientos Metros, el conductor del vehículo perdió el control a causa de un torrencial aguacero que había en dicho momento ocasionándoles el volcamiento del vehículo en que se desplazaban»; (ii) la ausencia de querrela por parte de las víctimas lesionadas en el siniestro -por tratarse de un delito querellable- y (iii) la posibilidad de conseguir la garantía de sus lesiones con la póliza de seguro del vehículo.

También arguyó (iv) la falta de consolidación del delito de lesiones personales culposas debido a la circunstancia de la naturaleza previamente reseñada que provocó, según su argumentación, que no hubiese a quien endilgar responsabilidad penal por el hecho «pues no hay contraparte fue un hecho de la naturaleza que ocasionó las lesiones a las víctimas y la pérdida total del vehículo en el cual se desplazaban» y (v) la existencia de jurisdicciones como la administrativa, civil o la vía gubernativa mediante las cuales era posible realizar el cobro a la compañía de seguros.

Indicó que, sin perjuicio de esta decisión, la víctima podía solicitar reanudar la investigación por tratarse de una actuación provisional, siempre y cuando se adujeran razones que permitieran hacer valer un nuevo recaudo probatorio para el curso de la investigación.

En el mismo sentido, dentro del testimonio introducido en audiencia, LPMS determinó que recibió informe de tránsito, citó a las víctimas para que manifestaran si deseaban querrelar y las remitió a medicina legal. Reiteró que el archivo lo emitió por tratarse de un caso fortuito o fuerza mayor derivado de los hechos de la naturaleza, toda vez que en informe de tránsito se ponía de presente que un fuerte aguacero había impedido a los guardias de seguridad comparecer a los hechos y que, aunado a ello, dos de las víctimas le indicaron no querer presentar querrela en su momento por conocer al conductor

- motivo por el cual no las mencionó dentro de la orden de archivo-

Por otro lado, decidió priorizar el archivo de la diligencia, porque de acuerdo con las manifestaciones hechas por la víctima, lo que buscaban era el pago por parte de la compañía de seguros, garantizando con ello la indemnización de los daños sufridos.

Sobre la causal empleada, al cuestionarse en preguntas complementarias del Ministerio Público a la procesada bajo qué casos podía emitirse el archivo, incluyó conciliaciones, desistimientos, entre otras situaciones dentro de las que mencionó el caso fortuito y la fuerza mayor. Es evidente no solo que la funcionaria malinterpretó la información consignada en el informe de policía judicial en el que se indicaba que el torrencial aguacero había ocurrido tras avisarse a los oficiales de tránsito sobre el accidente, sino a su vez el tratamiento del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, en lo que no se evidencia sin embargo un ánimo deliberado de actuar contra la ley sino entendimiento erróneo de la misma.

En este caso, es la aplicación y /o interpretación de la ley la que resulta errada dentro de las consideraciones jurídicas desarrolladas, en cuya valoración creyó estar verificando las condiciones de procedencia de la acción penal, que en todo caso carecía de legitimidad para ejercer en ausencia de querrela. Cabe aclarar, de cualquier forma, que la emisión de la orden de archivo no afectaba la caducidad de la querrela, que efectivamente se cumple posteriormente en dicha anualidad, sin verificarse por parte de las víctimas la intención de querellar o siquiera de acudir a la empresa aseguradora para obtener indemnización, pues incluso, al presentarse ante OLV -fiscal que conoció el caso posteriormente-, la única actuación con la que era posible proceder era solicitud de preclusión ante juez por caducidad de la querrela.

Es relevante a su vez precisar que en nada modifica esta situación que la procesada haya emitido actos posteriores a la orden de archivo, situación que por el contrario, podría reforzar la tesis garantista a favor de las víctimas, quienes

fueron remitidas a valoraciones médico legales según sus solicitudes e incluso participaron en audiencia de conciliación.

No se observa, por los argumentos previamente expuestos, por qué la conducta de la servidora podría considerarse abiertamente caprichosa o arbitraria, pues, aunque errado, expone dentro de juicio el sustento fáctico y jurídico que tuvo en cuenta al momento de decidir archivar la diligencia. No en vano, debe considerarse que el archivo como figura jurídica, ha sido analizado en múltiples ocasiones jurisprudencialmente, pues es un asunto de examen complejo en el que las disposiciones legales se quedan cortas ante vacíos que necesariamente han debido ser cubiertos progresivamente. Es decir, para el momento en que ocurrieron los hechos no carecía completamente de sustento que la procesada hubiese podido confundir las causales de archivo, con situaciones vinculadas a la preclusión -una figura que concurre en ciertos aspectos con el archivo, aunque diste en su aplicación y que precisamente por ello ha requerido numerosos pronunciamientos de esta Sala»

PREVARICATO POR OMISIÓN - Demostración / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Demostración: labores de investigación / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Elementos: elemento normativo (acto propio de sus funciones), programa metodológico y actos investigativos / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - No se configura: por atipicidad subjetiva

De tal manera, no puede afirmarse que la responsabilidad de la fiscal LPMS está demostrada más allá de toda duda, porque las pruebas aducidas en el juicio oral no indican que actuó dolosamente; esto es, con conocimiento y voluntad de desconocer en forma manifiesta la ley, superando los linderos del simple incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público, en las circunstancias que rodearon la investigación y la decisión de archivo de las diligencias. Más bien, las pruebas aportan el conocimiento de las actividades que realizó para satisfacer el interés de las víctimas, pese a que no formularon la querrela respectiva.

19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, analiza la disponibilidad del testigo, excepción, menor de edad víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO -

Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, la inflexibilidad de las formas cede ante las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de intermediación y contradicción

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por la defensa de CERH, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la del Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

La Sala casó la sentencia condenatoria impugnada. En consecuencia, absolvió a CERH y ordenó su libertad inmediata, al considerar que, si bien fue legítimo haber apreciado las declaraciones anteriores de la menor, al no existir pruebas de corroboración, se condenó exclusivamente con base en pruebas de referencia, lo cual se encuentra prohibido en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala de Casación Penal analizó la aducción de las declaraciones rendidas antes del juicio por menores víctimas de delitos sexuales, dilucidando que, es un asunto de puro derecho que no está sujeta a juicios de disponibilidad.

Adicionalmente, recordó que, tratándose del testimonio adjunto, si materialmente se garantiza la confrontación y el interrogatorio del testigo, la formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad; interpretación jurisprudencial extensible a la prueba de referencia, siempre y cuando se garantice el debido proceso probatorio, lo cual implica que la parte debe cumplir con la carga de descubrir la prueba y solicitarla.

Por último, aclaró que, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la declaración

anterior se puede utilizar para impugnar su credibilidad, también para impugnar la prueba de referencia y, en caso de retractación, se puede incorporar como testimonio adjunto.

SP337-2023(56902) de 16/08/2023

Magistrados Ponentes:

**Diego Eugenio Corredor Beltrán
Luis Antonio Hernández Barbosa**

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 27 de agosto de 2014, A, de tres años, después de ir al baño, le pidió a la profesora, cuando le iba a subir el interior, que le diera un beso en la vagina. La profesora le preguntó por qué decía eso y la niña le respondió que porque su papá lo hacía.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Testimonio del menor: las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles como prueba

«En una uniforme línea jurisprudencial se reconoce, tratándose de juicios en los que las víctimas de delitos sexuales son menores, el compromiso ético de conferirles un tratamiento diferencial para cumplir con la protección reforzada que desde el nivel constitucional se dispensa al menor de edad. Sobre esa base, a nivel de principio, se ha señalado, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, que los menores, como todo testigo, pueden comparecer al juicio, pero aun si concurren, o no lo hacen, sus declaraciones anteriores pueden hacerse valer como prueba de referencia admisible, algo que no ocurre cuando el testigo es mayor de edad (SP, 28 oct 2015, Rad. 44056, y 20 de mayo de 2020, rad. 52045, entre otras)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: la regla general es la no disponibilidad del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, analiza la disponibilidad del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, disponibilidad física del testigo

/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, disponibilidad jurídica del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, analiza la disponibilidad del testigo, excepción, menor de edad víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **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, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, fines de la Ley 1652 de 2013 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio, análisis jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba, deben cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, la inflexibilidad de las formas cede ante las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción

«Por regla general, mediante la prueba de referencia ingresan al juicio declaraciones anteriores de un testigo que no está disponible para su confrontación e interrogatorio. De allí que para matizar la excepción a esos principios estelares del juicio, relacionados con la producción de la prueba y la forma de aproximarse a la verdad, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 prohíbe sustentar la sentencia exclusivamente en pruebas de referencia.

Tratándose de declaraciones por fuera del juicio, la disponibilidad del testigo, ya sea que no pueda comparecer en los casos señalados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (disponibilidad física), o por su renuencia a prestar su declaración cuando concurre a la audiencia (disponibilidad jurídica), es esencial para realizar el juicio de admisibilidad de sus declaraciones anteriores como prueba de referencia (SP del 25 de enero de

2017, rad. 44950 y 2 de agosto de 2017, rad. 48952).

En cambio, tratándose de menores víctimas, la incorporación al juicio de sus declaraciones anteriores es un asunto de puro derecho definido por el legislador en el literal e), del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, agregado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. Por lo tanto, su aducción al debate no está sujeta a juicios de disponibilidad.

En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de Ley 001 de 2011 Senado y 245 de 2012, Cámara, la adopción de las declaraciones de menores como prueba de referencia admisible se justificó con la pretensión de que no declaren en el juicio, ante el riesgo, entre otras causas, de su retractación, debido a la impresión que se puede presentar al confrontar al acusado. [...]

De allí se infiere que el propósito central de la ley está dirigido a que el menor no declare, aunque si lo desea, puede hacerlo.

En caso de que lo haga, como lo ha señalado la Corte en la SP del 28 oct 2015, Rad. 44056, no existe ningún obstáculo para que se pueda solicitar al mismo tiempo el ingreso de sus declaraciones como prueba de referencia admisible, sin necesidad de probar su indisponibilidad, pues este criterio, en relación con menores, ha sido desestimado legalmente.

Debido a que la fiscalía puede optar por no solicitar las declaraciones anteriores del menor como prueba de referencia admisible, pese a la expresa facultad legal, esas declaraciones anteriores debidamente descubiertas puede emplearlas como testimonio adjunto, si es el deseo del menor concurrir al juicio y se retracta en él.

Frente a esta eventualidad se debe precisar que la Corte, en la SP del 10 de mayo de 2023, rad. 62852, moduló las reglas sobre testimonio adjunto y consideró que la inflexibilidad de las formas debía ceder frente a las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción[...]

Según lo anterior, para la Sala, si materialmente se cumplen las condiciones que garanticen la confrontación y el interrogatorio del testigo, tratándose del testimonio adjunto, la formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad, finalidad suprema de la prueba.

La prueba de referencia tampoco puede cuestionarse por no cumplir una liturgia formal. Se requiere sí, como se indicará, cumplir ciertos presupuestos de validez, pero no negar su incorporación con fórmulas sacramentales que niegan la finalidad de la prueba y los objetivos del proceso de aproximación racional a la verdad. Eso implica, entonces, asumir lo siguiente:

(a). Bajo el principio de protección reforzada, mediante el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, se adicionó el numeral e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, con el fin de considerar de pleno derecho, como prueba de referencia admisible, las declaraciones por fuera del juicio de menores de 18 años, víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Por lo tanto, como se mencionó, su procedencia no está condicionada a si el menor está o no está disponible, o si concurre o no al juicio, pues de no ser así, el principio de protección reforzada que justifica esta singular consideración normativa carecería de sentido.

(b). El ordinal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, tiende a evitar la impunidad que se puede generar ante el riesgo de retractación del menor y su revictimización.

Desde ese punto de vista, salvo que el fiscal encuentre que su teoría del caso se puede probar sin necesidad de recurrir a pruebas de referencia admisibles, no existe razón para no hacer uso de una prerrogativa legal que le permite actuar con la sensibilidad y responsabilidad que este tipo de conductas requiere.

(c). En un sistema de partes, la lealtad que se materializa en el debido proceso probatorio, les impone la carga de descubrir la prueba -en el escrito de acusación, numeral 5 del artículo 337 y en su formulación, numeral, 2 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004—, y solicitar y justificar su conducencia y pertinencia en la audiencia preparatoria -artículo 357 del Código de Procedimiento Penal—.

En este sentido, para cumplir con el debido proceso probatorio, tratándose de declaraciones anteriores al juicio de menores víctimas, basta descubrirlas, solicitarlas en la audiencia preparatoria y que sean decretadas. Son las únicas condiciones, porque otras, como la disponibilidad del testigo, según se advirtió, no son exigibles tratándose de declaraciones de

víctimas menores entregadas por fuera del juicio oral.

De esta manera se satisface el debido proceso probatorio, pues como lo señala el artículo 441 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia, en lo pertinente, salvo lo expresado en el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se rige “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.”

(d). El hecho de que las declaraciones anteriores de víctimas menores de 18 años se cataloguen como prueba de referencia admisible, no significa que la parte esté exonerada de descubrir la prueba y solicitarla. Esa es una condición de validez de la prueba. Por lo tanto, no puede el juez apreciarlas con la excusa de que por definición legal las declaraciones del menor constituyen prueba de referencia admisible, sin que la parte las haya descubierto y hecho la manifestación de utilizarlas en el debate oral, en una actitud oficiosa que desdice del sistema y de la carga que tienen las partes de llevar al juez el convencimiento sobre la responsabilidad o la inocencia del acusado.

(e). Decretada la prueba, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la prueba de referencia admisible se puede utilizar para impugnar su credibilidad (artículo 440 de la Ley 906 de 2004), así como también se puede impugnar la prueba de referencia admisible por cualquier medio probatorio (artículo 441 ibídem). Conforme a la jurisprudencia de la Corte, igualmente, en caso de retractación se la puede incorporar como testimonio adjunto.

(f). Por último, si la prueba aducida al juicio es de referencia, así se trate de declaraciones de menores de edad, el Juez está impedido de dictar sentencia condenatoria exclusivamente con base en ese tipo de pruebas (inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

En este sentido, en la Sentencia C 177 de 2014, en la que se analizó la constitucionalidad de la Ley 1652 de 2013, se reiteró lo expresado en la sentencia C-144 de 2010, en la cual se dijo:

“... aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”, como quiera que ninguna condena

puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 Ley 906 /04)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales

«En la audiencia preparatoria la Fiscalía solicitó escuchar en el juicio a la menor A.D.R. [...]

Adicionalmente, solicitó y sustentó la práctica de la siguiente prueba testimonial:

(i). MF. no suministró su apellido, psicóloga del jardín infantil adscrito al I.C.B.F., en el que estudiaba la menor: la profesional dará cuenta de las revelaciones que le hizo la niña y del procedimiento que siguió ese plantel educativo para determinar lo relacionado con la presunta comisión del abuso sexual.

(ii). EV, quien realizó la entrevista de la menor, dará cuenta de sus apreciaciones en torno del relato y comunicación emocional de la niña.

Además, mostrará «el cd con sus anexos, la entrevista realizada a la menor de edad, junto con los anexos y autorizaciones correspondientes.»

(iii). La psicóloga LAOC, adscrita a la fundación «Creemos en ti», quien realizó la valoración y el seguimiento de las terapias realizadas a la menor, dará cuenta de la investigación realizada con ocasión de su exposición y el grado de afectación, entre otros aspectos.

Adicionalmente, «con ella se introducirá su entrevista clínica inicial con fines de protección realizada por la profesional en psicología...»

El Juez, ante esas solicitudes, dispuso: «...se ordenan todas las pruebas de la señora Fiscal. Se podrán incorporar los documentos enunciados con cada uno de sus testigos...»

En síntesis, la Fiscalía optó porque se recibiera el testimonio de la menor en el juicio, al tiempo que, con las profesionales en psicología, se introducirían las entrevistas que le fueron tomadas.

[...]

La fiscalía procedió, en consecuencia, a interrogar a la menor. Lo hizo brevemente, bajo las advertencias realizadas y con apoyo de la psicóloga, [...]

Finalizado el interrogatorio, la Fiscal expresó:

“Con el mayor respeto, la Fiscalía General de la Nación considera que, seguir en el interrogatorio con un lenguaje como el de la niña y el consejo que da la Defensoría de Familia, es vulnerarle los derechos constitucionales. La Fiscalía terminará el interrogatorio este momento, porque, obviamente, las condiciones tanto cronológicas como de afectación y expresión oral de la niña no permitirían ninguna otra exploración y por el contrario vulneraría sus derechos.”

La defensa no hizo preguntas.

Analizada esa situación, respecto de la opción con que cuenta la fiscalía para utilizar las declaraciones rendidas por fuera del juicio, no se trata de un testimonio adjunto. Esta modalidad requiere de la disponibilidad del testigo y de que ofrezca en el juicio una versión diferente a la que había ofrecido por fuera del debate, lo que permite confrontarlo con el interrogatorio posterior a la lectura que el testigo hace de sus declaraciones anteriores.

Por lo visto, entonces, se trata de declaraciones anteriores al juicio incorporadas con las psicólogas que realizaron la entrevistas y que como tal constituyen prueba de referencia admisible.

En este sentido se debe observar que la fiscal descubrió la prueba y solicitó, no con la precisión deseada y con la ortodoxia del lenguaje que se requiere, que se decretara el testimonio de las psicólogas M, EV y LAO, con quienes incorporaría las declaraciones anteriores de la menor que le recibieron por fuera del juicio, ante la evidencia de que la niña, por su edad, no pudiera declarar en el debate oral, como en efecto ocurrió. No se refirió a una prueba técnica o pericial, ni indicó por lo tanto la base pericial, sino de testigos con quienes incorporaría declaraciones anteriores de la menor.

Así las cosas, no era necesario mencionar la dificultad de comunicación de la menor o una situación sobreviniente por razón de ese trance, pues la acentuada protección del menor faculta, de antemano, que se pueda solicitar declaraciones anteriores como prueba de referencia admisible, según lo prevé el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, norma vigente para el momento en que se inició la actuación.

Con todo, sin que haya recurrido a esta opción, la fiscalía justificó anticipadamente la

indisponibilidad de la menor (algo que no era necesario ante la autorización legal) y se valió de esa circunstancia para solicitar la incorporación de sus declaraciones anteriores, que es justamente de lo que trata la prueba de referencia admisible, hecho que no se puede obviar con la excusa de que la fiscalía no empleó la palabra debida, frente al hecho de que expuso todos los elementos para que su petición fuera tratada como prueba de referencia admisible.

Desde esa perspectiva, la Sala no tiene duda de que se cumplió el debido proceso y que las declaraciones anteriores de la menor ingresaron legalmente al juicio como prueba de referencia admisible. En efecto, solicitó la prueba y la sustentó, solo que la justificó en la indisponibilidad de la testigo, una condición que no se exige tratándose de la incorporación al juicio de declaraciones de menores víctimas, pero en lo sustancial cumplió los presupuestos de validez de la prueba enunciados, así no haya referencia al tratamiento diferencial previsto en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

El error denunciado, entonces, desde esa perspectiva es infundado.

Cuestión diferente, y es ahí en donde radica la ilegalidad, así se trate de prueba de referencia admisible de menores, es que pueda dictarse sentencia condenatoria exclusivamente con base en dicha prueba y en otras del mismo alcance que se derivan de ella, como lo son las de quienes conocieron del episodio por comentarios de la menor, no por percepción directa (artículos 402 y 438 de la Ley 906 de 2004). El error, por lo tanto, no consiste en haber apreciado las declaraciones anteriores de la menor, sino en sobrepasar la cláusula restrictiva inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que limita la posibilidad de dictar sentencia condenatoria con fundamento exclusivo en pruebas de ese tenor».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, se vulnera

«Como se infiere, ninguna de las personas que declararon en el juicio tienen conocimiento directo de los hechos (artículo 402 de la Ley 906 de 2004), luego, son testigos de referencia.

De otra parte, la menor, conociendo todas las dificultades de percepción y memoria por su corta edad, fue llevada por la fiscalía al juicio, sin que en su exposición se refiriera al tema objeto del debate, pues ni siquiera recordó el nombre de su padre. De otra parte, sus declaraciones previas, si bien fueron incorporadas legalmente al juicio, con las particularidades que se anotó, no dejan de ser prueba de referencia admisible.

A su vez, las psicólogas YVV y LAO, no se refirieron a conexiones entre la agresión sexual y secuelas que hubiesen podido constatar como consecuencia de ese acto, que permitieran corroborar el abuso, sino al relato que hizo la menor y la técnica utilizada.

De manera que así se aprecien las declaraciones de la menor realizadas antes del juicio, sus manifestaciones no dejan de ser prueba de referencia, como lo son además las versiones de las psicólogas, cuyo conocimiento se deriva de lo que la menor les contó, no de lo que ellas pudieran percibir directamente.

En consecuencia, eso impide sustentar la sentencia condenatoria en las percepciones de las psicólogas JV y LO, pues lo que hicieron fue contar lo que la niña les dijo, no establecer conclusiones, propias de su ciencia, sobre el hecho y sus consecuencias.

Inicio

20. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Estipulaciones probatorias: no puede asimilarse a la práctica de pruebas decretadas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba, no están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Estipulaciones probatorias: oportunidad, surten efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: no ser introducidas formalmente en el juicio oral, no vulnera el debido proceso / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: se vulnera, cuando el Juez deduce una circunstancia de agravación punitiva, con indeterminación jurídica y ausencia de fundamento fáctico / **PRINCIPIO**

DE CONGRUENCIA - Se vulnera: cuando en la sentencia se efectúan argumentaciones sobre aspectos que desbordan los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de S.O.M.M., en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, que confirmó, con algunas modificaciones, la condena emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, por los delitos de homicidio en concurso homogéneo y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

La Sala casó parcialmente el fallo impugnado, en orden a que recobrarla vigencia la sentencia emitida en primera instancia, con la aclaración que la condena solo procede por el delito de homicidio de que fue víctima G.V.M., en condición de simple, en concurso con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Igualmente, decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, inclusive, solo en lo relacionado con el homicidio de que fue víctima la señora Y.E.P.P.; y, mantuvo incólume los demás aspectos del fallo impugnado.

Las mencionadas decisiones se fundamentaron en las siguientes razones:

1. Las estipulaciones probatorias fueron celebradas, aportadas y avaladas por el juez en el escenario procesal dispuesto por el legislador. Para el efecto, la Corte analizó la finalidad y

oportunidad de las referidas estipulaciones, aclarando que, son diferentes a los medios de prueba y, por tanto, no están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria.

2. Los jueces de instancia violaron el debido proceso por trasgresión del principio de congruencia, con la consecuente afectación del derecho de defensa, al: i) condenar al procesado por el homicidio de que fue víctima la señora Y.E.P.P., a pesar de no haber sido incluido en la premisa fáctica de la acusación; y ii) deducir una circunstancia de agravación (artículo 104, numeral 7º), a pesar de que en la acusación no se incluyeron los respectivos hechos jurídicamente relevantes.

SP235-2023(55126) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de diciembre de 2011, G.J.V.M. se encontraba departiendo con su compañera sentimental en inmediaciones del río Aracataca, ubicado en el municipio del mismo nombre. Estando allí, sostuvo una discusión con S.O.M.M., a quien ambos conocían con antelación.

2. Aproximadamente a las 6:30 de la tarde, G.J.V.M. y su pareja se trasladaron en un ciclo-taxi hasta su residencia. Cuando la mujer (que tenía ocho meses de embarazo) se aprestaba a cambiar un billete para pagar el servicio de transporte, arribó al lugar S.O.M.M., quien, agresivamente, le preguntó por la ubicación de G.J.V.M.

3. La mujer intentó hacerle creer que se había quedado en el centro de la localidad, pero el sujeto miró hacia el ciclo-taxi y pudo verlo. Ante ello, S.O.M.M., disparó contra la humanidad de G.J.V.M., causándole la muerte. El procesado no tenía autorización para portar el arma de fuego que utilizó en el crimen.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Tema de prueba: aspectos que comprende / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, hechos indicadores, concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Tema de prueba: debe ser demostrado a través de los medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: son impertinentes e inadmisibles las relacionadas u

orientadas a debatir el hecho objeto de estipulación probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: finalidad, consiste en depurar el tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: no puede asimilarse a la práctica de pruebas decretadas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba, no están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria

«Aunque es cierto que las estipulaciones probatorias constituyen una de las formas de conocimiento judicial, también lo es que tienen diferencias notorias con los medios de prueba regulados en el ordenamiento procesal penal.

Al efecto, debe recordarse que el tema de prueba está conformado por los hechos incluidos en la acusación y, adicionalmente, por los propuestos por la defensa cuando opta por presentar hipótesis factuales alternativas.

Ello, sin perder de vista que los hechos indicadores (datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes), también deben ser demostrados (CSJSP3168, 8 marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP1467, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007; entre otras).

En principio, todos los aspectos que hacen parte del tema de prueba deben ser demostrados a través de los medios establecidos en el ordenamiento procesal penal (testimonios, documentos, elementos materiales, dictámenes, etcétera), a la luz del principio de libertad probatoria.

Sin embargo, como es posible que frente a varios de estos aspectos no exista una “controversia sustantiva”, el ordenamiento procesal les brinda a las partes la posibilidad de celebrar acuerdos o estipulaciones frente a aquellos vinculados con el tema de prueba que no están interesadas en discutir. Ello se desprende con total claridad del texto del artículo 10° de la Ley 906 de 2004, que tiene la calidad de norma rectora.

[...]

Sobre esta base, la jurisprudencia de esta Sala ha decantado las principales características de las estipulaciones, entre ellas:

(i) deben versar sobre hechos,

(ii) el acuerdo probatorio no puede implicar, en sí mismo, la inviabilidad de la acusación, ni puede eliminar toda posibilidad de defensa,

(iii) las partes deben expresarlas con la mayor claridad posible,

(iv) el juez tiene la obligación de velar porque las estipulaciones se ajusten a las referidas reglas;

(v) no se deben admitir pruebas atinentes a los hechos estipulados, y

(vi) las estipulaciones están instituidas para dinamizar el proceso, no para que las partes se aprovechen de su falta de claridad o de su contrariedad con el ordenamiento jurídico (CSJSP5336, 4 dic 2019, Rad. 50696, entre otras)

En este orden de ideas, es claro que la función de las estipulaciones es depurar el debate, en la medida que se deja por fuera del mismo aquellos hechos que no son objeto de “controversia sustantiva” a la luz de las teorías factuales y las estrategias de las partes.

Desde esa perspectiva, contribuyen a la formación del conocimiento judicial, pero de una forma sustancialmente diferente a como lo hacen las pruebas.

En efecto, con una estipulación se da por probado un hecho, lo que implica sustraerlo del debate y, por ende, de la necesidad de ser demostrado con testimonios, documentos, evidencias físicas u otros medios de prueba.

Visto de otra manera, lo que se logra con una estipulación es evitar la práctica de pruebas innecesarias, que lo serían porque versan sobre temas frente a los que no existe controversia sustantiva.

De ahí que resulte inadmisibles la asimilación entre las pruebas (que deben ser decretadas en la audiencia preparatoria y practicadas en el juicio) y las estipulaciones probatorias.

El decreto de una prueba, no es más que la autorización para que la parte interesada la incorpore o practique en el juicio, de suerte que, lo allí resuelto, no prueba el hecho, ni contribuye de suyo al conocimiento judicial.

Así, por ejemplo, cuando se decreta un testimonio, nada se conoce sobre su contenido, salvo la breve explicación sobre su pertinencia.

Con las estipulaciones sucede algo totalmente diferente.

Al celebrarlas, debe quedar totalmente claro cuál es el hecho que se da por probado.

Ello, según se verá más adelante, tiene efectos jurídicos significativos desde la audiencia preparatoria.

De allí que resulte inapropiado afirmar que las estipulaciones están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria, pues carecería de sentido hablar, por ejemplo, de la materialización de los principios de confrontación o la contradicción frente este tipo de acuerdos, toda vez que lo que se busca con ellos, justamente, es evitar es este tipo de controversias.

Tampoco es razonable cuestionar la intermediación del juez frente a las estipulaciones, máxime si se tiene en cuenta que, en el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano, el juez que dirige la fase previa al juicio (acusación y preparatoria) es el mismo que tiene a cargo el juicio oral y la determinación de la responsabilidad penal.

De cualquier forma, en uno u otro caso, es desacertado asimilar las labores de dirección de la audiencia en la que tienen lugar las estipulaciones probatorias, con la labor de intermediación en la práctica de un testimonio.

Entre otras razones, porque:

(i) la intermediación frente al testimonio le permite al juez valorar su credibilidad, de cara a decidir si da por probados o no los hechos relatados, al tiempo que le permite la dirección de la práctica del interrogatorio cruzado,

(ii) la “intermediación” frente a la estipulación se contrae a las labores de dirección necesarias para que el acuerdo probatorio sea suficientemente claro y se sujete a los requerimientos atrás relacionados, y

(iii) mientras la intermediación frente al testimonio solo puede materializarse en el juicio oral, salvo los eventos legalmente exceptuados, la “intermediación” frente a la estipulación ocurre en el momento que las partes ponen de presente el acuerdo.

En síntesis, las estipulaciones:

(i) contribuyen a la formación del conocimiento judicial, pero de una forma muy diferente a como lo hacen las pruebas que deben practicarse en el juicio oral,

(ii) su función principal es decantar el tema de debate, precisamente para evitar la práctica de pruebas innecesarias,

(iii) por tanto, no están cobijadas por la regla prevista en el artículo 16 -norma rectora, en el sentido de que únicamente se valorarán las pruebas practicadas en el juicio oral con intermediación, concentración, confrontación, contradicción y publicidad, y

(iv) lo ideal es que las estipulaciones se consoliden antes del juicio oral, precisamente para tener claridad sobre cuáles pruebas deben ser practicadas en ese escenario»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: son impertinentes e inadmisibles las relacionadas u orientadas a debatir el hecho objeto de estipulación probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preparatoria: Finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: derecho comparado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: oportunidad, surten efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: no ser introducidas formalmente en el juicio oral, no vulnera el debido proceso

«Las consideraciones realizadas en el acápite anterior permiten comprender por qué las estipulaciones deben lograrse en la audiencia preparatoria y por qué esta audiencia tiene la estructura prevista en los artículos 356 y siguientes de la Ley 906 de 2004. [...]

De esta regulación, importa resaltar lo siguiente:

(i) el espacio para celebrar las estipulaciones supone que las partes conocen la acusación, como principal aspecto delimitador del tema de prueba,

(ii) también deben conocer los “elementos probatorios” que Fiscalía y defensa pretenden utilizar, de acuerdo a lo previsto en los numerales 2° y 3°, y

(iii) el espacio para celebrar las estipulaciones se fija antes de las solicitudes probatorias -art. 357-, lo que se aviene con la idea de que estos convenios apuntan, precisamente, a delimitar la controversia, de tal suerte que es improcedente

la solicitud y decreto de pruebas frente a hechos estipulados.

De acuerdo con esta reglamentación, es claro que las estipulaciones probatorias empiezan a tener efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria, pues su celebración limita la posibilidad de las partes de pedir pruebas. Igual, estos acuerdos determinan el margen decisional del juez, pues no podrá decretar pruebas que correspondan a los hechos estipulados.

Eso fue lo que sucedió justamente en el caso sometido a conocimiento de la Sala.

En la audiencia preparatoria, las partes celebraron varias estipulaciones y, en virtud de las mismas, la Fiscalía manifestó que no solicitaría la presencia en juicio del médico forense y, en general, la incorporación de las pruebas atinentes a los hechos objeto del convenio.

En la misma línea se pronunció el juez en el auto que puso fin a dicha audiencia, tal como se indicó en precedencia.

Esto permite comprender de mejor manera el sentido de la audiencia prevista en los artículos 356 de la Ley 906 de 2004, cuya finalidad es, precisamente, preparar el debate del juicio oral, labor que incluye diversos aspectos, entre los que cabe destacar:

- (i) la decantación de lo que será objeto de debate, actividad en la que juegan un papel fundamental las estipulaciones probatorias, orientadas, según se dijo, a dar por probados hechos frente a los que no existe “controversia sustancial”; y
- (ii) la determinación de las pruebas que se practicarán en el juicio oral para demostrar los hechos discutidos.

Esta estructura no es exclusiva del sistema procesal colombiano.

En el modelo peruano, por ejemplo, las estipulaciones están reguladas en los artículos 156.3, 350.2, 352.6 y 353.2c., reglamentación de la que resulta de interés destacar lo siguiente:

- (i) los acuerdos probatorios deben celebrarse en el término de traslado de la acusación,
- (ii) las decisiones del juez sobre las “convenciones probatorias” - en la audiencia preliminar- no son recurribles, y
- (iii) en el auto de enjuiciamiento deben quedar especificados, entre otros aspectos, las

convenciones probatorias, así como las pruebas decretadas.

En todo caso, se trata de asuntos que deben quedar resueltos en la denominada “etapa intermedia”, antes de la iniciación del juicio oral.

En Chile, lo concerniente a las “convenciones probatorias” también debe quedar resuelto en la “audiencia de preparación del juicio oral”, al extremo que, en el auto de apertura del mismo, a cargo de un juez diferente al de juzgamiento, se debe indicar, entre otros aspectos, “los hechos que se dieran por acreditados” en virtud de las convenciones probatorias logradas por las partes (artículos 259 y siguientes).

En el sistema colombiano estos métodos de depuración del debate no son extraños a otras especialidades del ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, el artículo 372 del Código General del Proceso, al que remite el artículo 392 ídem, regula la depuración del tema de debate, en la denominada “audiencia inicial”.

En ella, “el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que se consideran demostrados y los que requieren ser probados”.

Al margen de las diferencias entre los diferentes sistemas de enjuiciamiento criminal atrás referidos, así como entre los procesos penales y civiles, lo expuesto en precedencia pone de presente la tendencia a lograr la depuración del debate por la vía de los acuerdos frente hechos que no sean objeto de controversia sustantiva.

Para que se surta ese efecto dinamizador, resulta imperioso que los mismos se consoliden antes de decidir sobre las pruebas que serán practicadas en el juicio, para que el debate se reduzca a lo verdaderamente sustancial.

En la Ley 906 de 2004, como ya se indicó, el espacio para la depuración del objeto de debate, por la vía de las estipulaciones probatorias, es la audiencia preparatoria.

Concretamente, después de que se ha perfeccionado el descubrimiento probatorio y que las partes han enunciado las pruebas que pretenden hacer valer en el juicio y, en todo caso, antes de que se presenten las solicitudes probatorias, pues se trata de excluir del debate

hechos respecto de los cuales no se presenta controversia sustantiva.

En síntesis:

- (i) las estipulaciones solo pueden versar sobre hechos,
- (ii) los hechos estipulados no pueden hacer parte de la “controversia sustancial”,
- (iii) el objetivo principal de las estipulaciones es que algunos hechos se tengan por probados, lo que implica sacarlos del tema de debate,
- (iv) frente a los hechos estipulados, las partes no pueden solicitar pruebas,
- (v) el espacio procesal para su celebración es la audiencia preparatoria, luego del perfeccionamiento del descubrimiento probatorio y de que las partes enuncien las pruebas que pretenden hacer valer y, en todo caso, antes de que se presenten formalmente las solicitudes probatorias, y
- (vi) tienen efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria, cuando se acuerdan.

Esto, sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad que las partes celebren estipulaciones por fuera de dicho ámbito procesal, lo que no resulta relevante para la solución de este caso.

Hechas estas precisiones, restaría establecer si las partes, cuando han celebrado estipulaciones en la audiencia preparatoria (lo que constituye la regla, según se acaba de ver),

- (i) deben agotar un trámite adicional para que los referidos acuerdos puedan ser considerados en la sentencia, y
- (ii) de existir algún trámite complementario, cuáles son las consecuencias de que no se agote.

[...] dado que las estipulaciones deben ser presentadas por las partes y aceptadas por el juez en la audiencia preparatoria, no tendría sentido que deba solicitarse una nueva aprobación, ante el mismo juez, en la audiencia de juicio oral, máxime si se tiene en cuenta que los acuerdos ya han empezado a producir efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria.

Además, como ya se indicó, la presentación en el juicio oral de las estipulaciones no puede asimilarse a la práctica de las pruebas decretadas en la referida audiencia, por las razones ya indicadas, de suerte que, el único efecto “novedoso” de su presentación formal en el

juicio oral, sería el de materializar el principio de publicidad, condición que también se cumple en la audiencia preparatoria, por ser de carácter público.

Por las referidas razones, la Sala considera que, aunque lo ideal es que las estipulaciones celebradas en la audiencia preparatoria se introduzcan formalmente en el juicio oral, la omisión de este trámite no genera, per se, indefensión procesal, ni conlleva la afectación del debido proceso en aspectos sustanciales, cuando se han cumplido las condiciones ya reseñadas.

En el presente caso, no se advierte que los derechos del procesado hayan sido vulnerados por dicho motivo, en cuanto,

- (i) las estipulaciones se hicieron constar por escrito y fueron leídas en la audiencia preparatoria,
- (ii) los acuerdos celebrados versan sobre aspectos frente a los que no existe “controversia sustantiva”,
- (iii) las estipulaciones empezaron a generar efectos jurídicos desde su celebración en la audiencia preparatoria,
- (iv) el escrito que las contenía fue agregado a la carpeta correspondiente a este proceso,
- (v) la defensa y la fiscalía conocían sus contenidos, luego no puede afirmarse que fueron sorprendidos al ser valoradas en el fallo, y
- (vi) aunque no fueron leídas nuevamente en el juicio oral, ya habían sido divulgadas en la audiencia preparatoria, que también tiene carácter público.

Por lo expuesto, no se accederá a lo solicitado por el impugnante, en el sentido de “excluir” del debate las estipulaciones probatorias»

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Marco normativo / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: alcance / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera: cuando en la sentencia se efectúan argumentaciones sobre aspectos que desbordan los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera: cuando en la sentencia se condena por un delito sin premisa fáctica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos

«El artículo 448 de la Ley 906 de 2004 establece que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación...”

Esta norma debe armonizarse con otras disposiciones de la Ley 906 de 2004, entre ellas, el artículo 8º, norma rectora que consagra, entre otros derechos, el de “conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de tiempo, modo y lugar.”, y “disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa”.

También con los artículos 288.2 y 337.2, que establecen la obligación de hacer una “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”, tanto en la imputación como en la acusación.

Estos preceptos desarrollan lo previsto en esta materia en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 8º y 14, respectivamente, que tratan de las garantías judiciales mínimas del procesado, mandamientos que, a su vez, deben armonizarse con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, que consagra el derecho al debido proceso.

[...]

En el recuento procesal realizado en el acápite III, quedó claro que la Fiscalía, al formular la imputación, incluyó en la premisa fáctica lo concerniente a la muerte del señor GVM y de la señora YEPP, con la precisión de que en relación con esta última la conducta se imputaba a título de dolo eventual.

Sin embargo, no se precisaron las circunstancias que rodearon la muerte de la señora en mención. Tampoco se incluyeron los referentes factuales correspondientes a los elementos objetivos y subjetivos dispuestos por el legislador para el homicidio con dolo eventual.

En lugar de corregir estos yerros en la fase de acusación, la Fiscalía omitió referirse a la muerte de la señora YEPP, así como a las circunstancias que la rodearon. De hecho, su nombre solo se trajo a colación al “corregir” la premisa jurídica, donde se mencionó que ese homicidio le era atribuible al procesado bajo la modalidad de dolo eventual.

No se dijo cuál fue la conducta que realizó el procesado, ni se mencionó la relación de la misma con el deceso de la señora P, ni siquiera se mencionó la causa de su muerte.

[...]

En las anotadas condiciones, por expresa prohibición del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, no podía emitirse condena por el homicidio de la señora YEPP.

Dicho vicio se presentó desde la audiencia de imputación, por las razones ya anotadas, y se agudizó en la fase de acusación, toda vez que la Fiscalía se limitó a plantear una calificación jurídica frente al caso de la señora YEPP, sin premisa fáctica, lo que ameritaba la intervención del juez, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala, pero no lo hizo (Cfr. CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007, entre otras)

Por tanto, se decretará la nulidad parcial de lo actuado desde la audiencia de imputación, inclusive, para que el ente acusador, si a bien lo tiene, realice las correcciones respectivas»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: la condena sólo puede emitirse por hechos incluidos en la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: se vulnera, cuando el Juez deduce una circunstancia de agravación punitiva, con indeterminación jurídica y ausencia de fundamento fáctico / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: las circunstancias de agravación deben estar expresamente incluidas en la acusación

«Situación semejante se presentó con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 104, numeral 7º, del Código Penal.

En la imputación, la Fiscalía consideró que el homicidio del señor VM era agravado por su condición de servidor público.

También se refirió a la circunstancia de agravación del homicidio de la señora YEPP, pero debido a que en relación con ella se decretará la nulidad de lo actuado, se torna innecesario ahondar en este aspecto.

En el escrito de acusación inicial, la Fiscalía insistió en las circunstancias de agravación previstas, para ese entonces, en los numerales 10 y 11 del artículo 104. Esto explica por qué no se ocupó de incluir en la premisa fáctica lo concerniente al supuesto estado de indefensión

del señor VM y, mucho menos, a la intención del procesado de aprovecharse de esa situación.

En la corrección de la acusación, el delegado de la Fiscalía advirtió que no modificaría la premisa fáctica, limitándose a precisar que se trataba de un homicidio agravado por la circunstancia consagrada en el numeral 7° del artículo 104, sin indicar cuál de las modalidades previstas en la norma resultaba aplicable a este caso.

Ante esta flagrante omisión de la Fiscalía, el Juzgado concluyó, con tino, que no era posible considerar en la condena esa circunstancia de agravación, porque no fue incluida en la premisa fáctica de la acusación.

No obstante, el Tribunal la imputó, con el huérfano argumento de que la Fiscalía, al corregir la acusación, trajo a colación el numeral 7° del artículo 104.

Sin embargo, por parte alguna, indicó en qué parte de la relación de hechos realizada por el fiscal se incluyó lo concerniente a la indefensión en que se hallaba la víctima y el propósito del procesado de aprovecharse de esa situación, dando a entender que la sola alusión a la norma suple la obligación de expresar con claridad los hechos que la sustentan, lo que es claramente equivocado.

Lo mismo es dable predicar de la intervención de la Fiscalía en la audiencia de sustentación del recurso de casación, pues se circunscribió a decir que la circunstancia de agravación fue incluida en el acto de corrección de la acusación, sin tener en cuenta que el propio fiscal del caso manifestó que no introduciría ajustes a la premisa fáctica, y que fiel a esta advertencia, se limitó a mencionar el artículo 104, numeral 7°, sin ocuparse de hacer más precisiones.

Por tanto, se concluye que el Tribunal violó el debido proceso, al modificar la sentencia de primera instancia para incluir la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal. Ello, porque emitió la condena por hechos no incluidos en la acusación, lo que entraña la violación del principio de congruencia y de las garantías anejas.

Por tanto, se casará el fallo impugnado, con el fin de que recobre vigencia la sentencia de primera instancia, solo en lo que tiene que ver con la condena por el homicidio de GVM y el delito de porte ilegal de armas de fuego, por las razones ya indicadas»

Inicio

- 21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), evolución normativa, municipios del Valle del Cauca / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), no se hace extensiva a la segunda instancia, en la que debe atenderse el factor territorial / **COMPETENCIA** - Excepcional: Respetar el factor territorial, segunda instancia

La Sala de Casación Penal definió que, la autoridad judicial competente para conocer el recurso de apelación instaurado por la defensa de C.A.G.O. contra la decisión emitida por el

Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Guadalajara de Buga, a través de la cual negó la libertad por vencimiento de términos, es el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali.

Dicha decisión se fundamentó en que: i) es el superior del Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante que profirió la decisión recurrida; ii) el juzgamiento se desarrolla en la ciudad de Cali, ante el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado, en etapa de audiencia preparatoria; y, iii) la sede judicial de Cali está incluida en el Acuerdo PSAA10-7495, para la resolución de los asuntos de control de garantías de primera instancia, designados al juez ambulante de Buga.

AP1813-2023(63985) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

prevista en el artículo 20 del Acuerdo PSAA10-7495 de 2010.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Ante el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Cali, se adelanta el proceso penal en contra de C.A.G.O. y otros, a quienes se les atribuyó su pertenencia a un Grupo Delictivo Organizado -GDO-, por los delitos de concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, este último simple y agravado.
2. El 28 de abril de 2023, la defensa de C.A.G.O. radicó solicitud de libertad por vencimiento de términos ante los Juzgados Penales Municipales de Cali con Función de Control de Garantías.
3. El asunto le fue repartido al Juzgado 21 de esa especialidad y ciudad que, el 11 de mayo siguiente, lo remitió por competencia a los Juzgados de su misma categoría Ambulantes de Buga, por involucrar a un Grupo Delictivo Organizado.
4. El caso se asignó al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Guadalajara de Buga, el cual, en audiencia celebrada el 16 de mayo de 2023, le negó a C.A.G.O. la libertad por vencimiento de términos. La decisión fue apelada por la defensa.
5. El recurso se concedió ante los Jueces Penales del Circuito de Buga con Función de Conocimiento, correspondiéndole al Juzgado 1° Penal del Circuito de Buga que, el 17 de mayo, rehusó la competencia. En sustento, expresó que, si bien el Juzgado de Control de Garantías Ambulante de ese lugar llevó a cabo la audiencia preliminar, esa competencia especial no puede hacerse extensiva a la segunda instancia, ni tergiversar la competencia objetiva territorial del asunto, que se ubica en Cali donde se desarrolla el juzgamiento. En consecuencia, envió el asunto a los juzgados de esa ciudad.
6. Repartido al Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali, por medio de auto del 26 del mismo mes expresó que, a su juicio, la competencia radica en el juzgado remitente, de conformidad con la asignación especial de segunda instancia

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de los miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), evolución normativa, municipios del Valle del Cauca / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), no se hace extensiva a la segunda instancia, en la que debe atenderse el factor territorial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez Penal del Circuito: competencia, en segunda instancia, factor territorial / **COMPETENCIA** - Excepcional: Respeto el factor territorial, segunda instancia

«Para la solución del caso particular, en el que la controversia en segunda instancia se presenta entre juzgados de Cali y Buga, debe partirse por precisar que, el artículo 15 del Acuerdo PSAA10-7495, creó un Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante "con sede en la ciudad Cali, para atender la función de control de garantías en los municipios de El Dovio y Versalles".

Posteriormente, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PCSJA17-10750 de 2017, el cual, en su artículo 13 adicionó el Acuerdo PSAA10-7495, en el sentido de extender la competencia del "Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulantes con sede en la ciudad de Cali (...) para atender la función de control de garantías en los municipios de Buenaventura, Cartago, Cali, Jamundí, Jumbo, además de los señalados en el artículo quince del Acuerdo No. PSAA10-7495 de 2010".

Luego, el Acuerdo PCSJA19-11379 del 6 de septiembre de 2019, modificó, nuevamente, la competencia de dicho despacho judicial.

Allí se dispuso "Adicionar el artículo 15.º del Acuerdo PSAA10-7495 de 2010, en el sentido de que el Juzgado Penal Municipal con Función de

Control de Garantías Ambulantes con sede en la ciudad de Buga tendrá competencia para atender la función de control de garantías en los municipios de Buga, Tuluá, Calima, Restrepo, Yotoco, Caicedonia, Alcalá, Ansermanuevo, Argelia, El Águila, El Cairo, La Victoria, Obando, Ulloa, Guacarí, Ginebra, La Unión, Toro, Roldanillo, Bolívar, El Dovio, Sevilla, Andalucía, Bugalagrande, Riofrio, San Pedro, Trujillo y Zarzal, además de los ya señalados en ese acuerdo y en el artículo 13 del Acuerdo PCSJA17-10750 de 2017".

Y finalmente, a través de oficio CSJVC-VEVM-0311, el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca determinó que la función de control de garantías ambulante es desempeñada "en el Valle del Cauca", únicamente, por el Juzgado Penal Municipal con función de control de garantías ambulante de Buga, quien atiende los asuntos relacionados con integrantes de GAO y GDO en los distintos municipios de ese departamento, incluyendo los de Cali, justamente, en acatamiento de los Acuerdos previamente citados.

Tal fue la razón para que el titular del Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Buga admitiera en la decisión del 16 de mayo de 2023 estar facultado para tramitar en primera instancia la solicitud de libertad por vencimiento de términos, frente a la cual se instauró el recurso de apelación.

En esencia, porque tales actos administrativos enseñan que su competencia se extiende, entre otras localidades, a la ciudad de Cali, sin que para ello sea óbice que no pertenezca al mismo distrito judicial, ni se encuentre en esa sede territorial.

Lo anterior, como base esencial para determinar que, conforme a la atribución especial que quedó explicada, es claro el alcance de la competencia del juzgado de control de garantías ambulante con sede en Buga para los asuntos que se desarrollan en Cali.

A partir de allí, advierte la Corte que ello no implica per se que en la ciudad de Buga deba concentrarse la resolución de absolutamente todos los asuntos de control de garantías que comprometen a miembros de GAO o GDO en el Valle del Cauca.

Emerge evidente que los mencionados Acuerdos destinan la competencia en Buga de los asuntos de Ley 1908 de 2018 que se desarrollan en

diferentes lugares del Valle del Cauca, pero, eso es claro, exclusivamente para el juzgado penal de control de garantías con categoría de Ambulante.

Sin que ello deba hacerse extensivo, de plano, al juzgado penal del circuito que ejerce la función de segunda instancia, pues, frente a este, en particular, sí debe atenderse el factor objetivo territorial de competencia.

Para ello, el mismo Acuerdo PSAA10-7495 de 2010, en su artículo 20, dispone: "la segunda instancia de las actuaciones realizadas por los juzgados municipales con función de control de garantías creados en este Acuerdo, será ejercida por los jueces penales del circuito de las sedes judiciales establecidas en este Acuerdo para los jueces ambulantes, por reparto".

Por su parte, funcionalmente, el artículo 36 de la Ley 906 de 2004, confiere la competencia a los jueces penales del circuito para resolver los recursos de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales con función de control de garantías.

Y a su turno, el artículo 178 del mismo Estatuto, especifica que la apelación contra autos se concederá ante el superior.

A partir de ese marco normativo, concluye la Sala que la competencia para conocer el recurso de apelación recae en el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali, con fundamento en tres razones.

La primera, de carácter jerárquico y funcional, debido a que es el de categoría superior al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante que profirió la decisión recurrida.

La segunda, de carácter objetivo territorial, en razón a que el juzgamiento se desarrolla en la ciudad de Cali, ante el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado, en etapa de audiencia preparatoria.

Y, la tercera, acorde con la norma especial de competencia territorial prevista en el Acuerdo PSAA10-7495, en el entendido que, la sede judicial de Cali está incluida en el mismo, a la cual, para la resolución de los asuntos de control de garantías de primera instancia, se le designó el juez ambulante de Buga.

Por consiguiente, la actuación será devuelta al Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali, para que asuma el conocimiento del recurso de apelación instaurado contra la decisión del 16 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Penal Municipal

Inicio

22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Querella y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, excepcionalmente por fuera de los escenarios procesales dispuestos, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querella y conciliación preprocesal: acreditación, el juez puede, de oficio, solicitar información sobre dichos presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querella y conciliación preprocesal: acreditación, reglas, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querella y la conciliación preprocesal: acreditación, reglas, aclaración del precedente

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor de ARZ en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira que, confirmó parcialmente la condena emitida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de la misma ciudad, por el delito de lesiones personales culposas.

La Sala no casó la sentencia condenatoria impugnada, en protección de la garantía constitucional a la no reforma en peor, ya que si bien, se evidenciaron varios errores en los que incurrió el ad quem, la defensa tiene el carácter de impugnante único.

No obstante, la Sala de Casación Penal, aclaró y complementó el precedente jurisprudencial trazado en la Sentencia CSJSP7343 de 24 de mayo de 2017, radicado 47046, con las siguientes reglas relacionadas con la verificación de la existencia de la querella y de la conciliación preprocesal: (i) la Fiscalía debe acreditar estos requisitos en la audiencia de imputación, (ii) si no lo hace, debe ser requerido por el juez de control de garantías, (iii) si el asunto no se somete a esta regla general, la falencia puede ser corregida por el fiscal en la audiencia de acusación, (iv) en esta audiencia, el juez de conocimiento debe constatar la existencia de dichos presupuestos, (v) la defensa tiene la posibilidad de exigir la verificación de los mismos, (vi) incluso durante el juicio oral se puede aportar dicha información, (vii) la existencia de la querella y la conciliación

preprocesal puede acreditarse por cualquier medio, incluyendo las manifestaciones del fiscal –y del defensor, y (viii) las falencias en la demostración de estos requisitos se entienden subsanadas por el defensor si omite pedir las respectivas aclaraciones a lo largo de la actuación penal, principalmente en las audiencias de imputación y acusación.

Por tanto, sostuvo que, es factible, de manera excepcional, que por fuera de los escenarios procesales referidos, se alegue la inexistencia de los requisitos habilitantes de la intervención del Estado en el ámbito penal, siempre y cuando: (i) quien la alegue explique razonablemente la extemporaneidad del planteamiento y (ii) asuma la respectiva carga demostrativa. Ello, teniendo en cuenta que: (iii) la verificación de estos requisitos no está sometida a la reglamentación de las pruebas atinentes a los hechos penalmente relevantes, y (v) las demás partes e intervinientes podrán oponerse.

Asimismo, aclaró la postura fijada, acerca de que, el Tribunal (al resolver la apelación) no estaba facultado para pedir información sobre la querella, toda vez que: (i) No se trata de la iniciativa probatoria frente a los hechos penalmente relevantes, sino de la verificación de algunos requisitos procesales, (ii) Estos aspectos no hacen parte del tema de prueba, (iii) La verificación de esos requisitos no está sujeta a las reglas de descubrimiento, solicitud y práctica probatoria, (iv) La iniciativa del juez en ese proceso de constatación no afecta su imparcialidad, pues no implica que, de oficio, decrete pruebas sobre la materialidad del delito o la responsabilidad penal, (v) Se trata de buscar un punto de equilibrio entre la verificación de la competencia del Estado para intervenir penalmente un conflicto interpersonal y la evitación de que las víctimas del delito resulten afectadas por la deficitaria verificación de los referidos presupuestos procesales, que no equivale a su inexistencia. Igualmente, impedir que esos derechos se vean afectados cuando las partes pretenden beneficiarse de sus propias omisiones, como ocurrió en este caso, (vi) La nulidad por las referidas falencias incrementa sustancialmente el riesgo de prescripción, entre

otras cosas por el monto de las penas asignadas a los delitos querellables, y (vii) Lo anterior, sin perjuicio del uso indebido de los recursos públicos destinados a la administración de justicia, bien porque se destinen a adelantar procesos cuando el Estado no está facultado para ello (por inexistencia de los requisitos habilitantes), o por los efectos de las nulidades decretadas por la falta de acreditación de los mismos.

SP352-2023(58985) de 23/08/2023

Magistrado Ponente:
Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 20 de junio de 2014, ARZ conducía un autobús de servicio público, en el que se transportaban varias personas. Aproximadamente a las 3:40 de la tarde, invadió el carril ocupado reglamentariamente por la señora CCL, quien conducía un automóvil.
2. De esta forma, causó un accidente de tránsito en el que resultó mortalmente lesionada la señora CCL. En el mismo, resultaron heridos tres pasajeros del autobús. En su orden, las lesiones les generaron las siguientes consecuencias: (i) incapacidad médico legal de 25 días, (ii) perturbación funcional transitorio del órgano del sistema nervioso central, y (iii) incapacidad médico legal de 40 días.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LESIONES PERSONALES CULPOSAS - Evolución legislativa / **LESIONES PERSONALES CULPOSAS** - Delito querellable

«[...] la finalidad de la Ley 1142 de 2007 al modificar la redacción del artículo 74 del C.P.P. /2004, fue la de sustraer del procedimiento penal ordinario las conductas que, por virtud de la Ley 1153 de ese mismo año, pasarían al régimen contravencional. Con ese propósito, migraron del listado de delitos querellables del estatuto procesal ordinario con destino a la ley de pequeñas causas, entre otras, las lesiones personales sin secuelas, tanto dolosas como culposas, que produjeren incapacidad para

trabajar o enfermedad hasta de 30 días, y algunos delitos contra el patrimonio económico como el hurto, la estafa, el abuso de confianza y el daño en bien ajeno, siempre que la cuantía de los mismos no superara los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las variaciones introducidas al artículo 74 procesal no repercutieron en la naturaleza de los delitos trasladados de régimen porque la Ley 1153 de 2007 (art. 34) adoptó la querrela como regla general de procesamiento, exceptuada sólo en casos de captura en flagrancia. En consecuencia, el traslado de conductas desde el código procesal ordinario al régimen de pequeñas causas, efímero por demás dado que este último fue declarado inexecutable mediante sentencia C-879 de 2008; nunca implicó se alterara el carácter querellable de cada una de aquéllas. De esa manera, es claro que la finalidad de la modificación del precitado artículo 74 nunca fue la de habilitar la investigación oficiosa respecto de algunos de los delitos allí consagrados.

La única razón, entonces, por la que operó la reducción de la expresión «lesiones personales culposas» a la de «lesiones personales culposas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días», fue la de excluir de aquélla, antitécnicamente claro está, los atentados contra la integridad sin secuelas consistentes en incapacidad para trabajar o enfermedad por un número de días igual o inferior al allí establecido. Ello, por cuanto, se reitera, esta última conducta sería procesada como contravencional.

Si bien la categoría «lesiones personales culposas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días» parecería referirse a un solo tipo de lesiones, la prevista en el inciso 2 del artículo 112, lo cierto es que otras partes de la literalidad del artículo 74 permiten sostener que sigue abarcando también las que producen secuelas transitorias o permanentes. En efecto, la técnica de redacción de esa norma consiste en mencionar la especie delictiva seguida del artículo del Código Penal que la tipifica, este último encerrado en paréntesis. Frente al delito bajo examen, la expresión al inicio referida se acompañó del artículo 120, el cual tipifica la modalidad culposa de todas las formas de lesiones personales, sin que esa disposición fuera restringida con la mención posterior del artículo 112, inciso 2.

A más de lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1142 de 2007 mantuvo el requisito de la querrela para las «lesiones personales con deformidad física transitoria» y las «lesiones personales con perturbación funcional transitoria». Siendo así, un entendimiento que excluya del listado las lesiones culposas diferentes a las que solo originen incapacidad o enfermedad superior a 30 días, implicaría una distinción irrazonable según la cual si la conducta que genera aquellos resultados transitorios es dolosa presupone la petición de la parte interesada, pero si es culposa, y menos grave por ende, operará la persecución estatal oficiosa.

Conforme a lo anterior, en vigencia de la Ley 1142 de 2007 las lesiones personales culposas, con excepción de las que consistieran en incapacidad para trabajar o enfermedad por 30 días o menos que por un breve lapso pasaron a ser contravencionales, mantuvieron la naturaleza de delitos querellables que les fue asignado originalmente por la Ley 906 de 2004 y que permanece hasta la fecha actual, aun luego de la reforma implantada con la Ley 1453 de 2011. Esta última, frente al artículo 74, no hizo más que volver a la redacción inicial, es decir, a aquella que incluía todas las conductas punibles que, transitoriamente, se trasladaron al régimen contravencional.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrela y conciliación preprocesal: no son hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, reglas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, debe hacerse en la audiencia de imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, puede hacerse en la audiencia de acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, puede hacerse en la audiencia de juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, si se hace deficitariamente y la defensa guarda silencio se entiende convalidada la irregularidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, libertad probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, durante el trámite de la apelación el juzgador no

puede solicitar información sobre dichos presupuestos

«En la decisión CSJSP7343, 24 mayo 2017, Rad. 47046, la Sala analizó la siguiente realidad procesal: (i) se trataba de un delito querellable, (ii) la Fiscalía se limitó a asegurar que la querrela fue interpuesta, pero no suministró información suficiente frente a todos elementos de ese requisito, tales como la fecha de interposición, (iii) en las audiencias de imputación, acusación, preparatoria y de juicio oral, la defensa guardó silencio frente al cumplimiento de estos requisitos, y (iv) al afrontar el recurso de apelación, el magistrado ponente ofició a la Fiscalía pidiendo que remitieran un dictamen médico legal y la querrela.

La Sala estableció las siguientes reglas: (i) la querrela -y la conciliación preprocesal- no son hechos jurídicamente relevantes, (ii) su verificación debe hacerse en la audiencia de imputación, (iii) si la Fiscalía omite su acreditación y el de control de garantías no realiza el respectivo control, la verificación puede hacerse en la audiencia de acusación, destinada al saneamiento del proceso, (iv) incluso, este aspecto puede ser constatado durante el juicio oral, (v) si su acreditación se hace deficitariamente y la defensa guarda silencio, se entiende convalidada la irregularidad, (vi) esta verificación está cobijada por el principio de libertad probatoria, (vii) su constatación puede hacerse con la manifestación que haga el fiscal, siempre y cuando suministre la información suficiente para dar por cumplido el requisito, y (viii) durante el trámite de la apelación no es factible que el juzgador solicite información sobre la querrela (y la conciliación pre procesal).»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, no está sometida a las reglas dispuestas para la demostración de los hechos penalmente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: finalidad / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: aclaración y complementación

«Como se indicó en precedencia, no se trata de la demostración de los hechos penalmente relevantes, frente a lo que se activan todas las garantías dispuestas en la Constitución Política, diversos tratados sobre derechos humanos y la Ley 906 de 2004.

De hecho, el escenario principal de verificación de estos requisitos de procedibilidad es la audiencia

de imputación. No se discute que la misma no está destinada a la práctica de pruebas y, mucho menos, que puedan ser tenidas en cuenta para la demostración de la responsabilidad penal. Además, la constatación que debe hacer el juez de control de garantías no constituye una prueba a la luz de lo dispuesto en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004:

Fines. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

Ello explica por qué la verificación de estos requisitos puede hacerse por conducto de las manifestaciones del fiscal. Frente a los hechos penalmente relevantes, no se discute que los alegatos de las partes no constituyen prueba.

Al respecto, debe aclararse que para la verificación de estos requisitos también resultan útiles las manifestaciones que haga la defensa, toda vez que: (i) no existen razones para concluir que las constancias que deje la defensa sobre este tema tienen menor valía que las expuestas por el fiscal, y (ii) no parece razonable que la defensa esté interesada en dar por acreditado un requisito de procedibilidad inexistente, toda vez que ello sería contrario a sus intereses.

Por tanto, es claro que la verificación de los requisitos de la querrela y la conciliación pre procesal no está sometida a las reglas de prueba aplicables a los presupuestos fácticos de la responsabilidad penal, entre ellas: (i) descubrimiento probatorio, (ii) solicitud durante la audiencia preparatoria, y (iii) práctica durante el juicio oral.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrela y la conciliación preprocesal: acreditación, reglas, aclaración del precedente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, reglas, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, excepcionalmente por fuera de los escenarios procesales dispuestos, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, el juez puede, de oficio, solicitar información sobre dichos presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, por cualquier medio

«Las reglas sobre la verificación de la querrela y la conciliación pre procesal deben orientarse a lograr un punto de equilibrio entre los siguientes aspectos constitucionalmente relevantes: (i) impedir que el Estado intervenga penalmente en un conflicto interpersonal sin estar facultado para ello (por la inexistencia de los referidos requisitos habilitantes), y (ii) evitar, en cuanto sea posible, que las víctimas del delito terminen afectadas por las omisiones de las partes y los jueces en la verificación de dichos requisitos procesales.

A la luz del precedente atrás citado, un punto de equilibrio puede lograrse a partir de las siguientes reglas: (i) la Fiscalía debe acreditar estos requisitos en la audiencia de imputación, (ii) si no lo hace, debe ser requerido por el juez de control de garantías, (iii) si el asunto no se somete a esta regla general, la falencia puede ser corregida por el fiscal en la audiencia de acusación, (iv) en esta audiencia, el juez de conocimiento debe constatar la existencia de dichos presupuestos, (v) la defensa tiene la posibilidad de exigir la verificación de los mismos, (vi) incluso durante el juicio oral se puede aportar dicha información, (vii) la existencia de la querrela y la conciliación preprocesal puede acreditarse por cualquier medio, incluyendo las manifestaciones del fiscal -y del defensor, según se aclaró-, y (viii) las falencias en la demostración de estos requisitos se entienden subsanadas por el defensor si omite pedir las respectivas aclaraciones a lo largo de la actuación penal, principalmente en las audiencias de imputación y acusación.

No puede descartarse, desde luego, que las falencias en estos controles den lugar a la continuación de un proceso penal que no debió adelantarse por la inexistencia de los requisitos habilitantes (querrela y /o conciliación pre procesal). Se trata de cuestiones trascendentes, pues atañen a la competencia del Estado para intervenir penalmente un conflicto y, principalmente, para imponer una sanción penal, que necesariamente involucra diversos derechos fundamentales (libertad, buen nombre, etcétera).

Con todo, es deber del funcionario judicial evitar que las partes pretendan sacar provecho de sus propias omisiones, como ocurre en este caso, donde el defensor solicita la terminación de la actuación penal porque la Fiscalía no demostró la realización de la audiencia de conciliación,

aunque él intervino en esa diligencia en representación de los intereses del procesado.

Por tanto, es factible, de manera excepcional, que por fuera de los escenarios procesales ya referidos se alegue la inexistencia de los requisitos habilitantes de la intervención del Estado en el ámbito penal, siempre y cuando: (i) quien la alegue explique razonablemente la extemporaneidad del planteamiento, (ii) asuma la respectiva carga demostrativa, (iii) la verificación de estos requisitos no está sometida a la reglamentación de las pruebas atinentes a los hechos penalmente relevantes, y (v) las demás partes e intervinientes podrán oponerse, como también pueden hacerlo, por ejemplo, cuando se aporta información concerniente a la muerte del procesado con el propósito que se declare extinguida la acción penal, o de indemnización integral con el mismo fin.

Sobre la posibilidad de que los jueces actúen de manera oficiosa en el proceso de verificación de los requisitos de procedibilidad ya comentados, en la decisión CSJSP7343, 24 de mayo 2017, Rad. 47046 se dejó entrever que el Tribunal (al resolver la apelación) no estaba facultado para pedir información sobre la querella, en esencia porque ello trasgredía las reglas de prueba (descubrimiento, solicitud en la audiencia preparatoria y práctica en el juicio oral), sin perjuicio de la afectación de la imparcialidad ante esa actuación oficiosa. Esta postura debe ser aclarada, toda vez que,

(i) No se trata de la iniciativa probatoria frente a los hechos penalmente relevantes, sino de la verificación de algunos requisitos procesales.

(ii) Estos aspectos no hacen parte del tema de prueba, en el sentido previsto en el artículo 372 atrás citado.

(iii) La verificación de esos requisitos no está sujeta a las reglas de descubrimiento, solicitud y práctica probatoria, al punto que debe hacerse en audiencias totalmente ajenas a esas actividades -como las de imputación y acusación-, incluso a través de información del todo inadmisibles como soporte de la sentencia -tal es el caso de las manifestaciones de las partes-

(iv) La iniciativa del juez en ese proceso de constatación no afecta su imparcialidad, pues no implica que, de oficio, decrete pruebas sobre la materialidad del delito o la responsabilidad penal -ya se dijo que esta información no puede ser considerada para esos efectos-

(v) Finalmente, se trata de buscar un punto de equilibrio entre la verificación de la competencia del Estado para intervenir penalmente un conflicto interpersonal y la evitación de que las víctimas del delito resulten afectadas por la deficiente verificación de los referidos presupuestos procesales, que no equivale a su inexistencia. Igualmente, impedir que esos derechos se vean afectados cuando las partes pretenden beneficiarse de sus propias omisiones, como ocurrió en este caso.

(vi) No puede perderse de vista que la nulidad por las referidas falencias incrementa sustancialmente el riesgo de prescripción, entre otras cosas por el monto de las penas asignadas a los delitos querellables.

(vii) Lo anterior, sin perjuicio del uso indebido de los recursos públicos destinados a la administración de justicia, bien porque se destinen a adelantar procesos cuando el Estado no está facultado para ello (por inexistencia de los requisitos habilitantes), o por los efectos de las nulidades decretadas por la falta de acreditación de los mismos.

En síntesis, la verificación de la querella y la conciliación pre procesal: (i) debe hacerse en la formulación de imputación, a iniciativa de la Fiscalía, por petición de la defensa u otros intervinientes o producto del control judicial, (ii) residualmente, en la acusación, como escenario de saneamiento del proceso, (iii) excepcionalmente, durante el juicio oral, (iv) el silencio de la defensa convalida los yerros en la verificación de estos requisitos en los momentos procesales dispuestos para ello, (v) en adelante, solo podrá alegar la inexistencia de los mismos (que es distinto a alegar falencias en su acreditación), lo que implica asumir las respectivas cargas, y (vi) el juez está facultado para solicitar la información que considere necesaria para descartar que el proceso se esté adelantando sin que el Estado esté habilitado para ello y para evitar que las omisiones ya referidas afecten los derechos de la víctima del delito.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querella y conciliación preprocesal: acreditación, reglas, libertad probatoria

«En suma: (i) la Fiscalía incumplió su deber de aportar la información atinente a la querella y la

conciliación pre procesal, (ii) las jueces de garantías y de conocimiento omitieron verificar estos requisitos en las audiencias de imputación y acusación, (iii) la defensa se abstuvo de cuestionar dicha omisión a lo largo de toda la actuación, incluyendo la sustentación de la apelación, (iv) el mismo defensor, durante el juicio oral, al responder una pregunta de la juez, dejó constancia de la celebración de la audiencia de conciliación, (v) las víctimas siempre mostraron interés en el adelantamiento del proceso y otorgaron poder para ser representadas en el mismo, y (vi) durante el trámite de la reposición interpuesto contra el fallo de segunda instancia se aportó el acta de conciliación, cuya autenticidad no fue cuestionada por la defensa al pronunciarse como no recurrente (allí consta que ese mismo abogado participó en dicha diligencia).»

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único

«El demandante tiene razón cuando afirma que el Tribunal se equivocó al concluir que el delito de lesiones personales culposas con perturbación funcional transitoria no es querellable.

Como se indicó en el numeral 6.3, esta conclusión resulta equivocada a la luz de la legislación vigente e incluso frente a la reforma orientada a convertir en contravenciones las lesiones con incapacidad inferior a 60 días, como pacíficamente lo ha sostenido la Sala (CSJSP7343, 24 mayo 2017, Rad. 47046, entre otras).

Sin embargo, ese error no tiene los efectos que el impugnante le atribuye, porque el juzgador de segundo grado también se equivocó al concluir que en este caso debe darse por probado que no existió la conciliación preprocesal, al punto que deba decretarse la “cesación de procedimiento” (sin perjuicio de la procedencia de acudir a esta figura en casos tramitados bajo la Ley 906 de 2004).

No tuvo en cuenta lo expuesto por el defensor de RZ sobre la celebración de la audiencia de conciliación. Tampoco, que la defensa guardó silencio frente a dicho requisito durante la

imputación, la acusación, el juicio oral y la sustentación del recurso de apelación. Además, omitió considerar la permanente actividad de las víctimas a lo largo de la actuación procesal, lo que es indicativo de su interés en que este proceso se adelantara (entrevistas poco después de ocurridos los hechos, otorgamiento de poderes para ser representadas en el proceso, etcétera).

A pesar de la marcada analogía fáctica con lo estudiado en la decisión CSJSP7343, 24 mayo 2017, Rad. 47046, tampoco tuvo en cuenta este precedente, ni se ocupó de explicar por qué las reglas allí establecidas no serían aplicables al presente asunto.

No caben reproches frente al tratamiento que le dio al acta de conciliación aportada por las víctimas, porque ello se aviene a lo establecido por la Sala en la decisión que se acaba de mencionar. Sin embargo, esa información pudo ser considerada para descartar que se hubiera adelantado el proceso sin cumplir ese requisito y, además, para evitar que la defensa sacara provecho de su propia omisión, pues se limitó a alegar la falta de demostración de una diligencia en la que el mismo abogado intervino.

Estos errores del Tribunal favorecieron al procesado y perjudicaron a dos de las víctimas, pues dispuso la “cesación de procedimiento” frente a los delitos de lesiones personales que ameritaron únicamente incapacidad médico legal, sin considerar que: (i) aunque de forma deficitaria, se estableció la celebración de la audiencia de conciliación, la defensa convalidó los yerros de la Fiscalía y de los jueces sobre la verificación de los requisitos ya mencionados, y (ii) en todo caso, no podría hablarse de que esos requisitos, de acuerdo con la prueba, no se cumplieron, al punto que debiera optarse por la terminación del proceso y no por la nulidad.

Sin embargo, como la defensa tiene el carácter de impugnante único, no puede modificar la sentencia para enmendarse el yerro, porque ello violaría la prohibición de desmejorar la situación de quien comparece en dicha calidad (artículos 31 de la Constitución Política y 20 de la Ley 906 de 2004)»

Inicio

23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Testigo: ámbito de su testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: que no tiene calidad de perito, emisión de opiniones, apreciación probatoria / **TESTIMONIO ÚNICO** - Valoración probatoria

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor de CIHO en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de la misma ciudad, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La Sala casó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, para, en su lugar, absolver a CIHO, argumentando que, no se cuenta con elementos de juicio que permitan concluir, más allá de duda razonable, que la procesada portaba los 19,4 gramos de cocaína con el propósito de comercializarlos o traficar con ellos.

En este punto, consideró que el deficiente interrogatorio realizado a la única testigo de cargo, impidió conocer las circunstancias que rodearon la captura de la procesada, lo que conllevó a que la condena proferida se encuentre viciada de errores de hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio.

SP281-2023(61694) de 26/07/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 20 de enero de 2017, siendo aproximadamente las 10:10 horas, en vía pública, CIHO fue sorprendida por agentes de la Policía Nacional portando 48 papeletas de cocaína, cuyo peso total correspondió a 19.4 gramos

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: ámbito de su testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: que no tiene calidad de

perito, emisión de opiniones, apreciación probatoria / **TESTIMONIO ÚNICO** - Valoración probatoria

«[...] en la decisión CSJSP19617, 23 nov 2017, Rad. 45899 se dejó sentado lo siguiente:

El artículo 402 de la Ley 906 de 2004 establece que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”. Por su parte, los artículos 405 y siguientes ídem, que regulan la prueba pericial, precisan, entre otros aspectos, cuándo es procedente (405), los requisitos que debe reunir una persona para que pueda comparecer en calidad de perito (408), y la presentación de informes previos (413). A la luz de esta reglamentación, en principio podría afirmarse que solo los peritos están habilitados para emitir opiniones durante el juicio oral.

Sin embargo, existen aspectos de alto interés para la administración de justicia, de los que suelen ocuparse los ciudadanos en las conversaciones cotidianas y que, ordinariamente, dan lugar a la emisión de opiniones espontáneas, como es el caso de los estados de ánimo, el “nerviosismo” y otros aspectos comportamentales.

Estas exteriorizaciones de lo que sucede al interior del sujeto pueden ser determinantes para decidir sobre la responsabilidad penal, especialmente cuando se trata de demostrar los elementos estructurales del dolo y, en general, los fenómenos mentales que no pueden ser percibidos directamente por los sentidos.

Se trata, sin duda, de inferencias que realiza el sujeto cognoscente, a partir de fenómenos que puede percibir directamente por los sentidos (temblor, sudoración, dificultad para hablar, etcétera), y que pueden ser producto (las inferencias) de procesos mentales conscientes o inconscientes. Esto, sin duda, apareja riesgos para la administración de justicia, sobre todo cuando no se realiza un interrogatorio adecuado que ponga en evidencia los datos a partir de los cuales el testigo concluye que el procesado, la víctima u otra persona se encontraba en un estado de alteración como los que se acaban de describir, no se le pregunta por las causas de esa perturbación (según lo que pudo percibir directamente), por su conocimiento previo sobre los cambios comportamentales de esa persona en

particular, etcétera. Lo anterior sin perjuicio de que se alleguen otros medios de prueba sobre esa temática.

Por tanto, en este tipo de casos es determinante establecer: (i) los datos a partir de los cuales el testigo infiere el nerviosismo u otro tipo de alteración en un determinado sujeto; (ii) las razones que pueden haber generado esa reacción; (iii) los conocimientos previos del testigo sobre las alteraciones psíquicas de esa persona en particular; etcétera. Si estos aspectos no son tratados adecuadamente durante el interrogatorio cruzado, es posible que el juzgador no cuente con suficientes elementos de juicio para realizar sus propias inferencias sobre los aspectos jurídicamente relevantes (el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción, por ejemplo), ya que para ello es indispensable que los hechos indicadores estén plenamente demostrados, según se indicó en el anterior numeral.

[...]

Además de las estipulaciones ya referidas, únicamente se cuenta con el testimonio de la patrullera MACO.

La testigo señaló que para el 17 de enero de 2017 se encontraba laborando en la ciudad de Bogotá, en la localidad Los Mártires, que se caracteriza por las continuas problemáticas con los “habitantes de calle”, especialmente por el consumo de alucinógenos.

Agregó que, para esa fecha, aproximadamente a las 10:00 de la mañana, estaban patrullando por la carrera 19 A con calle 11, cuando vio a una mujer que “se puso nerviosa” al advertir su presencia. Ante ello, procedió a requisarla y le halló, en uno de sus bolsillos, las 48 papeletas de cocaína atrás reseñadas.

Señaló que HO “accedió voluntariamente al registro” y “no manifestó nada”, a pesar de que, generalmente, las personas que se encuentran en la misma situación aducen que la droga es para su consumo.

En su opinión, la retenida parecía “habitante de calle”, aunque no se refirió a su apariencia física, las ropas que vestía, ni suministró algún dato que sirviera de fundamento a su conclusión.

Cuando la Fiscalía le preguntó si la retenida estaba “sobria”, contestó que “no logré captar, se notaba normal”.

Resaltó que la referida mujer estaba sola, deambulando por las calles, aunque inmediatamente después aclaró que cuando la vieron le solicitaron el registro cuyo desenlace ya se conoce. En esta parte de la declaración aseguró que la retenida se puso nerviosa cuando le solicitaron el registro.

Agregó que “por lo general ella se veía por las calles, uno la identifica como habitante de calle”. Sin embargo, no aclaró las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon dicha observación.

El defensor no hizo uso del contrainterrogatorio.

El delegado del Ministerio Público optó por formular algunas preguntas.

[...]

Así, aunque la Fiscalía solo presentó el testimonio de la patrullera MAC, asumió el interrogatorio con un notorio desdén, lo que impidió conocer circunstancias relevantes para establecer, más allá de duda razonable, si la retenida portaba la sustancia con el ánimo de comercializarla. Al respecto, la juez de primera instancia no consideró oportuno realizar preguntas aclaratorias.»

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Atipicidad: no depende de la cantidad de la droga o de la frecuencia de su consumo por el sujeto activo / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Transporte: empaçado en pequeñas cantidades, tanto quien la vende como quien la tiene para consumo utilizan regularmente este medio

«Es cierto que la procesada portaba una cantidad de droga que excede los montos estimados como dosis personal, pero también lo es que no se trata de una cantidad que de suyo indique su destinación para el tráfico y no para al consumo personal.

En cuanto a la forma como estaba empaçada, se trata de un dato que resulta igualmente útil para soportar las tesis antagónicas, toda vez que: (i) la testigo de cargo aseguró que en la zona existían sitios de expendio de droga, (ii) por tanto, es razonable asumir que alguien interesado en adquirir la sustancia para su consumo acuda a ese lugar, y (iii) si esa es la forma como usualmente se dispone la droga para su comercialización, es claro que en las mismas

condiciones de empaque es recibida por quien la compra para consumirla.

De otro lado, al enunciado «el adicto normalmente porta entre 2 o 3 papeletas de estupefacientes» se le atribuye el carácter de máxima de la experiencia, sin tener en cuenta que, (i) no corresponde a la observación cotidiana, pues la cantidad de sustancia que lleva consigo un drogadicto no es algo que pueda percibirse de forma permanente por el conglomerado social, (ii) si se aceptara, para la discusión, que es así, no existirían elementos de juicio para predicar la universalidad o generalidad de la supuesta regla, y (iii) la patrullera C se limitó a exponer su opinión, basada en su particular experiencia (sin especificar los detalles), lo que bajo ninguna circunstancia puede tenerse como máxima de la experiencia.»

REGLAS DE LA EXPERIENCIA - No se configuran / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - Se vulnera

«A pesar de la escueta información suministrada por la única testigo de cargo, los juzgadores dan por sentado que: (i) la procesada era “habitante de calle”, (ii) no tenía capacidad económica para adquirir la droga, (iii) no estaba en capacidad de asumir el pago de sus necesidades básicas, y (iv) no era adicta a sustancias estupefacientes.

Como ya se indicó, la testigo de cargo se limitó a etiquetar a la procesada como “habitante de calle”, sin aportar un solo dato que soporte su conclusión. En efecto, ni siquiera se sabe cuál era la apariencia física de HO para ese momento, las vestimentas que usaba, el lugar destinado para su descanso, si era beneficiaria de los planes oficiales de apoyo a esa población, etcétera.

De otro lado, dan por sentado que la procesada no era consumidora de drogas. Para ello, se basan en la escueta afirmación suministrada por la patrullera (“la vi normal”), sin tener en cuenta el aparte del testimonio donde afirma que no se percató de su estado de sobriedad. De nuevo, la testigo se limitó a emitir su opinión, sin suministrar algún dato que permita establecer el fundamento de la misma.

Además de suponer aspectos que no fueron referidos por la única testigo, los juzgadores incurrir en una contradicción, toda vez que dan por sentado que la procesada hacía parte del grupo de “habitantes de calle” que, según la

patrullera de la Policía, se dedicaban a consumir drogas y a importunar a los residentes en la zona, y, al tiempo, concluyen que HO no consumía estupefacientes, con la clara intención de sustentar su tesis sobre el ánimo de comercialización.

En la misma línea, en el fallo recurrido se establece otra supuesta máxima de experiencia, según la cual los adictos a las drogas, luego de adquirir la sustancia, optan por su consumo mientras se movilizan por las calles.

De nuevo, los juzgadores le dan dicho carácter a un enunciado que: (i) no corresponde a fenómenos o situaciones que pueden observarse cotidianamente, del que sea posible extraer una regla sobre la forma como casi siempre suceden, y (ii) por tanto, carece de generalidad o universalidad, que constituye una nota característica de las máximas de experiencia.»

IN DUBIO PRO REO - Se debe aplicar si no hay certeza de la culpabilidad del procesado

«Según se indicó en el acápite anterior, la única testigo no explicó si el “nerviosismo” de HO surgió cuando vio a los integrantes de la patrulla o cuando la sometieron al registro, ni cómo se exteriorizó.

No puede perderse de vista que los uniformados solían someter a ese tipo de registros a los consumidores de droga que rotulaban como “habitantes de calle”. Ello permite entender el origen de la conclusión de la patrullera sobre la cantidad de papeletas (3) que solían llevar consigo estas personas para su propio consumo.

Por tanto, ante la precaria información suministrada por la testigo de cargo, no es claro si el registro de que fue objeto HO fue producto del control habitual a los “habitantes de calle” o si medió una situación diferente, que permitiera intuir una conducta ilícita.

Además, la testigo se limitó a exponer su opinión (“estaba nerviosa”), sin explicar los datos a partir de los cuales infirió esa supuesta alteración. No se sabe exactamente cuál fue la actitud que asumió la procesada, ni el momento en que se produjo esa reacción, lo que impide analizar si la misma tiene alguna relación con el supuesto propósito de vender estupefacientes.

Adicionalmente a lo que se ha dejado dicho, los juzgadores omitieron datos importantes de la

escueta declaración rendida por la patrullera MACO:

No tuvieron en cuenta lo relatado por ella sobre la existencia de varios expendios de droga en la zona donde se produjo la captura, ni su alusión a la retención de 10 o 15 “habitantes de calle”, al parecer por el supuesto porte de drogas con ánimo de tráfico.

Pasaron por alto la importancia de aclarar aspectos como: (i) las labores adelantadas por los policiales asignados a la zona para dismantelar los expendios en mención, (ii) la relación de esos sitios de comercialización con el consumo de drogas de los “habitantes de calle” asentados en la zona, (iii) si la procesada, a quien identifican como “habitante de calle”, tenía alguna relación con los referidos expendios, etcétera.

Estas omisiones impidieron establecer si la procesada hacía parte de la red de traficantes referida por la testigo de cargo, o si acudía a ese sitio para comprar la droga para su consumo, como al parecer solían hacerlo las personas que deambulaban constantemente por el sector.

De igual manera, impiden decidir si CIHO debe ser sancionada por atentar contra la salud pública, bajo una de las modalidades previstas en el artículo 376 del Código Penal, o si, por el contrario, debe ser objeto de atención por parte del sistema de salud para mitigar los efectos de su supuesta adicción a las drogas.

Una duda de este nivel debe resolverse a favor de la procesada.»

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, la carga de la prueba radica en la Fiscalía General de la Nación

«El ánimo o intención de tráfico es un elemento estructural del tipo penal previsto en el artículo 376 del Código Penal, por tanto, su demostración está a cargo de la Fiscalía General de la Nación (CSJSP228, 21 junio 2023, Rad. 60332, entre muchas otras)»

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9408
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá