



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2023

Octubre a Diciembre 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. **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta _____ **3**
2. **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Antijuridicidad: en el caso de vertimiento de mercurio en la ribera y el corriente fluvial _____ **7**
3. **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Adición de contrato: tope máximo, no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial _____ **19**
4. **DELITOS DE LESA HUMANIDAD** - Prescripción: son delitos imprescriptibles, hasta que el sujeto es vinculado al proceso penal _____ **28**
5. **DEMANDA DE CASACIÓN** - Desistimiento: extemporáneo _____ **31**
6. **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales no determinan el marco de punibilidad y se aplican después de individualizada la pena _____ **32**
7. **ENFOQUE DE GÉNERO** - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional _____ **35**
8. **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Trámite legislativo _____ **38**
9. **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia _____ **42**
10. **NON BIS IN IDEM** - No se vulnera: cuando se decreta la nulidad dentro del proceso penal _____ **45**
11. **SECUESTRO SIMPLE** - Agravado: incremento punitivo _____ **52**
12. **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, no es un hecho jurídicamente relevante _____ **56**
13. **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento _____ **60**

14. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: reglas jurisprudenciales _____ **66**

15. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba testimonial: obligaciones de la parte que la solicita _____ **71**





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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Cuarto trimestre 2023

Octubre a Diciembre 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. **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, exceda el otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, el incremento no puede ser superior al doble de la pena tasada para el delito más grave, ni superior a la suma aritmética de las conductas concursantes / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Diferencia con el sistema de acumulación aritmética / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Presupuestos: la suma aritmética de las penas no puede superar el doble de la tasada para el delito más grave

La Sala de Casación Penal, se pronunció, de manera oficiosa, frente a la sentencia de la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal, que confirmó la impartida por el Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento de Orocué, mediante la cual condenó a CAGR como autor de los delitos de homicidio consumado y tentado, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

La Corte no casó oficiosamente la sentencia, por cuanto la pena tasada por el juzgador no excedió el límite del otro tanto impuesto respecto del delito más grave, ni la suma aritmética de los dos ilícitos concursantes; por lo que se cumplió con el cometido de la acumulación jurídica de penas.

En esta oportunidad, la Sala de Casación Penal corrigió la jurisprudencia prohijada, en cuanto a las reglas para la tasación del concurso de conductas punibles, en el sentido de establecer que, la suma aritmética de las penas

individualmente consideradas solamente está prohibida cuando quiera que el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, por razón de las conductas punibles concursales, exceda el otro tanto.

SP322-2023(59683) de 26/07/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Hacia las 10:00 p.m. del 4 de septiembre de 2015, mientras la pareja conformada por JCR y RASD dormía en su residencia, un sujeto que vestía pasamontañas negro, camisa de mangas largas de color gris con negro y pantalón negro ingresó a la vivienda y disparó inicialmente contra el segundo, causándole instantáneamente la muerte, como producto de una herida en la carótida común izquierda, que le provocó un shock hipovolémico.
2. Enseguida, luego de que el intruso despertó a la señora JCR y le pidió que se levantara de su cama y saliera, disparó contra ella a la altura del pecho, quedando gravemente herida, lo que no impidió que esta se abalanzara contra su agresor, con el propósito de desarmarlo sin lograrlo, ante lo cual él la golpeó en la cabeza con el arma de fuego y emprendió la huida por el patio trasero de la casa.
3. La mujer se arrastró hasta la puerta de ingreso a su domicilio para pedir auxilio, siendo socorrida por sus vecinos y una patrulla de vigilancia de la policía, que, tras solicitar apoyo, siguió los rastros de sangre dejados por el atacante y llegó a una vivienda

cercana, la cual fue allanada con el consentimiento de su morador -un adolescente de 14 años de edad-, quien les relató que momentos antes había arribado al lugar CAGR y que se refugió en una habitación de la edificación.

4. En su interior, los uniformados encontraron un “pasamontañas” de color negro, un silenciador artesanal hecho a base de una botella plástica y una media blanca. Así mismo, en el patio hallaron un arma de fuego plateada, tipo revólver, marca Smith & Wesson, calibre 38, una camisa gris con rayas negras y un pantalón de color negro, razón por la cual se dio inmediata captura a CAGR.
5. Mediante proveído del 17 de septiembre de 2020, el Juez de conocimiento condenó a JRGH como autor responsable de los delitos por los que fue acusado, a la pena principal de cuatrocientos setenta y dos (472) meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término y de privación del derecho a la tenencia de porte de armas por cuarenta y ocho (48) meses. También, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y ordenó el comiso del revólver.
6. El fallo fue apelado por la defensa técnica y el 2 de diciembre de idéntico año la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal lo confirmó, con la modificación consistente en reducir la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a veinte (20) años.
7. El inculcado interpuso el recurso extraordinario de casación y, un nuevo apoderado presentó, en tiempo, el libelo correspondiente.
8. A través de auto CSJ AP668-2023, la Sala de Casación Penal lo inadmitió y dispuso que, en firme esa decisión, y -de ser el caso-agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente al despacho de la Magistrada Ponente para emitir pronunciamiento oficioso acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCURSO - Dosificación punitiva: línea jurisprudencial / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, delito más grave / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en

cuenta, la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, exceda el otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, el incremento no puede ser superior al doble de la pena tasada para el delito más grave, ni superior a la suma aritmética de las conductas concursantes / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: límites del incremento hasta en otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: alcance de la expresión suma aritmética / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Diferencia con el sistema de acumulación aritmética / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Presupuestos: la suma aritmética de las penas no puede superar el doble de la tasada para el delito más grave / **LEGALIDAD DE LA PENA** - Límite máximo / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: variación

«El artículo 31 de la Ley 599 de 2000 regula los presupuestos para la tasación del concurso de conductas punibles, en los siguientes términos:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad no podrá exceder de sesenta (60) años, ~~salvo cuando al menos una de las disposiciones de la ley penal infringidas contemple como pena hasta la prisión perpetua revisable, caso en el cual, de ser está la condena impuesta, esta última será la única pena de prisión aplicable,~~ sin perjuicio de las otras penas principales o accesorias que apliquen al caso.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

(...)

Hasta ahora ha sido criterio consolidado de la Sala que dicha norma establece tres restricciones específicas en la dosificación de la consecuencia punitiva, cuando quiera que concurren de manera homogénea o heterogénea varios delitos,

las cuales se concretan en i) la imposibilidad de exceder de 60 años la pena definitiva, ii) la prohibición de imponer una sanción que supere el otro tanto de la sanción señalada para el delito base -el individualizado con la pena más alta- y iii) la inviabilidad de fijarla en un monto equivalente a la suma aritmética de las penas individualmente consideradas.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SP2998-2014, 12 Mar. 2014, rad. 42623 -reiterada en CSJ SP12861-2015, rad. 38076; CSJ SP14845-2015, rad. 43868; CSJ SP13350-2016, rad. 47588; CSJ AP5920-2017, rad. 50530, CSJ Sp4238-2021, rad. 58625, entre otras-, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

«El artículo 31 de la Ley 599 de 2000, prevé que a quien con una sola acción o una omisión, o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, se le impondrá una sanción equivalente a la prevista para la pena más grave, aumentada “hasta en otro tanto”, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, debidamente dosificados cada uno de ellos, y sin que la privación de la libertad exceda de los 40 años de prisión, si se trata de un hecho ocurrido antes de la Ley 890 de 2004, pues esta aumentó hasta 60 años ese marco máximo.

Sobre este precepto, la jurisprudencia de la Sala ha extractado las siguientes conclusiones:

a) El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.

b) La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibidem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]

c) Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no

es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave [Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].

d) El incremento de “hasta en otro tanto” de “la pena más grave” no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].

e) En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representar una ventaja sustancial al procesado. Según la Corte:

“Valga aclarar que la expresión **suma aritmética** mencionada en el artículo 28 del C. P. [actual artículo 31] es una limitante del ‘tanto’ en que puede aumentarse la pena por el número plural homogéneo o heterogéneo de conductas delictivas que simultáneamente en una actuación procesal deban sancionarse, pero nada tiene que ver esa suma con el sistema denominado ‘acumulación aritmética’, el cual corresponde a la aplicación del principio ‘tot delicia, tot poena’, y que significa agregar materialmente las penas de todos los reatos, siendo su resultado la sanción a imponerse. El legislador colombiano, en el código de 1980 como en el del año 2000, acogió en los artículos 26 y 31 en mención el sistema de la adición jurídica de penas, que consiste en acumularlas por debajo de la suma aritmética, sobresaliendo el hecho de que el aumento punitivo se toma a partir de la sanción individualizada para el delito base, sin importar la naturaleza y especie de la pena de los delitos concurrentes, a condición de que en éstos prime la menor intensidad punitiva en relación con la del básico y, en los eventos en que prevean adicionalmente una consecuencia jurídica distinta a la prevista en ésta, como lo dicen las normas citadas, se tendrá en cuenta, a efectos de hacer la tasación correspondiente»

Concretamente, frente a la última regla, la Sala ha venido estimando que cuando de concurso de ilícitos se trata, es viable aumentar la pena base hasta en otro tanto de la pena aplicada al delito más grave, siempre y cuando ese mayor valor de incremento no supere la suma aritmética de cada uno de los delitos individualmente considerados e individualmente tasados.

Sin embargo, una nueva aproximación al artículo 31 del Código Penal, que atiende una correcta hermenéutica, anclada en su propio tenor, permite establecer que la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando quiera que el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, por razón de las conductas punibles concursales, exceda el otro tanto.

Así, del tenor del precepto examinado se infiere claramente el propósito del legislador de establecer dos límites que interactúan recíprocamente para gobernar la discrecionalidad del juez en eventos de concurso de conductas punibles: el incremento por razón del concurso no puede ser superior al doble - hasta en otro tanto, dice la norma"- de la pena tasada para la conducta más grave, y éste a su vez, no puede ser superior a la suma aritmética de las conductas concursantes con aquella.

Esta interpretación, entraña la obligación de que la suma aritmética de las sanciones que correspondan a los respectivos punibles en concurso no supere el doble de la delimitada para la infracción mayor, lectura esta que además de emerger claramente del tenor literal de la norma, no desconoce los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, derivado de la máxima de prohibición de exceso, en los términos del artículo 3° de la Ley 599 de 2000 y que se ajusta a las funciones de la pena de retribución justa y prevención especial.

En efecto, advierte la Corte que, la tesis que hasta ahora prohijaba en su jurisprudencia, impone una restricción excesiva a la discrecionalidad reglada del funcionario judicial en la tasación de la pena, que no se desprende de la norma y que, por ende, es ajena al debido proceso sancionatorio.

Ciertamente, es indispensable destacar que, la intención del legislador, quien acogió la iniciativa legislativa de la Fiscalía General de la Nación - proyecto de ley 40 de 1998-, fue la de mantener la misma estructura de acumulación jurídica de penas, la cual, bajo el rito del artículo 26 del Decreto 100 de 1980, explícitamente, contemplaba la regla de "hasta en otro tanto" y no preveía la de la prohibición de la suma aritmética, misma que, en todo caso, fue añadida en la Ley 599 de 2000, en clave de precisión, para proscribir, se insiste, cualquier exceso por encima del doble de la pena dosificada para el delito base.

De este modo, la pena del delito más grave, incrementada por el concurso, siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al otro tanto y, por consiguiente, cualquier suma aritmética por encima de ese límite infringe el principio de legalidad de la pena.

En el sentido anotado se corrige la jurisprudencia en cuanto a las reglas para la tasación del concurso de conductas punibles.

[...] como quedó plasmado en los antecedentes de esta decisión, CAGR fue condenado, en primera instancia, por el concurso de punibles de homicidio consumado y tentado, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a título de autor, a la pena principal de cuatrocientos setenta y dos (472) meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término y de privación del derecho a la tenencia de porte de armas por cuarenta y ocho (48) meses.

En segunda instancia, el Tribunal modificó, exclusivamente, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para fijarla en 20 años.

En cuanto a la pena de prisión, una vez el a quo individualizó, dentro del primer cuarto de movilidad, las penas para cada uno de los punibles: 240 meses por el de homicidio consumado -delito base-, 124 meses por el de homicidio en su modalidad tentada y 108 por el de porte ilegal de armas, procedió a sumar esas cifras, obteniendo como resultado una pena definitiva de 472 meses de prisión, misma que, bajo la tesis que, desde esta decisión, prohija la Corte, respeta el principio de legalidad de la pena, en tanto no excedió el límite de "hasta en otro tanto" de la pena aplicada a la conducta más grave.

En efecto, dado que el juzgador tasó 240 meses de prisión por el delito de homicidio consumado, estaba habilitado para imponer hasta otros 240 meses por razón de los punibles de homicidio imperfecto y porte ilegal de armas, pero finalmente se decantó por 232 meses, los que no exceden, por consecuencia, el límite del otro tanto impuesto respecto del delito más grave. Además, como la suma aritmética de estos dos ilícitos concursantes no excedió ese baremo, es evidente que se cumplió con el cometido de la acumulación jurídica de penas».

2. CONTAMINACIÓN AMBIENTAL -

Antijuridicidad: en el caso de vertimiento de mercurio en la ribera y el corriente fluvial / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL -**

Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL -**

Agravado: área protegida o de importancia ecológica, la Fiscalía debe acreditar que el área tiene esas características / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES -** Configuración: utilización de

dragas y demás equipos mecánicos / **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA**

- Imprudencia: condenar por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposos

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de JIMP, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, que revocó el fallo absolutorio emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de El Bagre y, en su lugar, lo declaró penalmente responsable del punible de contaminación ambiental agravada, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

La Sala casó parcialmente la sentencia condenatoria y, en consecuencia, recobró vigencia la providencia de primer grado que absolvió al recurrente por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; decisión que se hizo extensiva al procesado no recurrente VAB.

De otro lado, revocó parcialmente el fallo impugnado, por lo que recobró vigencia la sentencia de primer grado que absolvió a 8 de los procesados por el delito de contaminación ambiental culposa agravada.

Por último, confirmó parcialmente la providencia que, por primera vez, condenó al recurrente, en el sentido de declarar que la condena se profería por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales; decisión que se hizo extensiva al procesado no recurrente VAB.

Para el efecto, la Sala de casación Penal estudió los elementos estructurales del delito de contaminación ambiental, advirtiendo que, la calificación jurídica sobre la cual versaría la decisión sería la del artículo 332 del Código Penal, modificado por el artículo 34 de la Ley 1453 de 2011; vigente para la fecha de los hechos; pues, en la actualidad, ese canon 332

establece el punible de explotación ilícita de yacimiento minero y otros minerales.

Al respecto, sostuvo que, la aplicación del artículo 332 del Código Penal a la conducta endilgada fue indebida, pues, por un problema de insuficiencia probatoria atribuible al ente instructor, no se acreditaron la totalidad de los requisitos típicos del delito de contaminación ambiental.

Ahora bien, para el caso de los enjuiciados JIMP y VAB, a quienes la Fiscalía formalmente acusó como coautores del punible de contaminación ambiental dolosa agravada, la Sala consideró satisfechos los requerimientos necesarios para variar la calificación típica estimada por el *ad quem* y condenarlos por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, previsto en el artículo 338 del Código Penal vigente para el momento de los hechos.

Sin embargo, en el caso de los demás coprocesados, como la acusación se efectuó por el mismo delito, pero se atribuyó en su modalidad culposa, y, el de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales no admite esa modalidad –ni en la legislación vigente para la época de los hechos, ni en la actual–; no era viable variar la calificación jurídica y emitir condena por un punible, en teoría menor al incluido en la acusación, razón por la que, fueron absueltos.

SP441-2023(54837) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 28 de enero de 2014, en cumplimiento de orden de allanamiento y registro expedida por la Fiscalía, funcionarios del Grupo Investigativo de Delitos contra el Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Policía Nacional y del Cuerpo Técnico de Investigación [CTI] de la Fiscalía General de la Nación arribaron a zona rural del municipio de El Bagre (Antioquia), sobre el cauce del río Nechí, lugar en el que hallaron en funcionamiento una embarcación a motor en madera tipo draga de succión, utilizada para la explotación y extracción de oro aluvial.

2. En la infraestructura flotante se encontraron bombas de succión con brocas provistas de mangueras flexibles dirigidas hacia el fondo del corriente fluvial, cajones para retención de sedimentos extraídos del cauce del río, canalones en madera de doble recorrido

recubiertos por un tapete que atrapaba el material de interés el cual era decantado, sistemas de lavado y amalgamación in situ, 7 recipientes con una sustancia con características similares al mercurio y otros 3 frascos vacíos con trazas de la misma sustancia, maquinaria y elementos empleados en la excavación y extracción de material de aluvión con el propósito de recuperar de él el metal precioso.

3. Aquella actividad la ejecutaban 10 personas, quienes manifestaron no poseer título o concesión minera, razón por la cual fueron capturados por los uniformados.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL - Antijuridicidad: poner en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Antijuridicidad: en el caso de vertimiento de mercurio en la ribera y el corriente fluvial / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable, reconoce que es una sustancia de alto poder contaminante, nociva para la salud y los recursos hidrobiológicos

«Contrario a lo expuesto por el demandante, el escrito de acusación endilgó que la infracción delictiva ejecutada por el procesado efectivamente «ponía» en peligro la salud humana y los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, no solo por el daño al ecosistema ante la pérdida de la capa vegetal del cauce del río Nechí, sino ante el vertimiento de mercurio en él.

Que el pliego de cargos no incursionara en detalles sobre los riesgos para el hombre, la fauna, la flora y el ambiente no significa una indebida estructuración de hechos jurídicamente relevantes, máxime cuando esos riesgos son reconocidos por instrumentos internacionales y disposiciones del derecho interno, en especial las relacionadas como premisas jurídicas que sustentaron la acusación u otras que para la época de los hechos ya se habían promulgado, verbigracia, el Decreto 2222 de 1993 que en sus artículos 244 y 268 reconocen en el mercurio un «alto poder contaminante» y tratarse de una «sustancia nociva para la salud y los recursos hidrobiológicos», o la Ley 1658 de 2013, que

reglamenta en el territorio nacional «el uso, importación, producción, comercialización, manejo, transporte, almacenamiento, disposición final y liberación al ambiente del mercurio en las actividades industriales, cualquiera que ellas sean», con el objeto de «proteger y salvaguardar la salud humana y preservar los recursos naturales renovables y el ambiente» (artículo 1°).

En lo concerniente a esta última ley, la Corte Constitucional en la sentencia CC C-261-2015 se encargó de explicar su contenido teleológico, [...]

El mismo Tribunal Constitucional en la sentencia CC C-275-2019 ejerció el control oficioso y automático de constitucionalidad de la Ley 1892 de 2018 «por medio de la cual se aprueba el “Convenio de Minamata sobre el Mercurio”, hecho en Kumamoto (Japón) el 10 de octubre de 2013». Por su pertinencia frente al reproche que se examina, se transcriben algunos apartados relevantes:

El mercurio es tan fascinante como letal. Es el único elemento metálico en estado líquido en condiciones ambientales normales y el que tiene el punto de ebullición más bajo. Sus características excepcionales y su intenso color plateado han deslumbrado a la humanidad por generaciones, a tal punto que los alquimistas de la edad media pensaban que el mercurio era la materia prima a partir de la cual se formaban todos los metales, incluido el oro. Si bien nunca fue posible transformar el mercurio en oro, la historia de estos dos metales continúa estando estrechamente ligada; tan es así que, hoy día, unos de los principales usos del mercurio, así como la mayor fuente de emisiones contaminantes, es su aplicación para la extracción del oro. (...)

Los atributos que hacen tan atractivo al mercurio, también explican su peligrosidad. De hecho, en la actualidad es considerado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “uno de los diez productos o grupos de productos químicos que plantean especiales problemas de salud pública”. El mercurio no puede ser destruido y haciendo honor a su nombre mitológico tiene gran movilidad y facilidad para desplazarse a través del planeta, sea en estado líquido entre las corrientes rí[b]ereñas y marítimas, o en vapores que viajan extensas distancias en las corrientes de aire. Esta situación se complejiza, aún más, cuando se forma el compuesto orgánico metilmercurio, capaz de integrarse a organismos vivos y, así,

hacer que su viaje continúe a través de un huésped.

Tanto el mercurio elemental como el metilmercurio son tóxicos, pero el segundo compuesto es la forma más perjudicial, dado que penetra con facilidad las membranas celulares. Además, aumenta su concentración a medida que asciende en la cadena alimenticia, llegando, en última instancia, a la dieta de millones de personas, principalmente cuando lo que se consume son peces depredadores. Este proceso biológico se conoce bajo las categorías de “bioacumulación” y “biomagnificación” (...)

El ser humano puede acceder a estas sustancias por múltiples vías. Además del contacto directo, el aire que respira y la comida que ingiere pueden contener rastros de este peligroso elemento. Las principales formas de exposición son el consumo de pescado y marisco contaminado con metilmercurio; y la inhalación, en ciertos trabajadores, de vapores de mercurio elemental desprendidos en procesos industriales. Cocinar los alimentos es inocuo puesto que no elimina el mercurio presente en ellos. Las afectaciones que se desprenden de la contaminación por mercurio son graves, y en muchos casos, permanentes, como explica la Organización Mundial de la Salud:

[...]

De ese modo, no se requería como al parecer lo entiende el demandante que la acusación se refiriera a la peligrosidad de una sustancia catalogada como letal y altamente tóxica, cuyos efectos nocivos para la salud humana y el medio ambiente son ampliamente reconocidos en el ámbito internacional, incluso mucho antes a la ocurrencia de la conducta aquí juzgada.

El hecho que se atribuyera el vertimiento de mercurio en la ribera y el corriente fluvial, implicaba per se la puesta en peligro para la salud humana y los recursos fânicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos»

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL - Elemento normativo: incumplimiento de la normativa existente, sin título minero / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Elemento normativo: incumplimiento de la normativa existente, no se limita al permiso de la autoridad competente / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Diferente a explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales / **MINERÍA** - Ilegal: concepto /

MINERÍA - Ilegal: relación con el título minero

«[...] la premisa jurídica prevista en el artículo 332 del Código Penal vigente para la época de los hechos, explica que incurre en contaminación ambiental, el que actúe «con incumplimiento de la normatividad existente», situación diversa a la establecida en el ya analizado artículo 365 cuando se refiere a «sin permiso de autoridad competente».

De hecho, la diferencia se hace notable cuando el legislador de 2021 (Ley 2111) modificó el artículo 332 hoy denominado explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales e involucró los dos criterios, así: «el que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente».

La expresión de reenvío normativo «con incumplimiento de la normatividad existente», ciertamente resulta ser más amplia que la sola referencia al enunciado «sin permiso de autoridad competente» al cual pretende el demandante reducir la discusión.

Dicho de otra manera, quien ejerce la actividad de minería ilegal concepto íntimamente ligado al reconocimiento de un título minero, como requisito para realizar las funciones de exploración y explotación minera incumple la normatividad existente, pero el incumplimiento de la normatividad existente no se circunscribe a la simple ausencia de título minero.

En la sentencia CC C-412-2015, la Corte Constitucional explicó:

6.1. El concepto de minería ilegal y su relación con el título minero

El capítulo XVII del Código de Minas (Ley 685 de 2001) define en su artículo 159, la exploración y explotación minera ilícita, como aquella actividad que se configura con el ejercicio de la exploración, extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.

En complemento de esa normatividad, el Decreto Presidencial 2191 de 2003 “Por el cual se adopta el Glosario Técnico Minero”, establece que la minería ilegal se define como aquella que es: “desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero.

Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia.” [negrilla original del texto]

TIPO PENAL EN BLANCO - Concepto: su contenido integra reglas jurídicas extrapenales / **TIPO PENAL EN BLANCO** - Reglas jurídicas extrapenales: de rango legal, remisión propia / **TIPO PENAL EN BLANCO** - Reglas jurídicas extrapenales: de rango infra legal, remisión impropia / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Tipo penal en blanco / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Tipo penal en blanco: remisión de rango infra legal, remisión impropia / **MINERÍA** - Ilegal: incumplimiento de la normativa existente, no se circunscribe a la simple ausencia de título minero

«[...] la Sala en providencia CSJ SP7436-2016, 1° jun. 2016, rad. 47504, al analizar los requisitos típicos del delito de contaminación ambiental expuso que «[l]a inclusión del ingrediente típico «con incumplimiento de la normatividad existente» permite catalogar el trascrito [se refiere al artículo 332 del Código Penal] como un tipo en blanco en la medida en que su contenido integra reglas jurídicas extrapenales, específicamente las de carácter ambiental (leyes, decretos y resoluciones, entre otras)».

Las disposiciones extrapenales del ordenamiento jurídico a las cuales es viable efectuar remisión, pueden ser: (i) de rango legal, caso en el cual la remisión es propia, o (ii) infra-legal, conocida como remisión impropia.

Así, la remisión es **propia** cuando el tipo penal se refiere a una disposición complementaria de rango legal. En este supuesto, se respeta la reserva legal en materia sancionatoria. Por su parte, la remisión es **impropia** cuando el reenvío se hace a una normatividad expedida por autoridades administrativas como, por ejemplo, el Gobierno nacional, los ministerios o gobiernos departamentales o municipales, entre otras instituciones» [negrilla original del texto] (Cfr. Corte Constitucional, sentencia CC C-367-2022).

En ese sentido, el artículo 332 del Código Penal contiene una fórmula de remisión normativa impropia, en razón al «carácter difuso y multinivel de la normatividad existente en materia ambiental» (Cfr. CC C-367-2022).

Al descender al caso concreto, la fiscalía incluyó en el pliego de cargos un apartado relacionado

con «los aspectos jurídicos que sustentan el escrito de acusación». Allí, además de las normas referentes al título minero previstas en la Ley 685 de 2001, aspecto en el que centra la atención el demandante, el ente instructor expuso el incumplimiento de las relacionadas con los estudios de impacto ambiental, la utilización de recursos naturales renovables y la inclusión de la gestión ambiental (artículos 85, 173 y 195 ejusdem).

Y agregó que la Ley 1450 de 2011, como forma de ejercer «control a la explotación ilícita de minerales» prohibió en todo el territorio nacional «la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional». Precisamente una de esas estructuras (draga) o maquinaria pesada (artículo 1° del Decreto 2235 de 2012) era la utilizada por los acusados en la actividad de extracción de oro de aluvi6n.

[...]

De esa manera, aunado a lo explicado respecto de la ausencia de título minero en cabeza de los procesados, dígase que el ente persecutor sí logró demostrar el incumplimiento de la normatividad existente en la materia, por tanto, acreditó el elemento normativo del tipo penal de contaminación ambiental»

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL - Elementos: que la contaminación generada por la conducta del sujeto agente constituya un riesgo jurídicamente desaprobado en la medida en que haya desbordado los límites admitidos por la ley ambiental / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Demostración: libertad probatoria / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - No se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, no se cumple

«En la providencia CSJ SP, 19 feb. 2007, rad. 23286 (reiterada en CSJ AP, 15 may. 2008, rad. 27035), la Sala explicó:

La realización de la conducta delictiva de contaminación ambiental implica el cumplimiento de los siguientes presupuestos, (i) que se presente alteración del medio ambiente, (ii) que la contaminación generada por la conducta del sujeto agente desconozca los límites

legalmente permitidos o racionalmente tolerados, y (iii) que la contaminación causada tenga aptitud para causar daño o poner en peligro la salud humana, o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos.

En cuanto al segundo de los anunciados presupuestos, en la sentencia CSJ SP7436-2016, 1° jun. 2016, rad. 47504 la Sala puntualizó que la descripción típica del artículo 332 del Código Penal no se satisface con la sola provocación o realización de la actividad contaminante pues exige, además, que la misma constituya un riesgo jurídicamente desaprobado en la medida en que haya desbordado los límites admitidos por la ley ambiental. [...]

En el asunto que se examina, la naturaleza de la sustancia logró ser demostrada por la fiscalía a través de la prueba testimonial de cargo, específicamente las declaraciones del ecólogo RCP, del ingeniero de minas JADC y del ingeniero químico HAS.

[...]

Coincide la Corte con el criterio del Tribunal en el sentido que la naturaleza de la sustancia utilizada en la actividad ejecutada por los procesados era mercurio, conocimiento obtenido: (i) a partir de las propiedades de la sustancia incautada, hallada en uno de los habitáculos de la embarcación en siete (7) frascos o recipientes, características físicas propias del mercurio según información suministrada por el ingeniero químico HAS y, (ii) por la actividad misma, desarrollada a través de una infraestructura típica a las empleadas para la explotación aurífera de aluvión, en la que se utiliza mercurio como método de amalgamación, conforme a lo declarado por todos los anunciados testigos de cargo.

Aun cuando el perito HAS manifestó que embolsó la sustancia y dispuso que por la policía judicial se enviara a análisis para confirmar que se trataba de mercurio y se hiciera su disposición y /o utilización en laboratorios, pues ningún almacén de evidencias custodiaria el elemento por tratarse de una sustancia tóxica, nuevamente la deficiencia probatoria del ente instructor impidió que al juicio oral se aportara la prueba técnica de corroboración.

No obstante, no es dable restar credibilidad al concepto preliminar rendido por el profesional en química forense, pues la defensa refuta sus conclusiones de manera abstracta y genérica sin

ningún respaldo probatorio más que su propio dicho, el cual, tampoco contradice la conclusión del análisis desde un punto de vista científico.

El demandante centra su inconformidad en el hecho de no aportarse la prueba de laboratorio tendiente a identificar y confirmar la naturaleza de la sustancia. Frente a ello, la Sala recuerda que, en virtud del principio de libertad probatoria, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se puedan acreditar por cualquier medio probatorio, siempre que no se violen los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, en desarrollo del artículo 373 de la Ley 906 de 2004, no existe la exigencia de tarifa legal, como lo pretende el demandante.

La inferencia de que la actividad de explotación desarrollada correspondía a minería aluvial, se desprende del hallazgo en el lugar de: (i) una draga de succión, generalmente utilizadas en minería de oro de aluvión, (ii) un canalón metálico, con divisiones superiores e inferiores provistas de un tapete para la retención del metal a explotar, en este caso, oro, (iii) un sistema de succión de material del cauce del río Nechí, (iv) un sistema de lavado y amalgamación, que incluía una caneca metálica que contenía agua y sedimentos y, (v) los siete (7) recipientes con una sustancia que, por sus propiedades físicas, de inmediato se identificó como mercurio por los expertos que acudieron a la diligencia de allanamiento y registro.

Las anteriores evidencias, de hecho, demostraron que en la zona se presentaba una etapa de extracción del material a procesar, una etapa de separación del material extraído (oro) y la amalgamación in situ del mismo.

Esa inferencia, además, encuentra respaldo en la legislación vigente para la época, especialmente el Decreto 2222 de 1993 [...]

Reprocha también el demandante que a los procesados no se les sorprendió usando el mercurio. Sin embargo, deja de lado que, según el testimonio del investigador del CTI AFLR, en la diligencia de allanamiento y registro fueron hallados, además de los siete (7) frascos con una sustancia con características similares al mercurio, otros tres (3) recipientes o frascos vacíos con trazas de la misma sustancia, circunstancia que daba a entender que ya habían sido utilizados en el proceso de amalgamación de oro.

Aunado al embalaje del mercurio hallado, el

perito químico HAS explicó que, de un canalón, de dos canecas metálicas y del río Nechí, recolectó tres (3) muestras de lodos y dos (2) muestras de agua con el objeto de efectuar análisis de laboratorio y determinar la presencia, cantidad y concentración de mercurio en el área. No obstante, la ineficiencia investigativa del ente fiscal nuevamente conllevó a que esa pericia no fuera incorporada al paginario.

El Tribunal a pesar de reconocer que no se acreditó si las acciones contaminantes «se produjeron con incumplimiento de la normatividad ambiental excediendo el ámbito del riesgo permitido, pues no se establecieron las cantidades ni la concentración de las sustancias puestas por los procesados en el aire y en las aguas», dedujo la tipicidad de la conducta objeto de acusación.

Resulta incomprensible el análisis del juez corporativo, quien literalmente hizo suyas las conclusiones extraídas de la providencia CSJ SP7436-2016, 1° jun. 2016, rad. 47504, en la cual la Corte casó una sentencia condenatoria por el delito de contaminación ambiental y, en su lugar, dictó una absolutoria. Esta vez, en el caso bajo examen, esas consideraciones llevaron a atribuir responsabilidad penal por idéntica conducta punible. La aplicación inopinada del precedente se hace evidente cuando, por ejemplo, en el fallo impugnado se alude a la contaminación del aire, premisa fáctica que no hace parte de los hechos jurídicamente relevantes aquí endilgados.

De ese modo, la prueba que sirvió al Tribunal para establecer la existencia de la conducta contaminadora fue el informe de investigador de campo elaborado por el perito HAS, a partir de la recolección de muestras mientras se adelantaba la diligencia de allanamiento y registro «con el fin de establecer la afectación ambiental generada por las actividades de explotación ilícita de yacimiento minero.

No tuvo en cuenta el ad quem que, a pesar de que el acompañamiento al operativo judicial se hizo por un profesional de la ingeniería química, su labor fue más descriptiva que valorativa. En ese contexto, el funcionario no adelantó actividad alguna tendiente a medir la cantidad o la concentración de la sustancia contaminante emitida y vertida al río en el proceso de explotación minera de aluvión.

El informe verbalizado en la audiencia de juicio

oral por HAS no constituyó dictamen pericial y ninguna otra prueba incorporada a la foliatura estableció si la contaminación generada por aquella actividad extractiva sobrepasaba los límites del riesgo legalmente admisible.

La generación de un riesgo a la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, a partir de la contaminación del «suelo, subsuelo [y] las aguas» del río Nechí imputada al acusado, tampoco fue fijada en la sentencia como premisa fáctica demostrada. Por lo menos, no en el estándar de conocimiento que exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, la aplicación del artículo 332 del Código Penal a la conducta endilgada a JIMP fue indebida, pues ésta no reunía la totalidad de los requisitos típicos del delito de contaminación ambiental, por ende, lo procedente era su absolución, como en su momento resolvió el juez de primera instancia.

Vale agregar que a esa transgresión de la ley sustancial subyace un problema de insuficiencia probatoria atribuible al ente instructor, que el Tribunal con bastante esfuerzo quiso superar con el fin de evitar una costosa laguna de impunidad, postura que la Sala no está en condiciones de prohiar.

Súmase a ello que, conforme al transcrito pliego de cargos (Cfr. § 5.3.2.1), la fiscalía circunscribió la hipótesis fáctica de acusación en el hecho que los procesados vertían y depositaban sustancia contaminante (mercurio) en el suelo, subsuelo y las aguas del río Nechí.

No obstante, inexplicablemente no contempló como hecho jurídicamente relevante del delito de contaminación ambiental, por ejemplo, la utilización de otro tipo de maquinaria pesada (retroexcavadora) que también operaba en la zona, como así lo advirtieron en la vista pública los testigos de cargo RCP, JADC y HAS, suficiente para poner en peligro los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos de la zona, asunto que también se les escuchó decir en juicio. Por tratarse de supuestos fácticos que no hicieron parte de la acusación, no puede la Sala efectuar pronunciamiento alguno, so pena de transgredir el principio de congruencia, garantía con asiento en el debido proceso».

ÁREA PROTEGIDA - Concepto / **ÁREA PROTEGIDA** - Categorías / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Agravado: área protegida o de

importancia ecológica, la Fiscalía debe acreditar que el área tiene esas características / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: no se pueden establecer circunstancias de agravación no previstas en la acusación

«La acusación justificó que el lugar en donde se hallaba la draga de succión que realizaba la actividad de minería de aluvión es una zona protegida o de importancia ecológica, conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974.

Aquella norma establece que «...salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescindibles (sic) [debe entenderse imprescriptibles] del Estado: (...) d). Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho...»

Entre las clasificaciones que el sistema jurídico colombiano hace de los bienes, se distinguen: (i) los bienes susceptibles de dominio particular y (ii) los bienes de dominio o de uso público. La disposición en cita, entonces, sólo reafirma que, entre otros, la «faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho» es un bien de dominio público cuyo titular es el Estado, que comporta la peculiaridad de ser inalienable e imprescriptible, por tanto, desligado del régimen de la propiedad privada (Cfr. CSJ SC1727-2016, 15 feb. 2016, rad. 2004-01022-00).

La norma entra en consonancia con lo que ya había establecido el legislador de 1873, cuando en el Código Civil dispuso:

Artículo 674: «Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del Territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales».

Artículo 677: «Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos Territorios. Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños».

Artículo 2519: «Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso».

Posteriormente objeto de regulación por el constituyente de 1991, cuando en la Carta Política expresó:

Artículo 63: «Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Artículo 102: «El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación»

[...]

Como se advierte a simple vista, ninguna relación guarda el literal d) del artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974, mencionado por la fiscalía como infringido, con la circunstancia agravante imputada para el punible de contaminación ambiental, esto es, «cuando la contaminación, descarga, disposición o vertimiento se realice en zona protegida o de importancia ecológica» (numeral 3° del artículo 332 del Código Penal).

El artículo 79 de la Constitución Política establece que «es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines».

El Decreto 2372 de 2010 posteriormente compilado en el Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015, artículo 2.2.2.1.1.1. y siguientes, en su artículo 2° define: «a) Área protegida: Área definida geográficamente que haya sido designada, regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación», definición que, en esencia, reproduce el término utilizado como «área protegida» en el artículo 2° del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).

El artículo 10° del mismo Decreto 2372 establece:

Las categorías de áreas protegidas que conforman el Sinap [Sistema Nacional de Áreas Protegidas] son:

Áreas protegidas públicas:

- a) Las del Sistema de Parques Nacionales Naturales.
- b) Las Reservas Forestales Protectoras.
- c) Los Parques Nacionales Regionales.

- d) Los Distritos de Manejo Integrado.
- e) Los Distritos de Conservación de Suelos.
- f) Las Áreas de Recreación.

Áreas Protegidas Privadas:

- g) Las Reservas Naturales de la Sociedad Civil.

Parágrafo. El calificativo de pública de un área protegida hace referencia únicamente al carácter de la entidad competente para su declaración.

Por su parte, el artículo 29 ejusdem, prescribe: «Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos como áreas de especial importancia ecológica gozan de protección especial, por lo que las autoridades ambientales deberán adelantar las acciones tendientes a su conservación y manejo, las que podrán incluir su designación como áreas protegidas bajo alguna de las categorías de manejo previstas en el presente decreto»

[...]

La Sala ha de reiterar que, como garantía del principio de congruencia, las circunstancias de agravación punitiva deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación para ser atendidas en el fallo al momento de dosificar la pena correspondiente (Cfr. entre otras, CSJ SP, 28 jul. 2006, rad. 25648; CSJ SP, 18 dic. 2013, rad. 41734; CSJ SP14206-2016, 5 oct. 2016, rad. 47209; CSJ S0P44-2018, 31 en. 2018, rad. 50105; CSJ SP317-2018, 21 feb. 2018, rad. 50264 y CSJ SP1575-2020, 17 jun. 2020, rad. 50312).

De lo contrario, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho de defensa, en tanto el enjuiciado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación, ni se pueden desconocer condiciones favorables que redunden en la determinación de la pena.

En ese contexto, para permitir un verdadero ejercicio del derecho a la defensa, tratándose de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 3° del artículo 332 del Código Penal, resulta imperativo para la fiscalía exponer con claridad en la acusación, tanto fáctica como jurídicamente, por qué el área donde se contamina, descarga, dispone o vierte, se trata de una zona protegida o de importancia ecológica.

En el asunto bajo examen, la Sala advierte que el

pliego de cargos, en punto de hechos jurídicamente relevantes, gravitó sobre la conducta de actividad de minería de aluvión aurífera que se realizaba en zona rural del municipio de El Bagre, sobre el cauce del río Nechí, en el cual se vertía y depositaba sustancia contaminante (mercurio), comportamiento que tipificó en el delito de contaminación ambiental «consagrado en el artículo 332 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 34 de la Ley 1453 de 2011, AGRAVADO CONFORME AL NUMERAL 3 DE LA MISMA DISPOSICIÓN, teniendo como verbos rectores, VERTER, DEPOSITAR (al suelo, subsuelo, las aguas, zona protegida o de importancia ecológica artículo 83, lit. d) del Decreto Ley 2811 de 1974, de manera que ponga en peligro, la salud humana, a los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos)» [mayúscula sostenida original del texto].

Como el juez de primera instancia no halló demostrada la conducta de contaminación ambiental, no se ocupó del análisis del agravante imputado. Por su parte el Tribunal, aunque sí consideró acreditado el delito base, ningún análisis, así fuera mínimo, le mereció la circunstancia de agravación punitiva de que se habla.

El recuento de la actuación procesal revela que la fiscalía en la audiencia de formulación de acusación atribuyó la circunstancia de agravación prevista en el numeral 3° del artículo 332 del Código Penal, sin señalar específicamente por qué las coordenadas en donde se hallaba la draga de succión correspondían a una zona protegida o de importancia ecológica. Dio a entender así que la sola alusión a la norma suple la obligación de expresar con claridad los hechos que la sustentan, lo cual es por completo equivocado. Más allá de la obviedad de mencionar que la conducta se realizaba en el cauce del río Nechí, ningún esfuerzo argumentativo con desconocimiento del principio de motivación-desplegó por concretar los hechos que podían adecuarse al agravante.

Lo anterior pone de presente que las proposiciones fácticas de la circunstancia de agravación no fueron debidamente imputadas bajo la perspectiva de la definición clara y suficiente de los hechos jurídicamente relevantes. Por ende, si los hechos constitutivos de la agravación punitiva no integraron la

imputación fáctica de la acusación, no se puede sancionar con inclusión de tal agravante, so pena de afectarse el debido proceso en su estructura.

La revisión de la imputación fáctica de la acusación permite constatar que el ente instructor, en lugar de concretar los hechos pertinentes, se refirió en extenso: (i) a los términos de la denuncia (en la que se mencionaban otras conductas que se calificaron de delictivas y que no hacen parte de esta causa criminal), (ii) a las labores de verificación de la información suministrada por el denunciante, (iii) a las determinaciones adoptadas en desarrollo del programa metodológico de investigación y, (iv) a los resultados de la diligencia de allanamiento y registro previamente ordenada. Por ello, erró al creer que la simple mención de estar ejecutándose la actividad de minería ilegal en el cauce del río Nechí, era razón suficiente para demandar la aplicación de la citada agravante.

Ante la indeterminación jurídica de la circunstancia de agravación punitiva endilgada (como se explicó, el sustento jurídico de la acusación literal d) del artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974 ninguna relación guarda con el agravante) y ante la ausencia de fundamento fáctico que respaldara la atribución jurídica, no podía el Tribunal deducirla en el fallo, como en efecto ocurrió en el presente asunto».

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Evolución jurisprudencial / **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA** - No es necesario que el nuevo injusto sea del mismo género / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Variación favorable de la situación del procesado / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Variación de la calificación jurídica: respeto del núcleo fáctico contenido en la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: adopta un esquema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica / **CASACIÓN** - Variación de la calificación jurídica: de contaminación ambiental agravada a explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE**

YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES - Concepto / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Elemento normativo: sin permiso de autoridad competente / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Elemento normativo: con incumplimiento de la normativa existente / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Delito de peligro abstracto / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Antijuridicidad material / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Bien jurídico tutelado: medio ambiente / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Configuración: utilización de dragas y demás equipos mecánicos / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Se configura / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Dosificación punitiva y multa: omisión de imponerla

«[...] se tiene que entre la conducta punible anunciada en la acusación y la juzgada en el fallo de instancia debe existir consonancia (i) personal, (ii) fáctica, y (iii) jurídica, de modo que la delimitación efectuada en la audiencia de formulación de acusación se convierte en límite para el juzgador al momento de definir los hechos y atribuir responsabilidad al sujeto pasivo de la acción penal.

La congruencia, garantía con asiento en el debido proceso constitucional (artículo 29 de la Carta Política), se orienta a asegurar que el inculpado sólo pueda ser condenado por los cargos materia de acusación, toda vez que ellos, en la medida que delimitan el objeto de debate en juicio, evitan novedosas y sorpresivas imputaciones a la hora de fallar, frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción (Cfr. CSJ SP6613-2014, 26 may. 2014, rad. 43388; CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383; CSJ SP4930-2019, 13 nov. 2019, rad. 52370; CSJ SP1651-2021, 5 may. 2021, rad. 52687 y CSJ SP304-2022, 9 feb. 2022, rad. 59147).

El pliego acusatorio se erige por tanto en el marco conceptual, fáctico y jurídico del juicio, como de la eventual sentencia, de manera que el juzgador ha de ceñirse a la acusación, sobre todo, en tratándose de la congruencia personal y fáctica, si en cuenta se tiene que, de ellas, la

jurisprudencia ha predicado su carácter absoluto.

Aun cuando la Corte inicialmente (Cfr. CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649) sostuvo que al fallador sólo le era dado condenar por un delito distinto del que era objeto de acusación, al mediar expresa solicitud de la fiscalía, ese criterio posteriormente fue abandonado, de modo que, en el panorama vigente, un pedimento de dicha estirpe no resulta necesario a los efectos de variar la calificación jurídica de la conducta.

La jurisprudencia más reciente, a partir de entender que «la acusación es un acto dúctil», ha aceptado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, a condición que: (i) la nueva imputación corresponda a una conducta que favorezca los intereses del procesado, (ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad, (iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación requisito de carácter absoluto, y (iiii) no se afecten los derechos de los intervinientes (Cfr. CSJ SP6701-2014, 28 may. 2014, rad. 42357; CSJ AP5715-2014, 24 sep. 2014, rad. 44458; CSJ SP13938-2014, 15 oct. 2014, rad. 41253; CSJ SP16544-2014, 3 dic. 2014, rad. 41315; CSJ SP8034-2015, 24 jun. 2015, rad. 41685; CSJ AP7386-2015, 16 dic. 2015, rad. 46810; CSJ SP2390-2017, 22 feb. 2017, rad. 43041; CSJ SP4902-2018, 14 nov. 2018, rad. 52766; CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007; CSJ SP1492-2022, 4 may. 2022, rad. 47319; y, CSJ SP3981-2022, 30 nov. 2022, rad. 56993, entre otras).

Es preciso recordar que, si bien con anterioridad se exigía que la novedosa imputación jurídica debía inscribirse en una conducta del mismo género, a partir de la sentencia CSJ SP17352-2016, 30 nov. 2016, rad. 45589, la Sala consideró que la identidad del bien jurídico no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal.

Lo anterior para significar que la congruencia no es un concepto estricto o rígido, sino flexible, por tanto, puede el fallador apartarse jurídicamente del contenido de los cargos en la acusación y condenar por un punible diverso al imputado, sin que se pregone el quebrantamiento de dicho principio (Cfr. CSJ SP792-2019, 13 mar. 2019, rad. 52066).

En el caso concreto, aunque la fiscalía acusó a

JIMP por la conducta punible de contaminación ambiental agravada, es procedente la condena por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales previsto en el artículo 338 del Código Penal vigente para el momento de los hechos, el cual, con el aumento de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, establece:

El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con relación a esta infracción delictiva, la Corte Constitucional en sentencia CC C-259-2016, precisó:

Los elementos del tipo penal son varios. Para comenzar se trata de un sujeto activo no calificado, pues no se exige una condición particular en el autor de la conducta punible. El sujeto pasivo lo es el Estado como titular del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. Los verbos rectores son los de explotación, explo[r]ación y extracción; exigiendo que su ejercicio debe recaer, como objeto material, sobre un yacimiento minero o arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos.

La conducta se complementa con dos elementos normativos, como lo son, en primer lugar, realizar la explotación, exploración o extracción sin el permiso de la autoridad competente, o lo que es lo mismo, sin un título habilitante; o, en su lugar, con el incumplimiento de la normatividad existente, lo que implica la presencia de un permiso, licencia o autorización, pese a lo cual la actuación desarrollada se realiza por fuera del marco autorizado por la ley.

Pero quizás el punto más relevante del tipo, es que en relación con su contenido, constituye un delito de peligro abstracto, por virtud del cual no se requiere de un daño o menoscabo efectivo sobre el medio ambiente, sino de una probabilidad de lesión a partir de una situación o acción que se considera peligrosa. En este caso, como se observa de la transcripción de la conducta, los actos que se ejecuten (explotación,

extracción, etc.) deben realizarse “por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente”.

Nótese que mientras la redacción típica del artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980 preveía una sanción penal más amplia, ya que bastaba con la falta de un título habilitante en la exploración, explotación, transporte o cualesquiera otra de las conductas mencionadas sobre un recurso minero, para que se configurara el ilícito. Hoy en día, en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, se aminora su antijuridicidad material, pues en el caso de la minería informal, se requiere que el acto tenga la capacidad efectiva de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, dictamen que no se requería con anterioridad. Por lo demás, su consagración como delito de peligro abstracto, deja un importante espacio de acción a otros comportamientos punibles de resultado que amparan el mismo bien jurídico, como lo son, los daños en los recursos naturales, la contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos, la contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo y, en general, la contaminación ambiental.

No es irracional que se entienda, como lo hace el decreto reglamentario, que el comportamiento al cual alude el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 es el consagrado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, pues a pesar de los cambios que se introdujeron en la redacción típica, el objeto de protección sigue siendo el medio ambiente, a partir de los problemas derivados de la realización de la actividad minera sin un título habilitante, más allá de que ahora también se incluyan, a partir de la ampliación del elemento normativo, a quienes actúan con incumplimiento de la normatividad existente.

Desvirtuado que el Tribunal pudiese condenar por el delito de contaminación ambiental agravada, la Sala advierte satisfechos los requerimientos que posibilitan variar la calificación típica estimada por el ad quem y condenar por un delito que en toda su extensión jurídica no fue nominado en la acusación. La solución no puede ser la absolución pretendida por el impugnante, sino proferir sentencia de condena por la novedosa adecuación, por las siguientes razones:

(i) La evidente omisión probatoria de la fiscalía impidió demostrar más allá de duda razonable la conducta de contaminación ambiental y el

agravante atribuido. No obstante, el conjunto probatorio sí logró acreditar que la actividad desarrollada por JIMP el día 28 de enero de 2014, correspondía a la explotación y extracción de oro aluvial, en la que se utilizaba una embarcación en madera tipo draga de succión, con incumplimiento de la normatividad existente recuérdese que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 prohibió en todo el territorio nacional la utilización de dragas y demás equipos mecánicos en las actividades mineras, práctica en la que se explotaba el material de arrastre del cauce del río Nechí y se utilizaba mercurio como método de amalgamación in situ, actividad con la potencialidad de causar daños graves a los recursos naturales de la zona y al medio ambiente.

(ii) Se mantiene el núcleo fáctico de la acusación, vale decir, la congruencia fáctica permanece inalterada. Desde los albores de la investigación la fiscalía siempre señaló a las personas capturadas en la diligencia de allanamiento y registro del 28 de enero de 2014 de ejecutar la actividad de minería ilegal, sólo que la hipótesis investigativa en la cual centró la imputación y posterior acusación se cifró en la contaminación ambiental por vertimientos y depósitos de sustancia contaminante (mercurio) «al suelo, subsuelo [y] las aguas», lo que no significa que la premisa fáctica de explotación ilícita de materiales no haya sido considerada. De ese modo, el supuesto de hecho demostrado a lo largo del proceso se aceptó sin miramientos por todos los que en él intervinieron.

(iii) No existe vulneración del derecho de defensa en el caso concreto pues la definición de que el delito imputado podría derivar hacia el punible de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, nunca fue ajena a la bancada defensiva, por manera que la condena por el novedoso injusto típico no la sorprende o pudo haber minado sus posibilidades de controversia.

El tema de la posible materialización del delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales estuvo siempre presente y en conocimiento de la defensa material y técnica, razón suficiente, ya despejado que no hubo variación fáctica, para concluir que la condena por el delito en cuestión no afecta el derecho de defensa o contradicción, menos, lesiona garantías del acusado porque, en estas condiciones, no se le sorprende con hechos, o con temas no debatidos en las instancias.

(iv) La nueva calificación de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (artículo 338 del Código Penal), se dirige hacia un tipo penal más benigno, en contraste con el de contaminación ambiental culposa agravada (artículos 332 numeral 3° y 339 ejusdem) por el que final e inexplicablemente (Cfr. § 5.3.2.3.6) se individualizó la pena para todos los procesados, como quiera que el primero se sanciona con una pena de prisión de 32 a 144 meses, mientras que el segundo se pune con igual sanción corporal de 36,66 a 168 meses.

En cuanto a la multa, no puede perderse de vista que el Tribunal, también sin explicación alguna, no asignó a JIMP aquella pena pecuniaria. Por tanto, en estricta observancia del principio de prohibición de reforma peyorativa para el apelante único, esa determinación deberá permanecer invariable. Y,

(v) Acótese finalmente que, aun cuando se ha dicho que la identidad del bien jurídico tutelado no es un presupuesto de respeto al principio de congruencia y, por ende, es posible modificar la adecuación típica de la conducta sin limitación a título o capítulo alguno, dentro de todo el Código Penal, en este caso, inevitable resulta aludir que se trata de injustos del mismo género, inscritos en las conductas contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Lo hasta aquí explicado resulta aplicable únicamente para el caso de los enjuiciados JIMP y VAB, a quienes la fiscalía formalmente acusó como coautores del punible de contaminación ambiental dolosa agravada»

EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES - Delito eminentemente doloso / **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA** - Improcedencia: condenar por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo / **CASACIÓN** - Sentencia: absolutoria, caso en el que no es viable variar la calificación jurídica

«[...] como quedó dilucidado desde el inicio (Cfr. § 2.2), en el caso de los coprocesados JMRM, JMRN, AM, JDJLM, JALM, SFOG, DAA y SFCC la acusación se efectuó por el mismo delito, pero irreflexivamente se atribuyó en su modalidad culposa.

En virtud de que el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales no admite

la modalidad culposa ni en la legislación vigente para la época de los hechos, ni en la actual, variar la calificación jurídica como se propone, necesariamente implicaría vulnerar el principio de congruencia, habida cuenta que la novedosa tipicidad no respetaría el núcleo fáctico de la acusación -requisito de carácter absoluto-, al mutarse la imputación al tipo subjetivo de culpa a dolo. El dolo supone el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la voluntad de su realización, circunstancia subjetiva que debe ser objeto de la acusación. Por el contrario, la culpa no reside en esa voluntad, sino en la infracción al deber objetivo de cuidado, lo cual provoca el resultado típico.

Aunque al amparo del Decreto 2700 de 1991, vigente asoma ahora el criterio expuesto por la Sala desde aquel estatuto procesal penal, en el que se explicó que el juez no puede:

sin sacrificar la consonancia del fallo e incurrir en irregularidad susceptible de ser atacada al amparo de la causal segunda de casación, incluir nuevas conductas delictivas, o adicionar circunstancias específicas de agravación punitiva, o genéricas no objetivas, ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado o las formas de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidad de cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo [subrayado en esta oportunidad] (Cfr. CSJ SP, 29 may. 1997, rad. 9485, reiterada, entre otras, en CSJ SP, 27 jul. 1998, rad. 9857; CSJ SP, 12 dic. 2000, rad. 12641; CSJ SP, 11 dic. 2003, rad. 19775; CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 26309; CSJ SP7135-2014, 5 jun. 2014, rad. 35113).

Por tanto, pasar de una conducta culposa a una dolosa constituye sorpresiva imputación frente a la cual JMRM, JMRN, AM, JDJLM, JALM, SFOG, DAA Y SFCC no tuvieron oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción, razón por la cual, en su caso no es viable variar la calificación jurídica y emitir condena por un delito, en teoría menor al incluido en la acusación.

Lo consecuente, entonces, es absolverlos por la conducta punible objeto de acusación».

3. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Adición de contrato: tope máximo, no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Interventoría: no es requisito legal para que surja a la vida jurídica un contrato de obra / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Interventoría: es requisito de ejecución de los contratos de obra / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Licencia ambiental: requisito previo a la etapa de selección del contratista y a la firma del contrato / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Delegación: quien delega tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Delegación: el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, pero si por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y control / **CONTRATO SIN**

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES -

Se configura: por ausencia de estudios previos idóneos / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE**

REQUISITOS LEGALES - Los principios de confianza y de buena fe no eximen de responsabilidad

Decidió la Sala de Casación Penal, el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JJCC, Gobernador del departamento del Huila para el periodo constitucional 2001-2003, en contra de la sentencia proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, que lo condenó por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Sala de Casación Penal confirmó la sentencia proferida por la Sala Especial de Primera Instancia, al considerar que se encuentra consolidada la responsabilidad penal de JJCC, tanto en el plano objetivo como subjetivo, respecto de la conducta delictiva por la que fue condenado.

Para ello, analizó las características y elementos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los requerimientos y presupuestos legales de la contratación administrativa, específicamente la directa; así como los efectos de la delegación realizada por el ordenador del gasto, frente a los principios de confianza y de buena fe, como eximentes de la responsabilidad.

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. JJCC, en su calidad de Gobernador del departamento del Huila para el periodo 2001 – 2003, delegó en su entonces Secretario de Vías e Infraestructura, el trámite y celebración del contrato de obra No. 586 de 2002, el cual tenía por objeto la construcción, a todo costo, de una piscina para niños en el municipio de San Agustín, por un valor inicial de \$184.800.637.
2. El exgobernador JJCC, permitió que dicho contrato se celebrara pese a no reunir los requisitos legales que le eran exigibles, pues, en su fase previa no se aportaron los estudios técnicos necesarios, en especial, de suelos, además de no contar con interventoría y permisos pertinentes para el adecuado desarrollo de la obra, lo cual derivó, primero, en una adición contractual mediante la suscripción de un otrosí por un valor de \$233.042.109 y una adición de contrato de \$28.954.338 y, segundo, en una serie de suspensiones.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Normativa aplicable: se rige por las reglas de la ley 80 de 1993 / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Principios generales: aplicación para todos los contratos / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Modalidades de selección: contratación directa, procedencia / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Estudios previos al proceso de selección / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Adición de contrato: concepto y procedencia / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Adición de contrato: tope máximo, no podrá superar el cincuenta por

ciento (50%) de su valor inicial / **CONTRATO SIN**

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se configura: por ausencia de estudios previos idóneos

«[...] la Sala, al igual que el fallador de primer grado, encuentra acreditado: i) la condición de servidor público de JJCC y que, ii) en ejercicio de sus funciones como Gobernador, delegó la

suscripción del contrato No. [...] de 31 de diciembre de 2002.

Ahora, se tiene que, el contrato de obra No. [...], fue suscrito entre la Gobernación del Huila y la empresa [...] Ltda., el 31 de diciembre de 2002, por un valor inicial de \$184.800.637 y un plazo de ejecución de 90 días calendario, siendo su objeto la construcción, a todo costo, de una piscina para niños en el municipio de San Agustín.

Monto que permitía acudir a la contratación directa, pues de acuerdo con el presupuesto del ente territorial, no se superaba el límite fijado como de menor cuantía.

[...]

Por su parte, la modalidad de selección referida, esto es, de contratación directa, en el año 2002 - fecha de los hechos- se encontraba regulada por los postulados generales de la Ley 80 de 1993 y los específicos contenidos en el Decreto 855 de 1994.

Así, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 estipula que los procesos de contratación estatal se ajustarán a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, los cuales se desarrollan en los cánones 24, 25 y 26, respectivamente, de la misma legislación.

[...]

En el caso concreto, en aras de verificar si la fase previa del contrato [...] de 2002 cumplió con las exigencias legales, esta Corporación pudo determinar que el mismo tuvo su génesis en el proyecto denominado «Primera Etapa Centro Recreacional y Cultural», el cual fue elaborado por la Alcaldía del Municipio de San Agustín, que se encargó de su estructuración y diseño, incluyendo aspectos de orden técnico, fijando su concreción en varias etapas, siendo una de ellas la construcción de una piscina para niños.

Ahora, de acuerdo con la información recaudada en las oficinas de la Gobernación del Huila y aportada al presente proceso, se verifica que el mencionado proyecto, además de su presentación y justificación, fue acompañado por una serie de documentación compuesta por diseños arquitectónicos, planos eléctricos e hidráulicos, elementos a adquirir y cálculos respecto a las cantidades de obra que se deberían ejecutar en las distintas fases del mismo, echándose de menos la existencia de un estudio de suelos que pudiera respaldar, bien sea la idoneidad del terreno donde se adelantarian las obras, ora, las condiciones particulares del mismo a fin de identificar si las características técnicas de las construcciones a efectuar eran las

apropiadas, lo cual era exigible en virtud del principio de economía, propio de la contratación estatal, en punto al deber de planeación.

Así, aun cuando para la época de los hechos no se observa normatividad que de manera específica demande el aporte de un estudio de suelos en aquellos casos donde la administración pretenda la contratación de algún tipo de obra civil, los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 -en su redacción original- sí exigían que anterior a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, se elaboraran los estudios necesarios que determinarían el satisfactorio desarrollo de la labor contratada.

[...]

El objetivo de esos estudios es llegar a establecer las necesidades que determinen la utilización eficiente y eficaz de los recursos disponibles para la ejecución, en este caso, de la obra contratada, lo que, por ejemplo, se ajusta a aspectos de ingeniería básica de la propuesta que permitan realmente identificar o verificar su factibilidad técnica y mostrar todos los requerimientos para hacerlo correctamente funcional.

Bajo esa perspectiva, en el caso concreto se tiene que por ser el objeto del contrato [...] de 2002 la construcción de una piscina, era necesario que su fase previa se encontrara acompañada de un estudio de suelos que permitiera conocer las condiciones del terreno donde se desarrollaría tal tarea, de modo que, tanto la administración como el eventual contratista, supieran con una alta aproximación a la realidad cuáles eran las características topográficas de la zona a intervenir, el nivel freático de la misma y los demás componentes técnicos que permitieran establecer las obras a ejecutar, su cantidad, las características del material a emplear, así como los demás datos que pudieran incidir en el precio final del contrato, todo lo anterior como una clara forma de materializar la observancia del principio de economía.

No obstante lo anterior, tanto la Alcaldía de San Agustín como la Gobernación del Huila, pasaron por alto la inexistencia de dicho análisis y dieron viabilidad a la ejecución de un proyecto - construcción de piscina de niños-, sin contar con el concepto técnico idóneo que les permitiera tener la seguridad de que el espacio donde se adelantaría la obra era el indicado para tal fin y que los cálculos presentados eran los correctos o, por el contrario, ameritaban una revisión en punto de los conceptos a contratar, especificidad de los materiales, labores a efectuar o cantidades de obra a realizar.

Prueba de su inexistencia no es solo el hecho de no haber sido encontrado en la correspondiente carpeta del contrato [...] de 2002, conforme se establece de los informes de policía judicial No. [...] de 16 de mayo de 2018, donde se indicó que, de los folios allegados por la secretaria de Planeación Territorial del municipio de San Agustín, relacionados con el denominado “proyecto de la primera etapa centro recreacional y cultura - presupuestos y cantidades de obra”, ninguno contenía información acerca de los estudios de suelos; misma aseveración que concuerda con lo consignado en el informe de Policía Judicial No. [...] de 29 de mayo de 2013, resultado de la inspección judicial realizada a la oficina de archivo documental de la Gobernación.

Sino, igualmente, de las manifestaciones realizadas por el interventor de la obra [...]

Y es que no puede dejarse de lado que con el proyecto si se entregaron algunos documentos técnicos, a saber, diseños arquitectónicos, planos eléctricos e hidráulicos, elementos a adquirir y cálculos respecto a las cantidades de obra que se deberían ejecutar en las distintas fases del mismo, pero como se viene destacando no se incorporó aquel estudio de carácter geotécnico en la zona donde se disponía la construcción de la infraestructura ofertada, por la sencilla razón de que no se realizó.

Luego a través de esa testificación y las demás anunciadas, no puede tenerse como verificado la existencia del estudio referido, menos si en cuenta se tiene que sus respuestas tendrían el objetivo de librarse de cualquier tipo de responsabilidad ante el hecho de que aquellos habían viabilizado un proyecto que no contaba con los aspectos técnicos necesarios, situación que a su vez trascendió en el costo final del contrato analizado.

Ahora, sobre este aspecto, el mayor costo que en últimas demandó el desarrollo de la obra, no desconoce la Sala el hecho de que tratándose de la ejecución de obras las mismas están sometidas a la posibilidad de sufrir variaciones o reajustes que deriven en incrementos de precio o tiempos de ejecución; sin embargo, ello no puede hacerse por montos superiores al 50% de lo inicialmente pactado o, en relación con el plazo, bajo la lógica de que ello únicamente responda a situaciones no previsibles y no a la falta de planeación al momento de realizarse la fase previa del contrato.

Tal como ocurrió en este asunto, en el que se detectó que el departamento del Huila, por esa ausencia de planeación, tuvo que adicionar el valor del contrato en una cifra monetaria superior al 50% del costo inicial, pues a los \$184.800.637 iniciales le agregaron

\$261.996.447, lo cual equivale a un incremento del 141.77%, respecto del valor originario.

En igual sentido, en lo que a tiempo atañe, se determinó que el término inicial de ejecución de 90 días fue ampliado con el contrato adicional suscrito el 30 de diciembre de 2003, en 60 días, lo cual equivale a un 66.66% más, respecto del plazo originalmente establecido en el contrato [...] de 2002.

Situación que se identifica como una consecuencia de la ausencia del referido estudio de suelos, puesto que el otrosí y el contrato adicional al negocio jurídico [...] de 2002 fueron producto de la necesidad que le surgió a la administración de tomar medidas correctivas frente a la ejecución de la obra, ya que las particulares condiciones del terreno obligaron a variar factores medulares del contrato como son los volúmenes de excavación, especificaciones técnicas de la piscina y pactar la ejecución de obras adicionales, aspectos estos que pudieron ser advertidos si, de manera oportuna, se hubiera contado con el correspondiente estudio técnico que acá se echa de menos.

Y es que, si se revisan los ítems consignados en las modificaciones contractuales y los oficios y actas que los antecedieron o sucedieron, fácil se observa que corresponden a los gastos que generó la corrección de las inconsistencias que no se advirtieron frente a las cantidades de obras presupuestadas, cálculos estructurales y de cimentación, mismas que pudieron ser despejadas, como se indicó, con un estudio geotécnico que permitiera un diseño acorde con las características de los suelos objeto de intervención.

[...]

Esta información, deja expuesto que en la presentación del proyecto se faltó al deber de planeación, ya que bastaron 2 meses de ejecución de la obra para poder advertir que las cantidades de obra contratadas para la construcción de la piscina para niños en el municipio de San Agustín, eran manifiestamente inferiores a las realmente requeridas, situación esta que pudo ser fácilmente previsible, si los responsables de adelantar el mencionado proceso contractual hubieran exigido el aporte de los estudios técnicos necesarios para conocer las condiciones del terreno y la intervención que el mismo demandaba para la exitosa concreción de la piscina.

[...]

Entonces, el anterior análisis permite a la Sala manifestar que, contrario a lo sostenido por el recurrente, el contrato No. [...] de 2002, suscrito

entre la Gobernación del Huila y la empresa CONINT Ltda., no contó con la documentación técnica que permitiera conocer las condiciones del terreno sobre el cual se ejecutaría la obra allí contratada, contexto que conllevó la necesidad de incurrir en adiciones presupuestales y de tiempo que superaron el tope máximo previsto en el párrafo único del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, siendo ello un claro reflejo de la manifiesta inobservancia del deber de planeación por parte de la administración departamental.

El cual, si es reprobable al acusado, pues aun cuando el recurrente asegura que durante el trámite precontractual acá analizado, la Gobernación del Huila, representada por JJC, adoptó una serie de medidas orientadas a asegurar que dicha actuación se surtiera con la plena observancia de todas las exigencias técnicas y legales, la Sala encuentra que dicha labor resultó ser insuficiente e ineficaz.

En tal sentido, según la declaración entregada por el encartado, durante su gestión como Gobernador del Huila, las Secretarías Departamentales de Hacienda y Vías e Infraestructura, junto con el Departamento Administrativo Jurídico contaban con personal idóneo encargado de revisar que los diversos procesos contractuales cumplieran en todas sus fases con las exigencias técnicas y legales requeridas para su exitosa concreción.

Dicha labor, según comentó, fue reforzada con la contratación de la empresa [...] Ltda., la cual, mediante la intervención de un equipo interdisciplinario, tenía la obligación de confirmar que los procesos precontractuales cumplieran con las especificaciones técnicas y legales que permitieran un concepto de factibilidad.

No obstante, al indagarse al procesado sobre el modo cómo se cumplía la labor antes descrita, pudo constatar que la misma no pasaba de ser una mera verificación formal de documentos que no entrañaba ningún tipo de análisis que advirtiera la existencia de falencias técnicas que, de ser oportunamente corregidas, le evitara a la administración incurrir en riesgos innecesarios.

Relevante es acá recordar lo dicho por la testigo DHR, representante legal de la empresa consultora [...] Ltda., quien en su intervención dejó claro que la labor de ésta -[...] Ltda.- respecto de los procesos contractuales, no iba más allá de diligenciar una lista de chequeo que permitiera reconocer la mera existencia de una documentación mínima, ello sin detenerse a verificar si el contenido de la misma se ajustaba o no a la realidad, pues, como dijo, nadie acudía a inspeccionar el sitio donde tendría lugar las

obras, pues se confiaba en que los datos suministrados por los municipios eran ciertos y no ameritaban constatación.

[...]

De ese modo, es evidente que aun cuando con la celebración del referido contrato se tuvo la intención de contar con un personal calificado para constatar que los proyectos de electrificación, vías e infraestructura presentados ante la Gobernación del Huila contaran con los requisitos mínimos para impartirles viabilidad, lo cierto es que las facultades finalmente entregadas al contratista no resultaban ser lo suficientemente amplias como para ejercer una función de verificación desde el punto de vista técnico que permitiera observar las posibles deficiencias que se presentaban en los proyectos a examinar.

[...]

En ese sentido, resulta claro cuan insuficiente e irrelevante resultó en este caso constatar la existencia de una serie de documentos, en la fase previa del contrato [...] de 2002, cuando:

Los encargados de ejecutar dicha labor no repararon en la inexistencia de un estudio de suelos sobre el terreno donde se construiría la piscina de niños en el municipio de San Agustín; documento de gran importancia en el proceso precontractual, toda vez que el mismo marcaría pautas técnicas y de diseño que impactarían en el costo final del contrato y la calidad de la obra.

No se constató que el contenido de la documentación, en especial lo referente a los diseños y cálculos de la obra, correspondiera con la realidad del predio donde se ejecutaría la misma y con su magnitud, pues jamás se contempló la posibilidad de siquiera hacer una visita al lugar de la obra, previo a la celebración del contrato, con el único objetivo de verificar que los conceptos técnicos entregados por el municipio interesado, fueran los correctos, situación que derivó en la necesidad posterior de ajustar cantidades de obra contratadas y conceptos a ejecutar, haciendo así que, la administración debiera incurrir en mayores costos para poder culminar la construcción de la piscina.

Bajo esa perspectiva, no es cierto que la administración departamental del Huila, representada por el entonces Gobernador JJCC, adoptara y ejecutara los controles necesarios a fin de asegurar que el contrato [...] de 2002 contara con los estudios previos pertinentes, idóneos y fidedignos, que permitieran adelantar un proceso precontractual que cumpliera con los

postulados de economía y responsabilidad, previstos en la Ley 80 de 1993.

Por modo que, ha de indicarse que, hasta acá, no se advierte que el fallador de instancia incurriera en algún tipo de error en el proceso de valoración probatoria, pues, como viene de verse, la información recaudada a lo largo del presente trámite procesal da cuenta de que el contrato [...] de 2002, fue tramitado sin el lleno de los requisitos legales, en la medida que su fase previa no se acompañó de unos estudios previos idóneos que suministraran información cierta acerca de los conceptos y cantidades de obra a contratar y ejecutar.

Así las cosas, viable resulta concluir que, con la no realización del referido estudio de suelos en la fase previa a la celebración del contrato [...] de 2002, se desatendió los mandatos normativos contenidos en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, así como el previsto en el numeral 1° del canon 30 de la misma legislación, disposiciones legales estas que, en conjunto, desarrollan el deber de planeación como parte integral del principio de economía, propio de la contratación estatal»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Interventoría: no es requisito legal para que surja a la vida jurídica un contrato de obra / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Interventoría: es requisito de ejecución de los contratos de obra / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Licencia ambiental: requisito previo a la etapa de selección del contratista y a la firma del contrato

«[...], la Sala acompaña la postura del fallador de primer grado en el sentido de indicar que, si bien es cierto esos aspectos no son propios de las exigencias legales que constituyen la fase previa de la celebración del contrato de obra, no menos es que su inobservancia, en el caso concreto, llevó a producir una prolongada e injustificada dilación en el tiempo de ejecución del objeto contractual, lo cual, a todas luces, resulta ser refractario al deber de planeación, impactando directamente en el principio de economía.

En efecto, la no adecuada planeación del contrato [...] de 2002 hizo que este fuera suscrito, sin detenerse en que para dar inicio la obra, era necesaria la interventoría, razón por la cual, el mismo día que se firmó el acta de iniciación -29 de enero de 2003-, se suscribió la primera suspensión de obra, situación que se prolongó hasta el 19 de agosto 2003.

Tal evento, por sí solo, causó un perjuicio significativo a la administración, en la medida que la obra contratada, desde su estreno, registró

un retraso de 7 meses, al tiempo que derivó en el retraso para el trámite de los permisos ambientales necesarios en la ejecución del proyecto, pues los mismos sólo se pudieron solicitar cuando ya se contaba con la certeza de que la obra podía ponerse en marcha.

De manera que, aun cuando la preexistencia del contrato de interventoría no es requisito legal para que surja a la vida jurídica uno de obra, no puede desconocerse que tratándose de contratación estatal la ejecución de este no puede iniciarse sin la existencia de aquél, menos cuando, desde la misma fase precontractual, se ha anunciado la necesidad de contar con dicha figura.

En efecto, al revisar la documentación que acompañó al edicto No. 17 de 2022, en virtud del cual se efectuó la invitación para participar en el proceso que culminó con la celebración del contrato [...] de 2002, se observa que en el cuerpo del proyecto de minuta de contrato, en su cláusula tercera, se hace mención expresa sobre la existencia de la figura de interventoría y la función que su titular tendría ante la posible solicitud de prórroga del término de ejecución de la obra, luego es claro que la administración departamental siempre tuvo presente que el referido contrato no podría iniciarse, sin que previamente se designara o contratara el correspondiente interventor.

Así las cosas, no resulta desproporcionado exigir a los responsables de la contratación pública en el departamento del Huila que, a fin de evitar retrasos injustificados que redundaran en perjuicios económicos para el departamento, tramitaran de manera paralela al proceso de selección del contratista, el correspondiente contrato de interventoría.

En igual sentido debe reseñarse que, si la administración departamental sabía que la ejecución de la obra contratada requería del trámite y concesión de unos permisos ambientales, era propio del deber de planeación, conforme lo reseñado en el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, adelantar las gestiones pertinentes a fin de obtener esas licencias antes que se suscribiera el contrato [...] de 2002, pues con ese actuar también garantizaba que la ejecución del contrato no sufriera retrasos que, por su previsibilidad, resultaban ser innecesarios.

[...]

En suma, en el asunto sub examine sí existió una ausencia del deber de planeación en la celebración del contrato [...] de 2002, causada por la actitud pasiva de JJCC quien, de manera

deliberada, dejó de ejercer sus obligaciones como titular de la función contractual, permitiendo así que se celebrara un acuerdo de voluntades que, no contaba con exigencias que le eran connaturales para su normal desarrollo.

En síntesis, acertado resulta sostener que, la fase previa del contrato [...] de 2002 no cumplió con las exigencias legales que eran propias a su naturaleza, pues, de una parte, no existió un estudio de suelos que permitiera contar con información técnica precisa y veraz sobre las condiciones del terreno donde se ejecutaría la obra y, de otra, se permitió llegar a la suscripción del acuerdo de voluntades sin contar con una interventoría contratada ni los permisos ambientales para el tratamiento de materiales de cantera y granulados; eventos que resultan contrarios a las disposiciones contenidas en los artículos 25 -numerales 7 y 12- y 30 -numeral 1- de la Ley 80 de 1993, incurriéndose así, en un flagrante desconocimiento del principio de economía, por ausencia del deber de planeación, lo que de contera lleva a la concreción, desde el plano objetivo, del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Delegación: quien delega tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación: el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, pero si por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y control / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación: principio de responsabilidad subjetiva / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación y desconcentración: no deriva en la ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Principio de responsabilidad: celebrar un contrato de consultoría no es suficiente para evadir el deber de vigilancia y control / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - El gobernador a nivel departamental es el competente para celebrar contratos estatales / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Tipicidad subjetiva: dolo / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Frente al principio de confianza legítima / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Los principios de confianza y de buena fe no eximen de responsabilidad

«[...] sea lo primero mencionar que el objeto de dicho contrato, esto es, la construcción de una piscina para niños en el municipio de San

Agustín, hacía parte de un macroyecto -centro recreacional- que fue galardonado por la propia Gobernación en medio de un concurso que realizó, en aquella época, la Secretaría de Planeación Departamental, situación que por sí sola había impuesto la carga, en el ente territorial, de ejecutar dicha obra a modo de premio.

Notoriedad por virtud de la cual, JJCC, en su condición de mandatario departamental, conoció la existencia del proyecto, y como él mismo lo admitió en la versión rendida durante la audiencia de juicio oral, supo de unas iniciales falencias que presentaba el mismo.

Sobre el particular, el exgobernador en la sesión de audiencia de juicio oral llevada a cabo el 13 de junio de 2022, contó que el proyecto macro fue devuelto en varias ocasiones por el departamento al municipio de San Agustín, con el objetivo de que éste hiciera los ajustes y correcciones que le eran señalados -no entrega pormenores, resaltando que, en una ocasión, él mismo se encargó de poner en contacto al mencionado municipio con su equipo consultor -[...] Ltda.-, en cabeza de DH, para que ella se encargara de revisar el proyecto antes que se procediera con su radicación en el Banco de Proyectos del departamento.

Quiere decir lo anterior que, desde antes de darse inicio al proceso de selección de contratista, JJCC sabía que el proyecto del cual se derivaba la obra a contratar presentaba inconsistencias y que hubo la necesidad de proceder a su devolución, lo que ameritó, según él, la necesidad de que interviniera su consultora externa para que lo revisara, momento a partir del cual se desentendió del proceso, pues no dio detalles sobre acciones que haya emprendido con posterioridad para conocer la superación de los escollos observados y menos el lleno de requisitos legales.

Con lo que se tiene que fue su libre decisión delegar el trámite de dicho proceso contractual y, posteriormente, desentenderse del mismo, al punto que, por ejemplo, no consta en el plenario que él hubiera adoptado medidas orientadas a asegurarse que los yerros ya conocidos en la fase de creación e inscripción del proyecto, se encontraran corregidos al momento de abrirse el proceso de selección.

Asimismo, es dable sostener que tal era la falta de interés del exgobernador CC por ejercer labores de vigilancia y control respecto de su secretario de vías e infraestructura, que desde los propios actos de delegación pretermitió fijar una estrategia efectiva que le permitiera mantenerse al tanto del correcto avance de los procesos

contractuales y, a partir de ello, tomar las medidas preventivas y correctivas a que hubiera lugar.

[...]

Luego, se advierte que el Gobernador CC además de que fijó en sus delegados la función contractual, no les exigió reportes de cara al trámite de dichos procesos, esto es, que lo mantuvieran al tanto respecto de los avances y vicisitudes que se presentaran en los mismos e, incluso, que previo a adjudicar los contratos se le rindiera un informe indicándole quién sería el adjudicatario, junto con una justificación de la decisión, ello a fin de contar con al menos una posibilidad de enmendar cualquier error que pudiera comprometer los intereses de la administración.

Entonces, se aprecia que el exgobernador JJC, con conocimiento y de manera deliberada, se sustrajo de la dirección de esos procesos y no planteó mecanismos idóneos para minimizar los riesgos propios de la contratación estatal, pues no se aseguró de contar con efectivas herramientas para cumplir su deber de control y vigilancia, y con ello, se concluye que no fue de su interés corregir cualquier irregularidad, lo cual facilitó que se produjera un resultado como el que acá se analiza.

Situación que en nada varía si se mira, las explicaciones relacionadas con la existencia de filtros que permitían asumir al procesado la carencia de deficiencias en el proceso contractual.

[...] ni desde el objeto contractual antes destacado en esta providencia del contrato [...] de 2002 suscrito entre esa empresa y la Gobernación del Huila, representada por el acá procesado -quien en tal calidad lo suscribió-, ni de su ejecución se podía comprender que los procesos contractuales contaban con filtros especializados que permitían descartar la presencia de falencias trascendentes.

Y sea del caso precisar que, contrario a lo afirmado por el acusado, DH negó en su testimonio en juicio una aproximación al proyecto previo a su radicación en la Oficina de Planeación, como lo expresó CC cuando refirió que puso en contacto al encargado del proyecto en el municipio con esta profesional, en tanto representante de la consultoría, una vez fue devuelto el proyecto, a fin de enmendar las observaciones que lo causaron, pues, la declarante indicó que solo conoció de él cuanto fue pasado de la Oficina de Planeación a ellos, para el ya referido procedimiento de verificación documental. Situación que descarta, que de

alguna manera el exgobernador haya promovido acciones concretas para la adecuación del mismo.

Asimismo, se observa que el acatamiento de las labores desarrolladas por la empresa consultora, eran objeto de vigilancia por la Secretaría de Vías e Infraestructura, ya que esta dependencia tenía bajo su cargo la supervisión del contrato de consultoría No. [...] de 2002, tal y como se desprende de la cláusula séptima de ese acuerdo de voluntades y la propia manifestación de la representante legal de la firma, quien, en sesión del juicio oral, indicó que a aquella oficina era la que entregaba informes.

Lo cual muestra que, desde la suscripción del contrato de consultoría, se creó una especie de puerta giratoria, entre las labores de la empresa consultora y la Secretaría de Vías e Infraestructura, debido a que las gestiones desarrolladas en la fase precontractual por la primera y que impactaban directamente en la celebración de contratos por la Secretaría de despacho, debían ser a su vez, supervisadas por ésta última, situación que deja expuesto que el acto de control y vigilancia que el procesado asegura haber cumplido mediante la contratación de esa empresa, era ilusoria y con ello que, de forma notoria se estaba sustrayendo de sus obligaciones en materia contractual.

En otras palabras, JJC sabía que contratar una empresa consultora a fin de que esta ejerciera una supuesta labor de constatación formal en los procesos contractuales que se adelantaban en el departamento del Huila en virtud de un acto de delegación, era un acto inane que le serviría de fachada para eludir sus obligaciones de vigilancia y control, todo ello con el objetivo de permitir se celebrara contratos que, como el No. [...] de 2002, no reunían los requisitos mínimos para su suscripción.

[...] una vez el exgobernador CC delegó en su Secretario de Vías e Infraestructura el trámite y celebración del contrato [...] de 2002, de manera consciente y voluntaria procedió a desentenderse por completo de esa actuación, abandonando la obligación legal que le subsistía de ejercer control y vigilancia respecto del acto delegado, ello a fin de asegurarse que el proceso se surtía con la plena observancia de todos los requisitos legales y técnicos exigibles para ese asunto.

Tal omisión dio campo a que el personal a cargo de los procesos de revisión precontractual, cumplieran su tarea de manera deficiente, causando un perjuicio a la administración departamental, la cual tuvo que asumir después las consecuencias de orden patrimonial que se

traducen en una afectación al principio de economía, propio de la contratación estatal.

Ahora bien, pretende la defensa del encartado deslindarlo de las evidentes fallas en el trámite precontractual acá analizado, a partir de sostener que JJCC actuó prevalido del principio de legítima confianza, desconociendo que tal postulado no tiene aplicabilidad en este caso, las razones son las siguientes:

De vieja data esta Sala de Casación ha sostenido que, los funcionarios públicos que detentan la titularidad de la función contractual, no tienen la posibilidad de evadir su responsabilidad frente a los trámites de esa naturaleza, alegando que su proceder se encontraba amparado por la legítima confianza que habían depositado en quienes tenían a su cargo adelantar actuaciones anteriores o posteriores que podían presumirse dotadas de legalidad o acierto.

[...]

Congruente con lo señalado, vale la pena recordar que los numerales 2 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, son claros en señalar que el funcionario público en quien recae la titularidad de la función contractual, tiene la responsabilidad y manejo de dicha actividad, atribuciones estas de las cuales no puede despojarse en virtud del acto de delegación.

6.4.3. Vista la anterior cita normativa y jurisprudencial, evidente resulta que, aun cuando en aplicación de los conceptos de desconcentración y delegación administrativa distintos funcionarios de la Gobernación del Huila hubieran intervenido en la fase previa del contrato [...] de 2002, tal situación no exime de responsabilidad alguna al entonces Gobernador de ese departamento, toda vez que al ser él el titular de la función contractual, era su obligación legal la de ejercer labores de control, vigilancia y constatación que le permitieran contar con la seguridad de que el trámite se ajustaba a la normatividad aplicable al asunto.

Para la Sala resulta insuficiente que el procesado alegue haber confiado la función contractual a personal idóneo e interdisciplinario, si al final él, como Gobernador del Huila y titular de la función contractual, nunca desplegó acción alguna tendiente a comprobar si dicho acompañamiento estaba cumpliendo a cabalidad con sus funciones, dejando de esa manera a su suerte los trámites de contratación departamental.

Así las cosas, resulta improcedente que JJCC pretenda alegar la aplicación del principio de confianza legítima para exonerarse de responsabilidad penal en el presente asunto, ya

que, como se vio, desde su posición no le era dable despojarse de sus deberes y responsabilidades legales como titular de la función contractual en el departamento del Huila para el periodo en el que fungió como primer mandatario de ese ente territorial, razón por la cual se desestima la alegación que en tal sentido presentó el recurrente.

A lo que se adiciona, frente al interrogante del defensor de sí, en caso de demostrarse la existencia objetiva de la conducta endilgada a su defendido, era posible atribuirle a JJC un actuar doloso, esto es, que él en realidad quiso la materialización del resultado típico que:

Desde el preciso momento en el cual JJC tomó posesión de su cargo como Gobernador del Huila para el periodo 2001-2003, sabía que en él concurría la condición de ser ordenador del gasto a nivel departamental, así como la función contractual, según lo dispuesto en el literal b, del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, luego tenía pleno conocimiento y consciencia de que, en razón de su cargo, la Ley le había confiado la guarda y correcta administración de los recursos públicos.

Asimismo, era de conocimiento del procesado que, de acuerdo con lo normado en el artículo 12 de la mencionada legislación, era potestad suya delegar la facultad de contratación en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, todo lo anterior con el objetivo de asegurar un correcto funcionamiento de la administración pública y su debida salvaguarda.

De acuerdo con las manifestaciones realizadas por JJCC, tanto en su diligencia de indagatoria como en la versión que rindiera al interior de la audiencia de juicio, se sabe que dicho ciudadano era plenamente consciente sobre las responsabilidades legales y constitucionales que le concurrían en el ejercicio de su cargo como Gobernador.

Se constató que dado ese grado de conocimiento, el exgobernador CC suscribió el Decreto 1799 de 2002, en virtud del cual le delegó su facultad de celebrar contratos y ordenar el gasto, respecto de 118 proyectos, entre ellos la construcción de la piscina para niños en el municipio de San Agustín, en el ingeniero HQT, Secretario de Vías e Infraestructura del Departamento.

Es de resaltar cómo en tales diligencias el encartado refirió que tal actuación la desplegó con la plena consciencia de que era su facultad hacerlo y que, en consecuencia, quiso otorgarle a su secretario de Vías e Infraestructura tal potestad, en la medida que se trataba de una

persona capacitada para sacar adelante los procesos contractuales que allí le fueron confiados.

Para la Sala es claro que, así como JJC tenía la absoluta claridad sobre la facultad legal que le asistía para suscribir el acto de delegación contractual, también se encontraba dotado sobre la consciencia legal de que, al amparo de lo dispuesto en los numerales 2 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, tal proceder no tenía la potencialidad suficiente para exonerarlo de cualquier responsabilidad frente a los eventuales yerros que allí se llegaron a cometer.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto el hecho de que el encartado, en su indagatoria, señaló que con el objetivo de ejercer un control y vigilancia sobre los delegatarios, se les exigía un reporte periódico de sus actuaciones, mismo que era recibido por el Secretario Privado de Gobernación, quien a su vez se encargaba de incorporarlo al archivo correspondiente.

Para la Corte, tales acciones dejan entrever que JJCC tenía plena consciencia acerca de que el acto de delegación no lo eximía de ninguna responsabilidad, pues como él mismo lo admitió en sus intervenciones, dichas medidas tenían por finalidad minimizar los riesgos jurídicos y técnicos que suelen desprenderse de la actividad contractual, riesgos cuyas consecuencias suelen recaer en quien detenta la titularidad de la función contractual que, para el caso de los departamentos, es el respectivo Gobernador.

En todo caso, debe insistirse en el hecho de que tales medidas resultaron ser inocuas, pues finalmente el exgobernador CC nunca ejerció labores de control, vigilancia y constatación respecto a su delegado ni frente al personal al cual confió el trámite de proceso que culminó con la suscripción del contrato [...] de 2002, omisión esta que derivó en un quebranto a los principios generales que gobiernan a la contratación estatal.

Así las cosas, ha de resaltarse entonces que JJCC tenía pleno conocimiento y consciencia de que, desde el preciso instante en el cual asumió su cargo como Gobernador del Huila, adquiría la obligación de velar por la protección de la administración pública como bien jurídico penalmente tutelado, de manera que, cualquiera acción, omisión o, incluso, extralimitación que resultara contraria a tal objetivo, podría llegar a derivar en la comisión de alguna de las conductas delictuales previstas en el Título XV del Libro Segundo del Código Penal colombiano.

Bajo esa perspectiva puede sostenerse que, una vez el exgobernador CC decide de manera libre, consciente y voluntaria delegar en su Secretario de Vías e Infraestructura el trámite y celebración del contrato [...] de 2002, sabía que le persistía el deber de control, vigilancia y constatación propio del principio de responsabilidad en la contratación estatal, sin embargo, de una manera también libre, consciente y voluntaria opta por dejar de lado tal deber, lo cual se traduce en una omisión que termina por lesionar, dolosamente, el bien jurídico penalmente tutelado cuya protección le había sido confiada en razón de su cargo como primer mandatario departamental».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Delegación: excepcionalmente, en virtud del principio de confianza, exime al encargado de la contratación, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir su responsabilidad

«[...]A JJCC, en calidad de exgobernador del Huila, se le endilgó la comisión del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a partir de dos hechos concretos, el primero, haber permitido la celebración del contrato [...] de 2002, cuando el mismo, en su fase previa, no cumplió con las exigencias legales mínimas y, el segundo, haber suscrito el otrosí de ese contrato, debido a que ese negocio jurídico desconocía el límite de adición previsto en el parágrafo único del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

[...], contrario a la visión del defensor, los dos asuntos propuestos distan en su esencia y, por lo tanto, en su resolución.

Tratándose del caso concreto de la suscripción del otrosí al contrato [...] de 2002, el A quo tuvo en cuenta que el exgobernador CC actuó con ausencia de dolo en la medida que desplegó acciones para constatar si tal actuación se ajustaba a la legalidad. Para ello, presentó las correspondientes consultas al equipo jurídico de la Gobernación, mismo que luego de examinar antecedentes jurisprudenciales -concepto del 18 de julio de 2002 dado por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil bajo el radicado 1439- y presentar su concepto legal, le convenció de que ningún problema existía en punto de suscribir tal contrato, aun cuando dicho acto significara adicionar el negocio jurídico en un monto monetario y de tiempo, superior al 50% de los valores originalmente consignados en el contrato.

Tal actuación denota una diligencia por cuenta del procesado respecto de asegurarse si la actuación que estaba por concretar se ajustaba a

la legalidad, obteniendo como respuesta un documento de compleja comprensión, elaborado por personal especializado, que terminaba por conceptuarle de manera positiva respecto a la posibilidad de celebrar dicho acto.

De allí que, sobre el particular, ningún reproche podía efectuársele a JJC, pues ante la duda de si su proceder se ajustaba a la legalidad o no, acudió a su equipo jurídico a fin de que este absolviera su inquietud, es decir, agotó sus deberes de control y verificación, antes de firmar el aludido documento.

Tal proceder, al margen del grado de acierto, demuestra que era su interés ejecutar su labor en correcta forma, encontrándose con un concepto jurídico que, al ser de difícil comprensión dada la tecnicidad y especificidad del tema, no podía exigírsele que advirtiera el error en el cual estaba a punto de incurrir, situación que, se insiste, es precisamente la que lo releva de responsabilidad.

Ahora bien, contrario a lo anterior, en el caso de la fase previa del contrato [...] de 2002, JJC no ejerció ninguna labor de vigilancia, verificación y control, pues no consta en el expediente que en algún momento desplegara actividades tendientes a constatar que el personal designado para adelantar el proceso contractual, estuviera haciendo su trabajo de manera correcta y completa, situación que, como se expuso en acápites precedentes, terminó por lesionar el principio de economía, previsto en la Ley 80 de 1993»

PENA - Motivación: intensidad del dolo

Inicio

4. DELITOS DE LESA HUMANIDAD -

Prescripción: son delitos imprescriptibles, hasta que el sujeto es vinculado al proceso penal / LEY 1121 DE 2006 - Vigencia / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Alcance de la Ley 1121 de 2006

La Corte Suprema de Justicia examinó la demanda de casación presentada por el defensor de MNSR, contra la sentencia a través de la cual la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la providencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, que la condenó en calidad de coautora penalmente responsable del delito de homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo con el reato

«[...] la Sala de Primera instancia consideró que la intensidad del dolo se acentuó cuando, a sabiendas de que los destinatarios de la obra serían los niños y niñas del municipio de San Agustín, población especialmente protegida en virtud de lo normado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, JJC no adoptó medidas de vigilancia y control más severas en torno a la tramitación del contrato [...] de 2002, ello a fin de asegurar que ese grupo poblacional pudiera contar prontamente con una infraestructura recreacional que le asegurara su desarrollo armónico e integral.

Para esta Sala, tal postura no merece ningún tipo de cuestionamiento, ya que estima acertado exigir a los funcionarios públicos un grado de diligencia mayor cuando de por medio se encuentra los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes del país, ya que no puede ser admisible que su desarrollo y el ejercicio de sus derechos fundamentales se vea comprometido por actuaciones como la que acá se analizó, proceder este que puso innecesariamente en riesgo la existencia de un espacio recreacional idóneo, destinado a la población infantil del municipio de San Agustín.

En esa medida sí es posible deducir un mayor reproche a JJCC que justificara dentro del primer cuarto el incremento del mínimo de la pena en dos meses, cuando, a sabiendas que con el contrato [...] de 2002 se pactó la construcción de una obra que beneficiaría a una población con protección constitucional especial, de manera deliberada abandonó sus funciones de control, vigilancia y supervisión».

de desaparición forzada agravada, y autora del delito de concierto para delinquir agravado.

La Sala inadmitió la demanda, pero casó de oficio y de manera parcial la sentencia impugnada, en el sentido de decretar la nulidad parcial de lo actuado a partir del 28 de abril de 2020, por el acaecimiento del fenómeno de la prescripción de la acción penal respecto del delito de concierto para delinquir agravado. En consecuencia, cesó el procedimiento en favor de MNSR, exclusivamente por ese delito y redensificó la pena definitiva que debe cumplir la procesada.

Para ello, la Corte recordó que, frente a los delitos imprescriptibles, los términos prescriptivos, tanto en la etapa de investigación, como en la de juzgamiento, cobran vigor con lo estatuido en el artículo 83 y ss. del Código Penal, a partir del momento en que el investigado es identificado, individualizado y debidamente vinculado al proceso respectivo.

SP373-2023(63588) de 06/09/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 11 de mayo de 2002, el bus 820 de Flota La Macarena, se dirigía por la vereda Campo Alegre del municipio de Vista Hermosa, Meta. En él viajaba el ciudadano POFB. El bus fue detenido por 3 personas -2 hombres y 1 mujer- pertenecientes a un grupo paramilitar que hicieron descender del rodante a POFB quien era asistente técnico de la UMATA de Vista Hermosa.
2. Los 3 sujetos procedieron a ultimar al ciudadano POFB mediante el uso de armas de fuego que llevaban consigo; luego desmembraron su cuerpo y lo enterraron cerca del lugar del deceso.
3. Días después, la Cruz Roja le solicitó a las Autodefensas Campesinas del Meta y Vichada la entrega del cuerpo de POFB; empero, los altos mandos habían ordenado la exhumación del cadáver y su disposición en las aguas de un río.
4. La mujer que participó en estos hechos se identificó como MNSR.
5. Ejecutoriada la resolución de acusación, la competencia para el conocimiento de la etapa del juicio fue asignada al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, ante el cual se adelantó la fase de juzgamiento, que culminó el 27 de agosto de 2018, con el proferimiento de la sentencia, por medio de la cual se condenó a MNSR, a 40 años de prisión, multa en cuantía equivalente a 7.500 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años y la privación del derecho a la tenencia de armas de fuego por 4 años y 6 meses, luego de hallarla coautora penalmente responsable del delito de homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo con el reato de desaparición forzada agravada, y autora del delito de concierto para delinquir agravado.

6. En contra de la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, pero esta fue confirmada en todas sus partes por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 31 de octubre de 2022, decisión en contra de la cual el defensor de la procesada interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS DE LESA HUMANIDAD - Prescripción: son delitos imprescriptibles / **DELITOS DE LESA HUMANIDAD** - Prescripción: son delitos imprescriptibles, hasta que el sujeto es vinculado al proceso penal / **PRESCRIPCIÓN** - Delitos de lesa humanidad / **PRESCRIPCIÓN** - Término a tener en cuenta / **PRESCRIPCIÓN** - Interrupción del término / **PRESCRIPCIÓN** - Concierto para delinquir agravado / **PRESCRIPCIÓN** - Declaratoria en el trámite casacional: por medio de la nulidad de la sentencia y la cesación de procedimiento / **LEY 1121 DE 2006** - Vigencia / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Alcance de la Ley 1121 de 2006 / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena: por prescripción de uno de los delitos

«La Corte, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en la actuación, advierte necesario realizar un pronunciamiento oficioso, en orden a restablecer los derechos de la acusada, en los siguientes términos.

A manera de proemio, se debe indicar que el artículo 16 de la Ley 1719 de 2014 -norma que no se encontraba vigente para el momento de la comisión de los hechos-, por medio del cual se modificó el artículo 83 del Código Penal, dispone que «La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible»; sin embargo, la Corte, de manera reiterada, ha señalado, frente a los delitos imprescriptibles, que los términos prescriptivos, tanto en la etapa de investigación, como en la de juzgamiento, cobran vigor con lo estatuido en el artículo 83 y ss. del Código Penal, a partir del momento en que el investigado es identificado, individualizado y debidamente vinculado al proceso respectivo (CSJ SP145-2015, Rad. 45795; CSJ SP2546-2018, Rad. 52747; CSJ SP4281-2020, Rad. 55649).

Hecha la anterior precisión, el artículo 83 del Código Penal dispone que «la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad».

Así mismo, el artículo 86 ibidem dispone que la prescripción de la acción penal se interrumpe, en procesos adelantados bajo el trámite de la Ley 600 de 2000, con la ejecutoria de la resolución de acusación, y se vuelve a contar el término por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, el cual no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

En la resolución que resolvió la situación jurídica -13 de septiembre del 2013- y en la que calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en primera -6 de febrero de 2014- y en segunda instancia -28 de abril de 2014- la fiscalía le enrostró a MNSR la comisión del delito de concierto para delinquir agravado, entre otras conductas, y se indicó de manera categórica que las penas correspondían a las descritas en el artículo 340 del Código Penal con la modificación introducida por el artículo 8° de la 733 de 2002, sin que se hubiese hecho mención a la modificación introducida posteriormente por la Ley 1121 de 2006, norma que fue expedida el 29 de diciembre de ese año, que entre otras cosas, aumentó las penas para ese comportamiento.

Por otro lado, la fiscalía nunca delimitó hasta que fecha MNSR perteneció al bloque centauros de las autodefensas campesinas de Córdoba y Urabá, frentes Meta y Guaviare, no obstante, dentro del presente asunto aparece acreditado que dicha organización se desmovilizó en dos bloques, el 2 de septiembre de 2005 y el 11 de abril de 2006, fechas para las cuales no se encontraba vigente la Ley 1121 del 2006, de modo que esta última norma no podrá ser tenida en cuenta para efectos de examinar si en este asunto operó el fenómeno de la prescripción por el delito de concierto para delinquir agravado.

Dicho esto, el delito de concierto para delinquir agravado descrito en el inciso 2° del artículo 340 del Código Penal, establece una pena de 6 a 12 años de prisión. De esta manera, el término prescriptivo para el anotado delito, durante la fase de juzgamiento, es de 6 años.

En ese orden, objetivamente se observa que la resolución de acusación del 6 de febrero de 2014, cobró ejecutoria el 28 de abril de 2014, fecha en la que se resolvió el recurso de apelación, lo que implica que el tiempo con que contaba el Estado para juzgar a la procesada, por el delito de concierto para delinquir agravado, venció el 28 de abril de 2020.

Para la fecha en que acaeció el fenómeno prescriptivo -28 de abril de 2020-, aun no se había emitido la decisión de segunda instancia -lo que ocurrió el 31 de octubre de 2022-, de modo que, cuando el proceso fue remitido a la Corte -11 de abril de 2023- y al momento en el que fue radicado y repartido ante esta Corporación -13 de abril de 2023-, ya la acción penal por este delito se encontraba prescrita.

En consecuencia, como el término máximo con el cual contaba el Estado para ejercer la facultad sancionadora de la cual es titular, feneció el 28 de abril de 2020, la Corte declarará la nulidad parcial de lo actuado -solo respecto del punible de concierto para delinquir- a partir de esa fecha y, consecuentemente, se decretará la prescripción de la acción penal derivada del delito de concierto para delinquir agravado, por lo que, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, se dispondrá la cesación del procedimiento a favor de la procesada MNSR.

En esas condiciones, la Sala redosificará la pena definitiva que debe cumplir la procesada, para lo cual se conservarán los parámetros considerados por el sentenciador».

Inicio

5. DEMANDA DE CASACIÓN -

Desistimiento: extemporáneo / **CASACIÓN** -
Desistimiento: la Sala no lo acepta / **CASACIÓN OFICIOSA** - Orden de retorno para casación oficiosa: es una decisión del resorte exclusivo de la Sala / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -
Casación: desistimiento, improcedente cuando el recurso ya fue decidido con fallo o con auto inadmisorio

La Corte Suprema de Justicia casó parcialmente, de oficio, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de esa ciudad en contra de JASL, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en el sentido de dejar sin efectos la pena accesoria impuesta, consistente en la “prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal”.

La mencionada decisión se fundamentó en que el juzgador de primera instancia no explicó por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de conductas semejantes. Por su parte, el Tribunal no corrigió esa situación irregular.

Previo a la resolución de fondo del asunto, la Corte no aceptó el desistimiento presentado por el procesado y coadyuvado por su defensor, por cuanto el recurso de casación ya había sido inadmitido, y la orden de retorno para casación oficiosa es una decisión del resorte exclusivo de la Sala, sobre la cual las partes no tienen disponibilidad.

SP402-2023(60382) de 20/09/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 8 de septiembre de 2015, las directivas del complejo carcelario La Picota, ubicado en la ciudad de Bogotá, dispusieron una labor rutinaria de control.
2. En desarrollo de la misma, dos perros entrenados para detectar estupefacientes asumieron un comportamiento compatible con la presencia de ese tipo de sustancias en uno de los casilleros ubicados en el recinto destinado al descanso de los guardias.

3. Al verificar que el “locker” estaba siendo utilizado por el dragoneante JASL, éste, voluntariamente, procedió a su apertura, lo que permitió la incautación de 2275.5 gramos de marihuana.
4. El 29 de julio de 2019, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá lo condenó a 144 meses de prisión, multa equivalente a 248 salarios mínimos legales mensuales vigentes, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (Art. 43.1) y prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal (Art. 43.8). Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.
5. El recurso de apelación interpuesto por la defensa activó la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena. Lo anterior, mediante proveído del 29 de mayo de 2020, que fue objeto del recurso de casación por el mismo sujeto procesal.
6. Mediante auto del 26 de julio último, la Sala inadmitió la demanda de casación. Dispuso que, una vez surtido el trámite de insistencia, el expediente regresara al despacho del magistrado ponente, para evaluar la posibilidad de casar parcialmente y de oficio el fallo confutado, en lo que concierne a la pena accesoria de prohibición de consumir sustancias estupefacientes.
7. El 3 de agosto último, el procesado desistió del recurso extraordinario de casación. Luego, esta decisión fue coadyuvada por su defensor.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSOS - Desistimiento: podrá ejercerse antes de que el funcionario judicial los decida / **DEMANDA DE CASACIÓN** - Desistimiento: extemporáneo / **CASACIÓN** - Desistimiento: la Sala no lo acepta / **CASACIÓN OFICIOSA** - Orden de retorno para casación oficiosa: es una decisión del resorte exclusivo de la Sala / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: Desistimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: desistimiento, improcedente cuando el recurso ya fue decidido con fallo o con auto inadmisorio

«El artículo 199 de la Ley 906 de 2004 permite desistir del recurso de casación, hasta antes de que la Sala lo decida.

El recurso debe entenderse decidido cuando se dicta fallo de casación y cuando se inadmite integralmente la demanda, pues en este último caso se está resolviendo en forma definitiva sobre su procedencia.

En este asunto, la Sala, mediante auto del 26 de julio último, inadmitió todos los cargos de la demanda y dispuso el retorno de las diligencias a despacho para verificar de oficio la legalidad de la pena accesoria de prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal.

Antes del pronunciamiento oficioso, el procesado, coadyuvado por su defensor, desistió del recurso.

Esta pretensión resulta improcedente por carencia de objeto, toda vez que el recurso ya fue inadmitido, pero, además, porque la orden de retorno para casación oficiosa es una decisión del resorte exclusivo de la Sala, sobre la cual las partes no tienen disponibilidad.

Por tanto, se negará el desistimiento expresado»

PENA ACCESORIA - Prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas / **PENA ACCESORIA** - Determinación discrecional del juez: parámetros / **PENA ACCESORIA** - Debida motivación / **PENA ACCESORIA** - Debe tener relación directa con la realización de la conducta punible

«El artículo 52 del Código Penal dispone que las penas accesorias “las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”.

La misma norma establece que en la imposición de penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59 ídem. Este, a su vez,

dispone que “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

Además de su expresa consagración legal, esta carga motivacional desarrolla importantes postulados constitucionales, como la dignidad humana, la obligación del Estado de proteger los derechos de los ciudadanos y, consecuentemente, el deber de motivar suficientemente cualquier restricción de los mismos.

El tema ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial a través de los años, en el mismo sentido indicado en precedencia (CSPSP, 15 dic 1999, Rad. 11.981; CSJSP7468, 30 nov 2016, Rad. 48193, entre muchos otros).

En el presente caso, el Juzgado impuso la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 8°, del Código Penal, sin dedicar una sola línea a explicar por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de conductas semejantes. El Tribunal no corrigió esa situación irregular.

De entrada, se advierte una contradicción en esta materia, porque el procesado no fue condenado por su adicción a las drogas (ello, hipotéticamente, pudo haber generado alguna controversia sobre la destinación del alucinógeno que le fue incautado), sino porque almacenaba una considerable cantidad de marihuana, con una clara destinación al consumo de terceros.

Por lo anterior, se casará parcialmente, de oficio, el fallo condenatorio, solo en lo que concierne a la pena de prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la que se dejará sin efectos. En los demás aspectos, la referida decisión se mantendrá incólume».

Inicio

6. DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales no determinan el marco de punibilidad y se aplican después de individualizada la pena / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales, modifican el quantum de la sanción ya determinada / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: las conductas postdelictuales que inciden en la pena son diferentes a las circunstancias delictuales

La Corte Suprema de Justicia, resolvió el recurso de casación promovido por las víctimas, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual fue confirmada la condena impuesta a WFLO por hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con uso de menores en la comisión de delitos.

La Sala casó parcialmente la sentencia, para fijar en 126 meses tanto la pena de prisión como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a WFLO.

Para el efecto, la Corte explico que, en el presente caso, el correcto entendimiento del artículo 31 del Código Penal, les imponía a los juzgadores, no solo identificar los extremos punitivos y el cuarto de movilidad de cada pena individualmente considerada, sino también culminar el proceso de determinación con la aplicación tanto de los criterios indicados en los incisos 3 y 4 ídem como de las normas que modifican su quantum por circunstancias posdelictuales, para después sí - no antes- escoger como pena base la más grave.

SP304-2023(56099) de 02/08/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Salvamento de voto:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. A las 8:25 de la noche del 11 de enero de 2017, WFLO junto con tres personas más - entre estas dos menores de edad-, ingresaron a la vivienda ubicada en Bogotá, sin autorización de su residente, quien para ese momento se hallaba dentro del inmueble en compañía de dos de sus sobrinos de 7 y 11 años.
2. El acusado y sus compinches amenazaron a los moradores con armas blancas y una de fuego y se apoderaron de bienes muebles, avaluados en \$4.650.000.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos: individualización de la pena en concreto, motivación / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales no determinan el marco de punibilidad y se aplican después de individualizada la pena / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales, modifican el quantum de la sanción ya determinada / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: las conductas postdelictuales que inciden en la pena son diferentes a las circunstancias delictuales / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Fenómenos postdelictuales / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: para determinar la conducta más grave no se tienen en cuenta fenómenos postdelictuales / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, delito más grave

«El artículo 31 del Código Penal señala que quien con una sola acción o una omisión o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, “quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza”, aumentada hasta en otro tanto, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, “debidamente dosificados cada uno de ellos”.

Conforme con la precitada disposición, la pena base a partir de la cual se debe tasar la sanción definitiva en los casos de concurso, es la correspondiente a la “más grave según su naturaleza” y para determinar cuál satisface este criterio, ciertamente es necesario individualizar cada una de ellas, lo cual se surte como se indica a continuación:

La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (art. 60 del C.P.); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ídem (CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856). (Subrayado fuera de texto).

Le asiste razón a la delegada de la Fiscalía -quien se opuso a la demanda-, en el sentido de que la disminución punitiva por fenómenos posdelictuales, -los cuales difieren de las circunstancias que concurren con la comisión del delito- no afectan el rango o extremos mínimo y máximo de punibilidad, sino que modifica el quantum de la sanción ya determinada en aplicación de los criterios indicados en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que para la selección de la “pena más grave según su naturaleza” en los casos de concurso de conductas punibles, el juzgador debe ceñirse exclusivamente a la pena tasada en aplicación de los artículos 60 y 61 del C.P., esto es, sin considerar las circunstancias posteriores al delito que modifican la tasación punitiva.

La Corte en AP, 24 sep. 2014, rad. 43439 y SP1286-2015, rad. 38076 acogió la tesis según la cual, en situaciones de concurso se requiere primero determinar las penas individualmente consideradas con la aplicación inclusive de las

normas modificadoras del quantum de la sanción en virtud de fenómenos posdelictuales.

[...]

En la misma sentencia también se indicó que la selección de “la pena más grave según su naturaleza”, impone al juzgador escoger, entre las penas aplicables -de idéntica naturaleza- la que afecta con mayor intensidad “los intereses del sentenciado”. De manera que, por ejemplo, frente a varias penas privativas de la libertad, se debe tomar como pena base la de “mayor duración” y frente a sanciones pecuniarias, “la de mayor cuantía”.

Esta postura es jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en AP5772-2016, rad. 47975; AP4987-2018, rad. 50518; AP3160-2019, rad. 50993 y AP3282-2021, rad. 58366, entre otras providencias.

WFLO fue condenado en las instancias por hurto calificado agravado (artículos 239, 240 -inciso 5- y 241.10 del C.P.) en concurso heterogéneo con “uso de menores en la comisión de delitos” (artículo 188D idem).

La pena principal por hurto calificado agravado individualmente considerada fue tasada a partir del mínimo del primer cuarto (144 meses de prisión) y disminuida a 72 meses por reparación (en el 50%), en aplicación del artículo 269 del Código Penal.

Hasta aquí nada se discute en la demanda.

Ahora bien, el quantum de 72 meses atrás mencionado, en las instancias fue adoptado como la pena base a partir de la cual se incrementó en otro tanto (10 meses) por el concurso heterogéneo con el delito de uso de menores en la comisión de delitos cuya pena mínima es de 120 meses.

El Tribunal sustentó la anterior operación en la premisa según la cual, en los eventos de concurso de conductas punibles, la selección dispuesta en el artículo 31 del C.P. de la sanción más grave según su naturaleza “se debe realizar después de que se haya escogido el cuarto en el cual se aplicará la pena y no teniendo en cuenta la pena básica establecida para cada delito por el legislador”. Criterio a partir del cual entendió que para la selección de la pena más grave simplemente se debe comparar cada uno de los respectivos cuartos en los que concierne tasar la pena individual de cada conducta.

Fue así como, frente a los cuartos mínimos aplicables tanto para “hurto calificado agravado” (de 144 a 192 meses de prisión) como para “uso de menores de edad para la comisión de delitos” (de 120 y 150 meses), señaló que “la pena más grave es la primera”, sin consideración alguna a que el quantum punitivo de 144 meses fijado por el a quo para el delito contra el patrimonio económico fue disminuido a la mitad por reparación, es decir a 72 meses, en aplicación del artículo 269 del C.P.

Pese a que los juzgadores no desconocieron que la pena base en los casos de concurso debe ser la “más grave según su naturaleza”, con la manera en que comprendieron este significativo legal fijaron como pena base la menos grave -72 meses-, en sentido contrario al señalado en el Ordenamiento.

Conforme con lo ya precisado en el numeral anterior (5.2.1.), “la pena más grave según su naturaleza” corresponde a la mayor de las sanciones entre las que afecta el mismo derecho (libertad personal, peculio, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, etc.), tras haber sido completamente individualizadas cada una de ellas.

El correcto entendimiento del artículo 31 del Código Penal, les imponía a los juzgadores en el presente caso, no solo identificar los extremos punitivos (artículo 60 del C.P.) y el cuarto de movilidad (artículo 61 incisos 1 y 2) de cada pena individualmente considerada -como en efecto hicieron-, sino también culminar el proceso de determinación con la aplicación tanto de los criterios indicados en los incisos 3 y 4 idem como de las normas que modifican su quantum por circunstancias posdelictuales, para después sí -no antes como equivocadamente lo llevaron a cabo- escoger como pena base la más grave.

Por tanto, la sentencia está incurso en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del texto normativo contenido en el artículo 31 del Código Penal.

Este yerro, como se verá más adelante, trascendió en el quantum tanto de la pena principal como de la sanción accesoria impuesta al acusado, en detrimento del abstracto derecho de la víctima a la justicia, el cual se concretiza -para este caso- en el derecho a que se imponga una pena justa, esto es, dentro de los límites jurídicos que rigen su cuantificación, lógicamente sin quebrantar garantías fundamentales del procesado».

Inicio

7. ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **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** - Sala de Casación Penal: rechaza argumentos basados en estereotipos machistas y misóginos que revictimizan a la mujer / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad / **DELITOS SEXUALES** - Conductas denominadas de «puerta cerrada» o de «privacidad», en las que el sujeto agente, por lo general, actúa sin la presencia de testigos / **DELITOS SEXUALES** - Síndrome de adaptación paradójica: concepto

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la impugnación especial promovida por el defensor de JFCM, quien luego de ser absuelto por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao por el concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, fue condenado por el Tribunal de Antioquia como autor de uno de tales punibles.

La Corte confirmó la sentencia condenatoria, al considerar que, se demostró más allá de duda razonable, el contexto de sometimiento sexual de la víctima contra su voluntad, así como que mostraba características propias del Síndrome de Adaptación Paradójica; por lo que, acertó el Tribunal al decidir el asunto con perspectiva de género, soportado no únicamente en leyes y preceptos constitucionales y supraconstitucionales, sino en pronunciamientos de la Corte sobre el particular.

De otro lado, aclaró que, el análisis judicial en delitos como el aquí investigado, requiere el enfoque de género, en orden a contextualizar y definir episodios ocurridos antes, con ocasión y luego de la violencia ejercida sobre la mujer, orientados a verificar si medió una relación asimétrica de poder caracterizada por prácticas derivadas de prejuicios sociales, estereotipos machistas o patriarcales, o religiosos. Además, recordó que, 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.

Aunado a lo anterior, resaltó que, en virtud del principio de libertad probatoria, los elementos del delito de acceso carnal violento pueden ser acreditados con cualquier medio demostrativo válido, máxime cuando, por regla general, se comete en un ámbito privado y es por ello que se ha denominado delito de puerta cerrada y, es frecuente que únicamente se cuente con la prueba directa derivada del testimonio de la víctima.

Finalmente, la Sala de Casación Penal rechazó los argumentos de la defensa, basados en estereotipos machistas y misóginos que revictimizan a la mujer.

SP451-2023(64028) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la época comprendida entre el año 2009 y el 14 de octubre de 2015, los esposos JFC y NAA residieron en los municipios de Pacho, Ubaté, Samacá, Sogamoso y finalmente Urrao.
2. Durante tal periodo, JFC de manera reiterada y sucesiva accedió carnalmente a su cónyuge por vía vaginal y anal, de manera violenta y sin su consentimiento, para lo cual la golpeaba, la sujetaba por el cuello, la agredía verbalmente y la amenazaba de muerte si no accedía a tener relaciones sexuales con él.
3. La última vez fue el 14 de octubre de 2015, cuando una vez más la golpeó en el cuello y la condujo a una habitación donde la accedió en la forma indicada, razón por la cual ella gritó muy fuerte para ser asistida por sus vecinos.
4. Al día siguiente, JFC le expresó a NAA “que ella era su esposa y tenía que corresponderle como tal”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Su uso por parte del juez no implica violación al principio de imparcialidad judicial / **FALSO RACIOCINIO**

- Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido

«Para comenzar se impone advertir que si bien la Fiscalía en la imputación y la acusación refirió la comisión de un concurso homogéneo sucesivo de delitos de acceso carnal violento agravado, en el fallo proferido por el Tribunal se precisó que únicamente se procedía por el comportamiento realizado el 14 de octubre de 2015 en el municipio de Urrao, pues sobre los ocurridos en Pacho, Ubaté, Samacá y Sogamoso no se efectuó imputación fáctica alguna.

Como el impugnante afirmó que el Tribunal no tuvo en cuenta los postulados y estándares del derecho probatorio, de manera que “se desconoció la Constitución, así como las normas de orden público”, constata la Sala que no se ocupó de la perspectiva de género señalada por el Tribunal, la que encuentra soporte no únicamente en leyes y preceptos constitucionales, sino en pronunciamientos de la Corte sobre el particular.

En tal sentido, el artículo 1 de la Ley 248 de 1995, por medio de la cual se aprobó la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, establece:

“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

El inciso primero del artículo 2 de la Ley 1257 de 2008 que tiene por objeto “la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional”, dispone:

“DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”.

También debe ser mencionada la Ley 1542 de 2012, que tiene como fin “garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la

mujer”.

Por su parte, la jurisprudencia ha precisado que el delito de acceso carnal violento no requiere para su configuración que el sujeto pasivo realice actos de resistencia o de defensa y tanto menos puede colegirse que la falta de vehemencia en el rechazo estructure una especie de consentimiento de la víctima, de manera que el análisis del proceder de ésta es irrelevante, pues no es procedente abordar sus calidades y condiciones, y tanto menos afirmar que debió comportarse de tal o cual forma para evitar la comisión del punible.

De otro lado, se tiene que el análisis judicial en delitos como el aquí investigado, requiere el enfoque de género, en orden a contextualizar y definir episodios ocurridos antes, con ocasión y luego de la violencia ejercida sobre la mujer, orientados a verificar si medió una relación asimétrica de poder caracterizada por prácticas derivadas de prejuicios sociales, estereotipos machistas o patriarcales, o religiosos, como ha ocurrido en este caso.

Profusamente la Sala ha resaltado el imperativo de diligencia debida en materia de protección a las mujeres, conforme a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belem do Pará), todo lo cual ha determinado una reorientación de la labor investigativa, en procura de visibilizar las circunstancias reales bajo las cuales ocurre la violencia y la discriminación que afectan a este grupo poblacional, históricamente víctima de desafueros.

Las mencionadas convenciones, al reconocer derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto conforme al artículo 93 de la Constitución, de manera que no solo obligan al Estado colombiano y generan deberes como los indicados en precedencia, sino que constituyen parámetro de control constitucional.

Desde luego, lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio, la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que fracture la imparcialidad, pues la ponderación de las pruebas debe estar guiada por criterios generales de racionalidad a fin de dar por acreditada o no, la responsabilidad del procesado. A lo que no pueden acudir los funcionarios judiciales es a la utilización de estereotipos y prejuicios machistas o patriarcales

para fundar sus decisiones, como se deriva de los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, relativos al curso de la investigación y la práctica y ponderación de las pruebas en casos de violencia sexual, sin desconocer caros principios como la presunción de inocencia del acusado y la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía.

En suma, el enfoque o perspectiva de género, corresponde a un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público y les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, identifiquen, cuestionen y superen la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres a partir de preconceptos machistas y androcéntricos, pues de lo contrario incurren en un falso raciocinio soportado en insostenibles “reglas de la experiencia”, que conduce a la violación indirecta de la ley sustancial.

Como viene de verse, carece de razón el recurrente al aducir que el fallo del Tribunal no se ajustó a los estándares del derecho probatorio y por ello desconoció la Constitución y las normas de orden público.

Como el defensor resaltó el acierto del Juez de primer grado al proferir el fallo absolutorio en favor de su representado, advierte la Sala que tal funcionario, en el marco de una apreciación de los elementos probatorios sin perspectiva de género, echó de menos pruebas médicas y psicológicas, historias clínicas y constancias de atenciones especializadas en salud en orden a corroborar lo declarado bajo juramento por la víctima, pese a que ella en detalle dio cuenta del contexto de violencia sexual que soportó durante varios años por parte de su esposo JFC, convencida que por mandatos religiosos debía someterse a la voluntad de su cónyuge, además del miedo que le infundía una posible reacción de él, hasta el último episodio del 14 de octubre de 2015 en el municipio de Urrao.

A su vez, en el fallo de primera instancia fueron descartadas las declaraciones de familiares de NA, esto es, de LAC (hermana), FRA (madre) y de ACA (hijo), por no haber presenciado directamente los accesos carnales violentos de los que fue víctima y no tuvo en cuenta lo expuesto por ellos, se repite, en el ámbito del contexto, sobre la violencia que el acusado ejercía sobre aquella y, lo más importante, los gritos que escuchaba su hijo desde la habitación contigua a aquella en la cual estaba su progenitora con CM»

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración por cualquier medio probatorio / **ACCESO**

CARNAL VIOLENTO - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad / **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 / **DELITOS SEXUALES** - Síndrome de adaptación paradójica: concepto

«Como también el defensor manifestó que la Fiscalía no exhibió un dictamen sobre el estado de salud de la víctima, tanto mental como físico, en procura de probar que fue abusada sexualmente, considera la Corte que tal planteamiento, en primer lugar, desconoce el principio de libertad probatoria, en virtud del cual los elementos del delito pueden ser acreditados con cualquier medio demostrativo válido. En segundo término, pretende crear una especie de tarifa legal respecto de la acreditación del delito de acceso carnal violento, no establecida por el legislador. Y, en tercer lugar, el más importante, desconoce la perspectiva o enfoque de género que a partir de la Constitución y normas nacionales e internacionales, vincula a los funcionarios judiciales en sus apreciaciones probatorias, como a espacio se abordó en esta providencia.

En cuanto se refiere a la queja del recurrente, referida a que no se probó la espiritualidad de NAA o su pertenencia a una religión, pues ella declaró que a partir de pasajes bíblicos asumió que como esposa de CM estaba llamada a soportar los agravios sexuales a los que la sometía, advierte la Sala que los medios probatorios echados de menos respecto de los referidos aspectos, resultan manifiestamente impertinentes con relación al tema de la prueba, pues si la víctima tenía creencias o valoraciones religiosas que la llevaban a justificar el proceder de su esposo, no por ello el comportamiento lesivo del bien jurídico de la libertad sexual podría descartarse por vía de considerarlo atípico o encontrar una causal de justificación.

Lo cierto es que se demostró más allá de duda razonable, el contexto de sometimiento sexual de la víctima contra su voluntad.

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

vigentes”.

Por su parte, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General N°. 48 de 20 de diciembre de 1993), incluyó, como acto de violencia, entre otros, la violación sexual por parte del esposo.

Acertadamente se afirmó en el fallo del Tribunal que NA mostraba características propias del Síndrome de Adaptación Paradójica, en virtud del cual, las mujeres víctimas de violencia de género desarrollan un paradójico vínculo afectivo con el maltratador, llegando a justificar su proceder, aceptar sus excusas y arrepentimientos luego de cada agresión y descartar la posibilidad de denunciarlo o de abandonarlo».

ENFOQUE DE GÉNERO - Sala de Casación Penal: rechaza argumentos basados en estereotipos machistas y misóginos que revictimizan a la mujer

«Como para culminar su escrito, el defensor manifestó que “los presuntos abusos no han de ser más que falsos, ya que después de compartir tanto tiempo con una pareja y procrear hijos, resulta poco probable el hecho de querer abusar de tu cónyuge”, corresponde a la Corte rechazar con vehemencia tal argumentación

desafortunada, en la que sin demostración alguna se introducen asertos de raigambre machista en el ámbito sexual, en procura minar la credibilidad de lo expuesto por la víctima y descartar la comisión del delito investigado.

El planteamiento del impugnante revictimiza a NA, pues además de soportar los vejámenes sexuales realizados por su cónyuge, es tratada como mentirosa al declararlos bajo juramento en un juicio, alegación inadmisibles conforme a los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en la Constitución (artículos 13 y 16).

También contraría el artículo 5, literal a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada mediante Ley 51 de 1981 y ratificada el 19 de enero de 1982), según el cual, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Inicio

8. FRAUDE DE SUBVENCIONES - Trámite legislativo / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Elementos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica por el juez, procedencia, de fraude procesal a fraude de subvenciones

La Corte Suprema de Justicia, después de verificar que no se presentó solicitud de insistencia frente a la providencia que inadmitió la demanda de casación incoada por el defensor de LMNF contra la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, examinó ese fallo oficiosamente.

La Sala casó oficiosamente la sentencia analizada para, en su lugar, declarar que el delito cometido por LMNF corresponde al de fraude de subvenciones. Además, declaró la prescripción de la acción penal derivada de ese delito y, en consecuencia, decretó la preclusión de la actuación.

Lo anterior, en consideración a que, la procesada fue condenada por el delito de fraude procesal,

pero la Ley 1474 de 2011, posterior a la comisión de los hechos, consagra el delito de fraude de subvenciones, el cual se adecua de una manera más precisa a los hechos jurídicamente endilgados a la inculpada, respeta, en todo, la congruencia fáctica y resulta más favorable para ella.

SP398-2023(56885) de 20/09/2023

Magistrado Ponente:

Jorge Hernán Díaz Soto

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. LMNF solicitó, ante la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social, la asistencia humanitaria y gastos funerarios por la muerte de AMR, acaecida el 19 de diciembre de 2004, para cuyos efectos adujo su condición de compañera permanente y madre de la menor SJMN, y aportó una declaración rendida bajo la gravedad del

juramento, en la que manifestó no conocer a nadie más que tuviese igual o mejor derecho, omitiendo informar que, para el momento del deceso, MLSC convivía con AMR y tenían una hija en común.

2. La autoridad administrativa, en consecuencia, expidió la resolución 18232 del 21 de diciembre de 2006, mediante la cual reconoció y ordenó el pago de la ayuda solidaria, por valor de \$14.320.000, a favor de LMNF y de su descendiente SJMN.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FRAUDE DE SUBVENCIONES - Concepto / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Trámite legislativo / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Finalidad del legislador / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Elementos / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Bien jurídico tutelado: administración pública / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Configuración: precisa no invertir los recursos procedentes de la subvención, ayuda o subsidio a la finalidad a la cual estén destinados / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Configuración: exige que el sujeto activo obtenga la subvención, ayuda o subsidio

«El legislador, a través de la Ley 1474 de 2011, por la cual «se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública», incorporó al estatuto sustantivo un nuevo tipo penal: fraude de subvenciones, que ubicó al interior del título relativo a los «Delitos contra la administración pública».

En la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo -142 de 2010 Senado /174 de 2010 Cámara- se puso de manifiesto que, con ese cuerpo normativo, se pretendía dotar al Estado de herramientas eficaces para luchar contra la corrupción, en tanto con dicho fenómeno, bastante lesivo para los países modernos, se «vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas». Concretamente, en lo que atañe a las conductas punibles introducidas, se manifestó:

Se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagrados en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presentan características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de

subvenciones y los acuerdos restrictivos de la competencia.

(...)

Se crea un nuevo tipo penal que se denomina fraude de subvenciones, con lo cual se adiciona la Ley 599 de 2000, y en él incurrirán quienes obtengan subvención o ayuda pública falseando las condiciones exigidas para su concesión u ocultando las que la hubiese impedido o no invirtiendo los recursos obtenidos en la finalidad a la que están destinados.

Aunque inicialmente solo se planteó penalizar al que obtuviera una subvención o ayuda de entidad pública, en la ponencia para segundo debate en Senado se propuso, como modificación al entonces artículo 38, que también se castigara «la obtención irregular de subsidios provenientes de recursos públicos. Luego, durante la discusión en Plenaria, el senador Manuel Enríquez Rosero, tras definir la corrupción como el «abuso de las posiciones de poder o de confianza para obtener un beneficio particular en detrimento del interés colectivo», explicó:

Se crea el delito de fraude a subvenciones, hoy que tenemos en el ojo del huracán el tema de los recursos entregados por parte del Estado colombiano para apoyar a ciertas actividades de la producción y que estos recursos no son utilizados precisamente para los fines por los cuales se obtuvieron.

Entonces aquí con esta disposición se prevé que cuando se obtengan ayudas públicas, falseando las condiciones exigidas o no se inviertan a los recursos, esos recursos para lo que se solicitaron, entonces incurrirá en el delito de fraude a subvenciones.

Finalmente, el 12 de julio de 2011, se promulgó la Ley 1474, cuyo artículo 26, ubicado dentro del capítulo II -de un total de diez-, referente a las «Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada», es del siguiente tenor:

Artículo 26. FRAUDE DE SUBVENCIONES. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 403A, el cual quedará así:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

De lo expuesto se puede inferir, entre otras cosas, que incurre en él cualquier persona, sea servidor público o particular, y que el bien jurídico protegido es la administración pública.

Adicionalmente, el delito es, en su primer inciso, de acción, pues requiere obtener una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos, cuyo modo es: mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad respecto de los aludidos aspectos; y, en su segundo inciso, de omisión, en tanto precisa no invertir los recursos procedentes de esa subvención, ayuda o subsidio a la finalidad a la cual estén destinados»

FRAUDE PROCESAL - No se configura /
FRAUDE DE SUBVENCIONES - Se configura

«Según lo refleja la actuación penal, la Fiscalía General de la Nación le imputó a LMNF haber engañado a Acción Social para que profiriera un acto administrativo contrario a la ley, toda vez que obtuvo, en beneficio de ella y de su hija, el reconocimiento y pago de una «ayuda solidaria de reparación administrativa por el fallecimiento del señor AMR» , para lo cual manifestó, bajo la gravedad del juramento, que no había otra persona que tuviera igual o mejor derecho, pese a conocer que MR poseía una hija, menor de edad, con la señora MLSC.

Así lo concretó la Fiscal Delegada en la audiencia preliminar: [usted engañó] a los servidores públicos y estos profirieron un acto administrativo que vulneraba el reparto equitativo de la suma que usted recibió en beneficio únicamente de su hija» , en detrimento de la menor AL.

En consonancia con esa sindicación, en juicio se acreditó que, en la solicitud elevada por la acusada a la autoridad administrativa, mintió con el propósito de lograr, para sí y su descendiente, el reconocimiento y pago de una ayuda económica. Fue así como la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social- expidió la Resolución 18232 del 21 de diciembre de 2006, [...]

Los jueces de instancia, entonces, dieron por probado que LMNF cometió un fraude procesal porque solicitó la asistencia humanitaria y gastos funerarios «como consecuencia del deceso violento de AMR» , lo que le fue efectivamente

reconocido y pagado y que, con ese propósito, engañó a la administración al manifestar, en declaración juramentada rendida ante notario, que era «la única beneficiaria» y desconocía «otros beneficiarios con igual o mejor derecho» , a pesar de que conocía «el otro núcleo familiar que tenía MR con MLSC y su ALMS».

Pues bien, aunque para los falladores se verificaron los elementos típicos del fraude procesal, consideración frente a la cual la Corte no hizo reparo alguno en el auto inadmisorio de la demanda de casación, lo cierto es que, un examen detenido del asunto, revela que los hechos encuentran una adecuación típica más precisa en el delito de fraude de subvenciones, previsto en el artículo 403A del Código Penal. Este último punible posee una mayor riqueza y especificidad y sus elementos guardan una perfecta congruencia con la situación fáctica, toda vez que la acusada obtuvo una ayuda, proveniente de recursos públicos, mediante engaño sobre las condiciones requeridas para ello.

La Fiscalía pasó por alto su existencia, a pesar de que, para la fecha en que hizo la imputación, ya había sido incorporado al estatuto sustantivo y los juzgadores de instancia tampoco lo advirtieron. No obstante, la Corte bien puede hacer la variación jurídica, sin que ello lesione derechos de la acusada»

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Concepto /
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD -
Ultraactividad: concepto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** -
Retroactividad: concepto /
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD -
Instrumentos internacionales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -
Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica por el juez, procedencia, de fraude procesal a fraude de subvenciones

«El principio de favorabilidad, como elemento integrante del debido proceso en materia penal, consagrado tanto en normas internas como externas, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no puede ser desconocido por el juez. El canon 29 de la Constitución Política prevé: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”; los artículos 6 -inciso segundo- del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal establecen, respectivamente: “La Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable» y «La Ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando

sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

[...]

Por consiguiente, en el evento de sucesión de leyes penales en el tiempo, es imperioso determinar si la nueva ley es desfavorable frente a la anterior, evento en el que esta se seguirá aplicando a las conductas delictivas cometidas durante su vigencia (ultractividad); pero, si la nueva norma contiene previsiones más benéficas que la derogada, aquélla se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia (retroactividad).

En esta ocasión, estamos ante una ley posterior a la comisión de los sucesos que dieron origen a la actuación, que consagra un delito que se adecua de una manera más precisa a los hechos jurídicamente endilgados a la inculpada, respeta, en todo, la congruencia fáctica y resulta más favorable para ella.

Téngase en cuenta que, mientras la pena de prisión establecida para el fraude procesal -así lo declararon los sentenciadores- oscila entre 6 a 12 años, la del fraude de subvenciones es de 5 a 9 años.

Así las cosas, hay lugar a modificar la calificación jurídica y declarar que la conducta punible cometida por LMNF es la de fraude de subvenciones»

PRESCRIPCIÓN - Fraude de subvenciones /
PRESCRIPCIÓN - Se configura / **SISTEMA
PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la
actuación: por prescripción de la acción penal /
CASACIÓN OFICIOSA - Sentencia: la Sala varía

la calificación jurídica y decreta la preclusión de la actuación por prescripción de la acción penal

«Atendiendo el máximo extremo punitivo antedicho, es ostensible que, a la luz de los preceptos 83 del Código Penal y 292 del Código de Procedimiento Penal, ha operado la prescripción de la acción penal.

En efecto, de acuerdo con el artículo 83, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley para cada delito, término que, a la luz del canon 292, se interrumpe con la formulación de la imputación y, a partir de allí, corre de nuevo, pero en la mitad del anterior, sin que pueda ser inferior a tres años.

Si el delito de fraude de subvenciones tiene prevista una pena de prisión máxima de 9 años, es claro que el término de prescripción, durante el periodo contado entre la imputación y el fallo de segunda instancia, es de 4 años y 6 meses, lapso que se superó en esta ocasión, en tanto la formulación de imputación tuvo lugar el 11 de octubre de 2013 y la sentencia de segundo grado se dictó el 23 de septiembre de 2019.

Por consiguiente, la Sala debe declarar que operó ese fenómeno jurídico.

En ese orden, se casará oficiosamente la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, para señalar que el delito cometido por LMNF corresponde al de fraude de subvenciones. Como la acción penal derivada de ese punible prescribió, se decretará la consiguiente preclusión de la actuación en favor de la procesada».

9. INASISTENCIA ALIMENTARIA -

Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **INASISTENCIA**

ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral / **INASISTENCIA**

ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: posibilita el cumplimiento de la obligación / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA -**

Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (art. 193-6 Ley 1098), no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA -**

PENA - Procedencia: la reparación del daño respecto de conductas contra menores de edad, solo se predica de delitos de extrema gravedad (Ley 1098)

La Corte Suprema de Justicia se pronunció oficiosamente respecto de la legalidad de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en punto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena denegada a NJCA, condenado como autor de inasistencia alimentaria.

La Sala casó oficiosa y parcialmente la sentencia estudiada, para conceder al condenado el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, al considerar que, en la decisión de primer grado, confirmada por el Tribunal, por incomprensión de la jurisprudencia, se aplicó indebidamente la prohibición contenida en el numeral 6 de artículo 193 de la Ley 1098 de 2003.

Para el efecto recordó que, según la jurisprudencia reiterada de la Corte, para los casos de inasistencia alimentaria no es aplicable la mencionada prohibición, en razón a que: (i) fue concebida por el legislador para delitos atroces, y (ii) su imposición, contrario al fin de la norma, imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria.

Por tanto, a juicio de la Sala, debió aplicarse la consecuencia jurídica dispuesta en el numeral 2 del artículo 63 del Código Penal, en el sentido de que, si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo.

SP287-2023(56541) de 26/07/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Desde julio de 2010, NJCA se abstuvo injustificadamente de proporcionar alimentos a su menor hijo J.J.C.O. pese a que, en conciliación llevada a cabo con la progenitora del niño en el Centro Zonal del ICBF de Zipaquirá, se obligó a pagar \$160.000 mensuales de cuota alimentaria, reajutable en proporción al salario mínimo.
2. Por los anteriores hechos, en audiencia celebrada el 14 de junio de 2016 ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Zipaquirá, la Fiscalía formuló imputación contra NJCA como posible autor de inasistencia alimentaria (art. 233 inc. 2° C.P.).
3. Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, la juez dictó la respectiva sentencia. Por estimar acreditada la responsabilidad del acusado, lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 32 meses y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, denegó tanto la suspensión de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.
4. En respuesta al recurso de apelación interpuesto por la defensa, el 11 de junio de 2019 la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó el fallo de primer grado.
5. Inconforme NJCA con la anterior decisión, a través de defensor promovió el recurso de casación.
6. La Corte mediante auto de 23 de marzo de 2022 inadmitió la demanda por no cumplir las condiciones mínimas de orden formal y sustancial requeridas para su selección a trámite, y dispuso retomar oficiosamente el estudio del fallo impugnado para analizar su legalidad en relación con la suspensión de la ejecución de la pena.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** -

Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: posibilita el cumplimiento de la obligación / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (art. 193-6 Ley 1098), no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia: el juez debe observar únicamente el requisito objetivo cuando el sentenciado carece de antecedentes y el delito no se encuentra enlistado en el artículo 68A del Código Penal / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia: la reparación del daño respecto de conductas contra menores de edad, solo se predica de delitos de extrema gravedad (Ley 1098) / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Requisitos

«El artículo 193.6 de la Ley 1098 de 2006 señala que, con el fin de hacer efectivos los principios instituidos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes -relacionados en el artículo 192 ídem- y garantizar el restablecimiento de sus derechos en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas, la autoridad judicial: “se abstendrá de aplicar (...) la condena de ejecución condicional (...) a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados”.

Sin embargo, la Corte tiene sentado que el precitado texto normativo no cobija los casos de inasistencia alimentaria. A esta conclusión arribó a partir de interpretaciones subjetiva y objetiva finalista, las cuales se sintetizan, en su orden, en que esa generalizada prohibición (i) fue concebida por el legislador para delitos atroces, entre los cuales, por supuesto, no se encuentra la inasistencia alimentaria y, en estos casos, (ii) su imposición, contrario al fin de la norma, imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria, es decir, obstaculiza realizar la y prevalencia a los derechos de los menores y lograr la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados. (Ver CSJ SP18927-2017 15 nov. 2017, rad. 49712; SP908-2022 23 mar.

2022, rad. 53084; SP381-2022, 16 feb. 2022, rad. 52440 y SP022-2023 8 feb. 2023, rad. 58110).

De otra parte, el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, señala que la ejecución de la pena privativa de la libertad “se suspenderá por un periodo de 2 a 5 años, de oficio o a petición del interesado” siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De lo indicado en el numeral 2 del artículo precitado, no cabe duda de que si el condenado (i) carece de antecedentes penales y (ii) no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal, el juez de conocimiento debe conceder la suspensión de la ejecución de la pena “solamente con el requisito objetivo”, esto es, sin ninguna exigencia o reflexión de índole subjetivo relacionada con su personalidad o arraigo y, menos aún, respecto de su intención o efectiva ocurrencia de la indemnización de perjuicios. (Ver CSJ SP022-2023, 8 feb. 2023, rad. 58110 entre otras)»

DEBIDO PROCESO - Se vulnera / **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Se configura / **CASACIÓN OFICIOSA** - Se casa parcialmente la sentencia

«En la sentencia de primer grado confirmada por el Tribunal -la cual constituye unidad jurídica inescindible con esta en los componentes confirmados- la juzgadora consideró que el acusado cumplió los requisitos de naturaleza objetiva contenidos en el artículo 63 del Código Penal para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, por cuanto (i) la pena impuesta fue de “32 meses de prisión”, es decir,

no excedió de 4 años; (ii) “la conducta de inasistencia alimentaria no está dentro del listado de las prohibiciones del artículo 68A del C.P.” y (iii) “NJCA no registra antecedentes penales”.

Sin embargo, denegó el subrogado con la excusa, según la cual, en la sentencia SP18927-2017 15 nov. 2017, rad. 49712 la Corte señaló que “en los casos en que el procesado esté satisfaciendo cumplidamente su obligación alimentaria y que debe continuar haciéndolo (...) encuentra razonable permitirle acceder al sustituto previsto por el artículo 63 del Código Penal” y, en el presente asunto, “el acusado no ha mostrado interés en cumplir con la obligación alimentaria y menos en indemnizar a la víctima”.

Pasó por alto la juez que, para los eventos de inasistencia alimentaria, la jurisprudencia no subordinó la inaplicación del numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 al criterio por ella acogido. Este fue simplemente un argumento de refuerzo en aquella sentencia para demostrar cómo, en el caso que para entonces la Corte estaba avocada a resolver, era patente que resultaba razonable conceder la suspensión de la ejecución de la pena por observar que el procesado venía cumpliendo con la cuota alimentaria; realidad esta que terminaría frustrada con la denegación del subrogado, en detrimento, precisamente, de los derechos de los menores víctimas.

Realmente, como se adelantó en el numeral anterior, la Corte en la providencia atrás referida precisó que el numeral 6 del artículo 193 del Código de la infancia y la adolescencia no es aplicable a los responsables de inasistencia alimentaria a partir de interpretaciones subjetiva y objetivo finalista expresadas, [...]

Las dos rutas interpretativas acogidas por la Corte apuntaron a la misma conclusión: que para los casos de inasistencia alimentaria no es

aplicable la prohibición contenida en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

Así se verifica que, en la sentencia impartida contra NJCA, la juzgadora -por incomprensión de la jurisprudencia- aplicó indebidamente la prohibición contenida en el numeral 6 de artículo 193 de la Ley 1098 de 2003.

Motivo por el cual, dejó de aplicar la consecuencia jurídica dispuesta en el numeral 2 del artículo 63 del Código Penal, en el sentido de que, si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, “el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo”.

De esta manera, la sentencia quebrantó el derecho fundamental al debido proceso de CA en punto del principio de legalidad de la condena y menoscabó la posibilidad de reparación de los derechos del menor titular del derecho alimentario».

Inicio

10. NON BIS IN IDEM - No se vulnera: cuando se decreta la nulidad dentro del proceso penal / **SENTENCIA** - Defectos de motivación: lesiona el derecho al debido proceso, es causal de nulidad / **NULIDAD** - Falta de motivación de la sentencia: decreto oficioso / **COAUTORÍA** - Acuerdo: no requiere de un pacto detallado / **COAUTORÍA** - Acuerdo: por regla general, se acredita con prueba indirecta / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Coautoría / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Indemnización de perjuicios: procedencia / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a los funcionarios judiciales, recordando que la indemnización de perjuicios procede frente a los delitos contra la administración pública / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Procedencia: es obligación pronunciarse así las partes no lo soliciten

La Sala de Casación Penal decidió las impugnaciones especiales promovidas por los defensores de DLHF, CCPG y AEGC, quienes luego de ser absueltas por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Maicao por el delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado, fueron condenadas por el Tribunal de Riohacha como coautoras del mencionado punible.

La Corte confirmó la sentencia impugnada, mediante la cual se condenó por primera vez a DLHF como coautora del delito continuado de peculado por apropiación agravado, en cuanto decidió encargar al secretario general el manejo de los recursos provenientes de regalías para abordar los asuntos de la secretaría de salud e hizo caso omiso a la información que le fue suministrada acerca de las irregularidades que éste cometía en la legalización, de lo cual puede deducirse, su proceder doloso, así como su condición de coautora, en cuanto aliada con aquél para esquilmar los recursos provenientes de las regalías.

De otra parte, la Sala revocó el fallo que condenó a CCPG y AEGC, para, en su lugar, absolverlas por el delito objeto de acusación, ya que, respecto de CCPG no se acreditó que firmó las resoluciones de avances económicos con dolo de peculado, ni que procedió de manera mancomunada con otros para tener la condición de coautora de aquel punible; y, en relación con AEGC, de igual manera, no se demostraron los elementos objetivos y subjetivos del delito, de manera que subsiste la duda sobre la configuración del hecho y su responsabilidad.

Finalmente, la Corte recordó a los funcionarios judiciales que, la indemnización de perjuicios procede frente a los delitos contra la administración pública.

SP461-2023(64208) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Entre los años 2005 y 2007, en la Alcaldía de Maicao (Guajira), mediante la utilización de actos administrativos denominados “Resoluciones de Avances Económicos”, se emitieron más de 100 en beneficio de la secretaría de salud, las cuales fueron firmadas por la alcaldesa titular DLHF y 6 de ellas por la encargada CCPG, proceder con base en el cual se apropiaron ilegalmente de recursos transferidos por la Nación en \$2.220'097.800, correspondientes a la partida de regalías, constatándose la ejecución en compras legalizadas con anexos tales como constancias, facturas ficticias o soportes de pago falsos, pretextando resolver las necesidades del Plan de Atención Básica (PAB).
2. Por su parte, dice en la acusación que AEGC, Tesorera del municipio, acordó con aquellas la apropiación de los recursos públicos, para lo cual efectuó los pagos indebidos.
3. También intervinieron, GMH (secretaria de salud) ya condenada, cuya demanda de casación fue inadmitida, así como JAMR (secretario general del municipio), quien no interpuso casación contra la confirmación del fallo de condena de primer grado proferida por el Tribunal de Riohacha.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NON BIS IN IDEM - No se vulnera: cuando se decreta la nulidad dentro del proceso penal / **PRINCIPIO DE LIMITACIÓN** - No prevalece frente a vulneración de garantías fundamentales / **SENTENCIA** - Motivación: la ausencia o deficiencia de ella afecta el debido proceso y las garantías inherentes a éste / **SENTENCIA** - Defectos de motivación: lesiona el derecho al debido proceso, es causal de nulidad / **NULIDAD** - Falta de motivación de la sentencia: decreto oficioso / **NULIDAD** - Oficiosidad: falta de motivación / **NULIDAD** - Oficiosidad: excepción al principio de limitación

«Respecto de la impugnación en nombre de

DLHF.

[...] el proferimiento de un segundo fallo, ahora de carácter condenatorio en contra de DH, al revocar la absolución de primer grado a instancia de la apelación del Ministerio Público, producto de que la inicial absolución dictada por un juez fue anulada por falta de motivación al resolver la alzada promovida por la Fiscalía, no corresponde al supuesto de hecho contenido en las normas constitucionales y legales transcritas.

En efecto, DH al igual que ocurrió con CP y AEG no fue imputada, acusada o procesada en dos oportunidades por los mismos hechos; por el contrario, en la única actuación válidamente surtida fue acusada y condenada como coautora del delito de peculado por apropiación agravado, en la modalidad de continuado.

Desde luego, la absolución inicial en primer grado fue revocada con el decreto de nulidad por falta de motivación del 22 de enero de 2015, de manera que perdió su validez, luego la única actuación que subsistió fue la nueva sentencia absolutoria dictada por el funcionario en primera instancia el 18 de diciembre de 2020, contra la cual el Ministerio Público interpuso apelación que condujo a su revocatoria por parte del Tribunal para, en su lugar, condenar a DH como también sucedió con CP y AEG.

Visto lo expuesto, no se trató de un doble juzgamiento por los mismos hechos, de modo que no se violó de manera alguna el principio non bis in ídem como lo reclamó el defensor, pues lo cierto es que la reposición, total o parcial de un proceso como consecuencia del decreto de una nulidad, no conduce a un doble juzgamiento, pues de ser ello así, la aplicación del instituto previsto por la ley para corregir los actos procesales anómalos constituiría una irregularidad en sí misma.

Ahora, tampoco el curso de la actuación revela violación del principio de interdicción de la reforma peyorativa en los términos del artículo 31 de la Constitución, pues está demostrado que la invalidación de la primera sentencia absolutoria no fue producto de la impugnación de la acusada, sino de la Fiscalía, mientras que la revocatoria de la segunda absolución se produjo a instancia de la apelación de la Procuraduría, luego DH no tenía la condición de condenada, ni de apelante única.

En cuanto atañe a que la declaratoria de nulidad de la primera sentencia absolutoria no revive

oportunidades procesales para las partes que en anterior ocasión estuvieron de acuerdo con tal providencia, como ocurrió con el Ministerio Público que no impugnó la primera absolución, pero sí la segunda, luego carecería de interés, considera la Sala que el recurrente parte de un supuesto equivocado consistente en suponer que las dos absoluciones fueron similares, cuando lo cierto es que si bien su sentido es igual, la primera no contó con motivación, aspecto que interesó a la Fiscalía al promover el recurso de apelación, pero el Ministerio Público dentro de su órbita de competencia no impugnó.

La segunda absolución dictada por el juez unipersonal el 18 de diciembre de 2020, sobra precisarlo, corresponde a una nueva providencia, sustancialmente diferente de la anulada por falta de motivación, de manera que si el Ministerio Público consideró que conforme a sus funciones debía apelarla para conseguir su revocatoria, no puede afirmarse que al no impugnar la primera, carecía de interés para atacar la segunda, pues, se reitera, se trata de otra decisión.

Si bien el defensor refirió que la absolución inicial fue invalidada por errores ajenos a la actividad de su asistida, se observa que no explicó, ni la Sala advierte, por qué razón la declaratoria de nulidad precisaba de la intervención equivocada de la acusada o su defensa, elemento ajeno a los principios que rigen la anulación.

Sobre el particular debe recordarse que la decisión judicial supone, además de la debida aplicación de la ley y de la correcta apreciación de las pruebas, que el trámite cuente con validez y legitimidad, esto es, con el respeto al debido proceso y al derecho de defensa, máxime si no se protegen únicamente los derechos de los acusados, sino también los de las víctimas, circunstancia por la cual, la falta de motivación de un fallo absolutorio impone su anulación, en procura, de una parte, de descartar la arbitrariedad de los funcionarios y, de otra, garantizar la oportunidad de conocer lo decidido y conforme a ello ejercer el derecho de impugnación por parte de quienes tengan interés, como en efecto ocurrió en este asunto, motivo por el cual, contrario a lo asumido por el defensor, la nulidad no está instituida únicamente en beneficio de las personas condenadas.

Como el recurrente adujo que la competencia del Tribunal de Riohacha estaba circunscrita a los fundamentos de la apelación de la Fiscalía, sin

que entonces resultara viable la nulidad de la primera absolución, olvida que, como ya se dijo, la validez y legitimidad del proceso son condiciones de las decisiones judiciales, con mayor razón de los fallos, como que resultaría contrario a la administración de justicia que un Tribunal, al detectar ausencia de motivación en una sentencia, procediera tozudamente a limitarse a decidir sobre los motivos de inconformidad del apelante y no se pronunciara sobre aquella grave y trascendente incorrección.

No en vano, la declaratoria de nulidad oficiosa es una excepción al principio de limitación que rige al resolver el recurso de apelación e inclusive el extraordinario de casación»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Delegación: quien delega tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Coautoría / **COAUTORÍA** - Acuerdo: no requiere de un pacto detallado / **COAUTORÍA** - Acuerdo: por regla general, se acredita con prueba indirecta / **PRUEBA** - Indirecta: explicación

«Aunque el defensor comenzó por afirmar que se encuentra demostrado quién realmente se apropió de los recursos de la salud en Maicao, observa la Sala que tal aserto no es atinado, pues con ocasión de este proceso se encuentra cuestionada la absolución dictada en favor de su asistida, así como de CPG y AEGC.

En cuanto se refiere a que no hay prueba sobre un acuerdo entre DH y los coautores para la apropiación de dineros del municipio de Maicao, es pertinente señalar que en la demostración de la coautoría, por tratarse de un acuerdo previo o concomitante de naturaleza ilegal, es poco frecuente que se acuda a la prueba directa, como ocurriría si alguno de los coautores confiesa la realización del convenio entre todos o si se obtuviera un acta o documento que de cuenta de la convención criminal.

Entonces, por regla general, la acreditación de la coautoría se consigue a partir de pruebas indirectas, esto es, de medios de convicción de los cuales se colige, mediante un proceso de inferencia, lo ocurrido.

Así, está probado con lo expuesto por el mismo JM que le fue delegada la contratación municipal por parte de DHDEF quien en su condición de Alcaldesa firmaba las resoluciones que él elaboraba, aspecto sobre el cual es preciso

resaltar, como se hizo en el fallo del Tribunal, que conforme a la Ley 80 de 1993, tal delegación no es absoluta, pues conforme al artículo 12 de la misma legislación, quienes en las entidades públicas delegan, no quedan exonerados de sus deberes de control y vigilancia de las actividades pre-contractuales y contractuales realizadas por los delegados.

De otra parte se tiene que, DH en su condición de Alcaldesa de Maicao, autorizó la apertura de la cuenta [...] en el Banco BBVA a nombre de la Secretaria de Salud GMHM (condenada en este proceso en primera y segunda instancia, cuya demanda de casación fue inadmitida), a donde iban a parar los giros derivados de las resoluciones en materia de salud y a través de la cual se cometió la apropiación de dineros públicos derivados de las regalías.

Igualmente se establece que el monto de la apropiación a través de las resoluciones de avances económicos no fue menor, pues se cuantificó en \$2.220'097.800, suma que supone un buen número de resoluciones de avances económicos, sin que ello causara por lo menos curiosidad a la Alcaldesa, circunstancia que descarta la alegada por la defensa confianza legítima de DLH en JM, así como su ajenez respectivo de la defraudación.

A lo anterior se suma que ETPC, quien se desempeñó como Secretario de Salud con posterioridad a los hechos aquí investigados, declaró bajo la gravedad de juramento que pudo establecer cómo hubo exceso en el gasto en comparación con las necesidades del municipio, con mayor razón si los soportes físicos de los egresos no se ajustaban a la legalidad.

También se cuenta con la declaración de BON, asesor jurídico de la Alcaldesa HDF, quien rindió testimonio acerca de haberle puesto de presente las irregularidades que estaban ocurriendo respecto del manejo de los recursos del municipio y, en especial, en su legalización, sin que aquella procediera a adoptar los correctivos pertinentes, todo lo cual permite concluir que de acuerdo con JAMR (Secretario General del municipio), decidió dar curso al proceder defraudatorio continuado.

Lo expuesto refuerza el aserto anteriormente referido acerca de que respecto de la acusada DH no se configuró la confianza legítima invocada por el defensor, pues si una vez enterada de las irregularidades en el manejo de los recursos y de su inconsistente legalización, no emprendió los

correctivos que se imponían, fue porque actuaba de consuno con aquél a quien confió el tema de la contratación, esto es, el Secretario General JM (condenado en primera y segunda instancia en este proceso como coautor del delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado, quien no interpuso recurso de casación).

En suma, si DLH en su condición de Alcaldesa de Maicao decidió encargar al Secretario General JMR el manejo de los recursos provenientes de regalías para abordar los asuntos de la Secretaría de Salud y, a pesar de ser informada acerca de las irregularidades que éste cometía en la legalización decidió continuar de la misma manera, solo puede deducirse, de una parte, su proceder doloso con relación a la defraudación del erario municipal. Y de otra, su condición de coautora, en cuanto aliada con aquél para esquilmar los recursos provenientes de regalías.

Como el recurrente cuestionó el momento exacto del acuerdo, es claro que DH, JMR y GMH dirigieron su voluntad hacia la consecución del resultado acordado, de manera que el convenio del plan criminal no requiere de un pacto detallado, pues se deduce de los actos desencadenantes de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización, como sucedió en este asunto, máxime si en su indagatoria, CP manifestó el 9 de junio de 2019 que GH llamaba constantemente a la Alcaldesa titular a consultarle sobre las acciones que iba a realizar»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Dolo / CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, no se cumple / **IN DUBIO PRO REO -** Se vulnera

«Con relación a la impugnación en nombre de CDCPG.

[...] se tiene que en el Manual de Funciones y Competencias Laborales (Decreto 085 de 2005), a la Secretaría de Hacienda de Maicao, cargo desempeñado por la mencionada ciudadana, le correspondía: (i) Dirigir y coordinar la elaboración del proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal. (ii) Impartir instrucciones a los funcionarios de la secretaría sobre las normas, sistemas y procedimientos del orden presupuestal, contable y de tesorería. (iii) Dirigir y coordinar la elaboración de los balances y los estados financieros. (iv) Ordenar y revisar la

apertura de libros de presupuesto y contabilidad para la vigencia fiscal y los registros de las aprobaciones respectivas. (v) Rendir los informes acerca de las actividades y diligencias desarrolladas por la Secretaría.

Ahora, tal como lo dijo en su indagatoria, firmó como Alcaldesa encargada 6 resoluciones de avances económicos en 2007, por valor de \$375'200.000.

Conforme a lo expuesto, encuentra la Sala que, en primer lugar, no se demostró que con ocasión de las funciones regladas de su cargo estuviera vinculada con el trámite de las resoluciones de avances económicos con las cuales se produjo la defraudación aquí investigada. En segundo término, el conocimiento que tenía como Secretaria de Hacienda no determinaba que supiera del acuerdo común que mediaba entre la Alcaldesa DH, el Secretario General y delegado para la contratación JMR y la Secretaria de Salud GMH.

En tercer lugar, es claro que estando brevemente encargada de la Alcaldía, le fueron proyectadas para su firma por parte del Secretario General JM, las mencionadas 6 resoluciones, las cuales suscribió, sin estar llamada a suponer que se trataba de un mecanismo dispuesto para apropiarse de dineros públicos. En cuarto término, debe recordarse que la Fiscalía dictó preclusión de la investigación en este proceso en favor de JEZS, en cuanto reconoció que actuó bajo un error de tipo invencible al firmar dos de tales resoluciones estando como Alcalde encargado durante dos días.

En tal sentido se tiene que si el delito de peculado por apropiación (artículo 397 del Código Penal) correspondiente a la conducta del “servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado (...) cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones” es doloso y esta forma de conducta la integran dos elementos: Uno, intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal. Y otro, volitivo, que implica querer realizarlos, el dolo directo o de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado y realiza lo necesario para conseguirlo.

Ahora, en tal delito es necesario establecer que el servidor público dirigió su comportamiento con la voluntad de apropiarse de los bienes públicos con

los cuales tenía una relación jurídico-funcional.

En este caso se tiene que por pocos días CP se desempeñó como Alcaldesa encargada de Maicao, oportunidad en la cual suscribió las 6 resoluciones que le fueron entregadas para su firma, sin que se advierta algún medio de prueba en orden a acreditar su conocimiento respecto de que con tales documentos se conseguiría la apropiación de dineros públicos de Maicao, provenientes de regalías, es decir, no fue acreditado que su proceder estuviera determinado por un acuerdo de voluntades con DH, JM y GMH, de manera que se impone reconocer que en la suscripción de aquellas resoluciones no medió el elemento intelectual o cognitivo que supone conciencia de los elementos objetivos del delito de peculado por apropiación y, tampoco el volitivo, que implica querer la realización de tales componentes del punible.

Si bien el Tribunal de Riohacha manifestó que la señora declaró que carecía de conocimientos jurídicos, pero si se desempeñó en 2004 como Secretaria General en Maicao y luego como Secretaria de Hacienda, conocía de primera mano las minutas con las que se soportaban las resoluciones de avances económicos, deducción a partir de la cual dio por probado el dolo en su proceder, considera la Sala, de una parte, que aquella Corporación no explicó, ni se vislumbra, de qué manera tal conocimiento especializado tenía la virtud de acreditar que la acusada firmó aquellas resoluciones con dolo de peculado. Y, de otra, tampoco se demostró que procedió de manera mancomunada con otros para tener la condición de coautora de aquel punible.

Como también dicha Corporación adujo para acreditar la coautoría de CP que según lo declaró NSC, quien la sucedió en el cargo de Secretaria de Hacienda, no le hizo entrega de esa dependencia y se negó a suministrar la información necesaria para conocer el estado financiero de la administración en 2008, encontrándose luego que no había soportes de los giros de los recursos, todo lo cual denota que no cumplió las funciones establecidas para su cargo, nuevamente constata la Corte que tal argumentación resulta vaga e imprecisa respecto de la acreditación de su activa intervención en el delito de peculado por apropiación continuado.

En efecto, si la acusada no hizo entrega formal de su puesto de trabajo, no por ello puede deducirse, sin pruebas y argumentos adicionales, que hacía parte de un grupo de personas acordado para

esquilmar los recursos de Maicao.

En tal sentido, la afirmación de aquella Colegiatura, referida a que “la señora CPG colaboró activamente en la apropiación de \$2.220'097.800), obrando con pleno conocimiento toda vez que desempeñó distintos cargos públicos desde su vinculación a la administración de Maicao”, no corresponde a lo acreditado y declarado»

DERECHO DE DEFENSA - Excepción al principio de convalidación de actos irregulares: no se configura / **ABOGADO** - Deberes: de vigilancia / **RECURSO DE APELACIÓN** - Trámite: la Ley no dispone que previo a surtir el traslado a los no recurrentes se les deba anunciar el inicio de ese término / **NULIDAD** - Principio de protección / **NULIDAD** - Principio de convalidación / **NULIDAD** - Indebida notificación: principios de instrumentalidad y convalidación

«Sobre la impugnación en nombre de AEGC.

[...] en este asunto se cumplió el cometido de comunicación de la decisión de primer grado, máxime si los defensores o sus representadas carecían de interés en la causa para impugnar la absolución, pero quedó expreso en el texto de dicha decisión que procedía el recurso de apelación.

Adicionalmente se tiene, conforme al principio de protección, según el cual, no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica, y de acuerdo al principio de convalidación, que fundamentalmente dispone que los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales, la impugnante no formuló reparo alguno a la notificación del fallo absolutorio, de manera que consintió esa forma de comunicación y al no ser desconocidas las garantías constitucionales, se cumplió cabalmente con el cometido de tal acto.

Además, resultaba bastante previsible que la absolución fuera impugnada, bien por el Ministerio Público o la Fiscalía, pues la misma sentencia, como ya se indicó, advirtió sobre la posibilidad de interponer el recurso de apelación, eventualidad de la cual no podía desentenderse la defensora, en cuanto el fracaso de la acusación permitía suponer fundadamente que podría ser

apelada.

Ahora, tal como lo ha destacado la Corte en otras ocasiones, corresponde al defensor en desarrollo de su deber de vigilancia estar atento al desarrollo del proceso para informarlo a su representado y adoptar la estrategia que corresponda, so pena de incurrir en falta disciplinaria (artículos 28, numeral 18, literal c y 34 literal de la Ley 1123 de 2007).

También es pertinente recordar que la legislación procesal no dispone que previo a surtir el traslado a los no apelantes se les deba anunciar el inicio de ese término, de manera que corresponde a los sujetos procesales estar atentos a la oportunidad en la cual deban realizar su intervención.

En suma, en este asunto la defensora contó con un amplio lapso para constatar la interposición del recurso de apelación por parte del Ministerio Público, de manera que debió estar atenta para allegar sus observaciones sobre la apelación interpuesta, o incluso, reclamar la oportunidad para alegar como no recurrente, sin que procediera a ello, y tanto menos se dirigió al Tribunal de Riohacha sobre el particular antes de proferir el fallo de segundo grado.

Lo expuesto permite advertir, de una parte, que el acto de notificación cumplió su propósito, de manera que en virtud del mencionado principio de instrumentalidad de las formas no procede la invalidación. Y de otra, que la defensora con su proceder convalidó la irregularidad, sin que entonces pueda ahora alegarla como motivo de nulidad, razones por las cuales su planteamiento no prospera»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos: acto de apropiación, bien sea en favor propio o de un tercero / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Coautoría: no se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, no se cumple / **IN DUBIO PRO REO** - Se vulnera

«Ausencia de responsabilidad de AEGC.

[...]

Para comenzar se tiene que si en los extractos bancarios de la señora GC no se estableció un incremento importante de sus ingresos, tal situación, contrario a lo alegado por su defensora, no resulta pertinente en orden a acreditar su ajenidad respecto de la comisión del

delito objeto de acusación, pues no siempre los beneficios ilegales obtenidos por los autores del delito de peculado por apropiación van a parar a sus cuentas personales, máxime si en este asunto se estableció que GMH abrió una cuenta a la cual se giraron los recursos públicos derivados de las resoluciones de avances económicos.

[...] constata la Corte que la función de la Tesorera AEG era eminentemente técnica en cuanto atañe a los “avances económicos”, sin capacidad de decisión, limitándose a dar curso a una solicitud que ya venía aprobada por el ordenador del gasto, sin que obre en la actuación alguna prueba directa o indirecta en orden a demostrar que actuó de acuerdo con otros miembros de la administración en el apoderamiento de recursos públicos de Maicao, es decir, no se probó que interviniera en la comisión del peculado por apropiación en condición de continuado, ni se demostró su carácter de coautora del mismo.

No es cierto lo afirmado en el fallo del Tribunal de que suscribió “resoluciones de avances económicos”, pues eran de competencia de la Alcaldía, sin que se hubiera desempeñado como titular o encargada de la misma.

Si bien se dijo en la primera sentencia de condena que “AEG quien por su cargo de Tesorera tenía obligación de realizar la examinación tanto de forma como de fondo de tales resoluciones”, lo cierto es que el examen que le correspondía estaba circunscrito a verificar el trámite previo en la dependencia municipal que formulaba la necesidad, la firma por parte de la Alcaldía de la resolución de avance económico y que se contara con la posibilidad de expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, conforme a lo establecido en el presupuesto de Maicao, máxime si la Secretaría de Hacienda contaba con la intervención de LQ, encargada de la revisión de cuentas y sus respectivos soportes.

Es cierto, como lo refirió la defensora, que la situación de las acusadas DLH, CDCP y AEG es diferente, de manera que correspondía en cada caso evaluar las razones de su absolución por parte del juez y las que determinaron la primera condena de cada una proferida por el Tribunal de Riohacha.

Ahora, si bien esa Colegiatura afirmó que AEG era experta en el tema, es necesario reiterar que un amplio y especializado conocimiento sobre las

funciones propias del cargo o de la dependencia en la cual se labora, o una vasta experiencia sobre el particular, no permite, sin más, colegir un proceder doloso respecto del peculado por apropiación agravado y continuado, o la coautoría en el mismo.

De acuerdo a lo anterior, considera la Sala que sin la demostración de la intervención dolosa de AEGC en la comisión del delito objeto de acusación y sin tanto menos acreditar su coautoría, no queda camino diverso al de revocar la primera sentencia de condena dictada en su contra por el Tribunal de Riohacha para, en su lugar, absolverla con fundamento en el principio in dubio pro reo, esto es, porque no se demostraron los elementos objetivos y subjetivos del delito, de manera que subsiste la duda sobre la configuración del hecho y su responsabilidad».

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a los funcionarios judiciales, recordando que la indemnización de perjuicios procede frente a los delitos contra la administración pública / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Indemnización de perjuicios: procedencia / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Elementos: daño patrimonial del Estado, que debe ser reparado / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Indemnización de perjuicios: procedencia / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Prevalece sobre el principio de legalidad

«[...] El juez de primer grado manifestó que como el afectado en este asunto es el Estado y dado que se probó el monto de la defraudación, los condenados deberán resarcir al municipio de Maicao la suma de \$2.220'097.800.

Sin embargo, el Tribunal, en el acápite de la "INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS", expresó: "Como quiera que, en el presente asunto no se observa un daño material o moral derivado de la apropiación de recursos, no obstante, al no ser pertinente para este tipo de delitos como lo es el PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO. Esta Sala procederá a revocar lo concerniente a ella".

Al respecto advierte la Corte que tal decisión, además de imprecisa y carecer de fundamentación, no es cierta, pues delitos como el peculado por apropiación por el que aquí se procede conllevan una lesión efectiva al patrimonio económico público que debe ser

restaurado a través de la indemnización, máxime si la Ley 600 de 2000 permite la condena en perjuicios en el fallo, sin necesidad del incidente de reparación reglado en la Ley 906 de 2004, ulterior a la sentencia de condena.

No obstante, se recuerda que en virtud del principio de interdicción de la reforma peyorativa plasmado en el artículo 31 de la Constitución, no es posible en esta sede hacer más gravosa la condición de los sentenciados por vía de condenarlos al pago de la correspondiente indemnización revocada por el Tribunal, quedando a salvo la potestad de la administración de Maicao de accionar con tal propósito»

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Procedencia: es obligación pronunciarse así las partes no lo soliciten / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Improcedencia: cuando el condenado haya sido condenado por delitos enlistados en la norma, peculado por apropiación

«A DLHF el Tribunal le negó la condena de ejecución condicional por superar el elemento objetivo (4 años de prisión), dado que la pena fue de 6 años de privación de la libertad.

«Con relación a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, debe advertir la Sala que, los recurrentes no presentaron solicitud respecto a la concepción (sic) de la misma, por tal razón esta Sala se abstendrá de abordarla».

En cuanto atañe a los subrogados penales referidos, advierte la Corte que, en efecto, si la pena impuesta supera los 4 años de prisión, no se satisface el requisito objetivo para acceder a la condena de ejecución condicional.

Ahora, con relación a la prisión domiciliaria, resulta insostenible que el Tribunal aduzca que como no fue solicitada por los recurrentes se abstiene de abordar tal temática. En efecto, no hay norma alguna o jurisprudencia en la cual se disponga que para constatar si se cumplen o no las exigencias para acceder a la pena sustitutiva de prisión domiciliaria sea menester que el impugnante o algún sujeto procesal así lo inste, pues resulta evidente que tratándose de un tema benéfico para el condenado, en cuanto resulta preferible descontar el tiempo de privación de libertad en la residencia que en un establecimiento penitenciario, es imperativo, no

facultativo, que aun oficiosamente, el funcionario o Corporación que impone la pena de prisión realice la correspondiente constatación de los requisitos exigidos para acceder a tal pena sustitutiva.

En tal cometido encuentra la Sala que el delito de peculado por apropiación, al lesionar el bien jurídico de la administración pública, está enlistado dentro del grupo de punibles que por voluntad del legislador dentro de su libertad de configuración normativa no permiten acceder a la prisión domiciliaria».

Inicio

11. SECUESTRO SIMPLE - Agravado: incremento punitivo, cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: no se vulnera por la valoración de las manifestaciones del procesado, expresadas ante terceros de manera voluntaria, cuando no se ha iniciado una actuación procesal penal / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando la víctima reconoce al victimario / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando individualiza al victimario con base en la descripción de la víctima

La Corte Suprema de Justicia, decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor de JEPM en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho (Cundinamarca) y, en su lugar, lo condenó por el delito de secuestro agravado.

La Sala no casó el fallo condenatorio, al encontrar que, las pruebas practicadas durante el juicio oral demuestran más allá de duda razonable que el procesado, siendo Sargento del Ejército Nacional, participó conscientemente en un operativo ilegal, orientado a buscar una “guaca” o “caleta”, para lo que amedrentaron con armas de fuego a las víctimas, a quienes mantuvieron privadas de su libertad por varias horas.

En esta oportunidad, la Corte recordó su jurisprudencia en torno a la forma cómo deben ser valoradas las declaraciones espontáneas del procesado y su relación con el derecho a la no autoincriminación. Así mismo, consideró que, en el presente caso, con la prueba testimonial, en

conjunto con los demás medios probatorios, se logró la individualización del victimario.

SP450-2023(55855) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 30 de abril de 2010, aproximadamente a las 6:30 de la mañana, JEPM, para ese entonces sargento del Ejército Nacional, arribó con aproximadamente 11 personas más a la vereda Veraguas, ubicada en el municipio de Pacho (Cundinamarca), al parecer con el propósito de hallar una “guaca” o “caleta” en una finca.
2. Para lograr su cometido, simularon estar cumpliendo una orden de allanamiento y registro emitida por un fiscal y privaron de la libertad durante varias horas a los moradores del predio y a algunos vecinos que se percataron de lo que estaba sucediendo. Igualmente, a tres niños que estaban en una casa ubicada justo al frente de donde se produjo la retención.
3. A los menores les impidieron ir al colegio y a los adultos les prohibieron alejarse del lugar, mientras varios integrantes del grupo se dedicaban a romper paredes, pisos y techos.
4. Aunque los secuestradores despojaron a las víctimas de sus teléfonos celulares, un menor de edad residente en una casa cercana logró avisar a la Policía Nacional, antes de ser privado de la libertad.
5. La intervención de los policiales acantonados en el municipio de Pacho (Cundinamarca) puso fin al secuestro y permitió la incautación de los revólveres, las pistolas, la

subametralladora y los vehículos utilizados por los perpetradores.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN -

Alcance: no se vulnera por la valoración de las manifestaciones del procesado, expresadas ante terceros de manera voluntaria, cuando no se ha iniciado una actuación procesal penal / **IDENTIDAD DEL PROCESADO** -

Individualización e identificación: demostración / **TESTIMONIO** -

Apreciación probatoria: cuando la víctima reconoce al victimario / **TESTIMONIO** -

Apreciación probatoria: cuando individualiza al victimario con base en la descripción de la víctima / **TESTIMONIO** -

Apreciación probatoria: recuerdo de hechos ocurridos tiempo atrás / **TESTIMONIO** -

Credibilidad / **TESTIMONIO** -

Corroboración de la prueba testimonial

«El policial DASR declaró que esa mañana fueron enterados de que lo que estaba sucediendo en la finca Santa Bárbara, ubicada en la vereda Veraguas.

Inmediatamente, se dispuso el operativo, en el que participaron varios uniformados. El desperfecto mecánico de uno de los carros dio lugar a que él y dos de sus compañeros se quedaron relegados. Ante esa situación, luego de verificar que el supuesto procedimiento adelantado en la referida finca era ilegal, se dispusieron a arribar al sitio de los hechos, con un permanente contacto con los policiales que llegaron primero.

Gracias a ello, se enteró de la fuga de varios de los sujetos que perpetraron la retención ilegal, uno de los cuales era de raza negra.

Poco después, se percató de la presencia de un sujeto con esas características, que intentó huir por una “maraña” al notar la presencia de la patrulla. Empezaron la persecución y lograron capturarlo junto a una quebrada.

Esponáneamente, el retenido dijo ser sargento del Ejército Nacional, provenir de la finca Santa Bárbara (señaló el lugar) y adujo que “lo habían engañado”. Al retenido le fue incautada una pistola. Debe recordarse que las declaraciones espontáneas deben ser valoradas, conforme lo ha sostenido pacíficamente la Sala (CSJSP714, 9 marzo 2022, Rad. 2022, entre muchas otras).

En todo caso, el sujeto era “foráneo”, esto es, no residía en la referida vereda.

El capturado fue identificado como JEPM.

Al llegar al lugar de los hechos, varios de los moradores señalaron al retenido como uno de los

sujetos que los habían privado de la libertad y que lograron huir al notar la presencia de los policiales [...]

Durante el contrainterrogatorio, el defensor se limitó a formular una pregunta, orientada a constatar si fue la señora AO quien señaló al retenido, a lo que el testigo contestó que fueron ella “y H”.

Así, no se discute que: (i) PM fue capturado cerca del lugar de los hechos; (ii) para ese entonces era sargento del Ejército Nacional -su versión ante los policiales fue corroborada con los datos aportados al proceso-; (iii) en ese momento, espontáneamente aceptó provenir de la finca Santa Bárbara; (iv) intentó huir al notar la presencia de la patrulla policial; (v) portaba una pistola; y (vi) no pertenecía a la comunidad de la vereda Veraguas, ni su presencia en el sitio tiene una explicación diferente a su participación en los hechos objeto de juzgamiento. Además, dio a entender que sí participó en el “operativo”, pero que lo hizo engañado con otras personas.

El testimonio del policial S es creíble, toda vez que: (i) su relato es coherente y rico en detalles; (ii) fue corroborado por sus compañeros de trabajo; (iii) también encuentra respaldo en las versiones de las víctimas; y (iv) no se avizoran razones para mentir con el propósito de perjudicar a otro uniformado (sargento del Ejército Nacional), a quien no conocía. Además, según se indicó, la defensa no impugnó su credibilidad.

En cuanto a los factores de corroboración, se tienen los siguientes:

El policial JPL, uno de los primeros en llegar al sitio de los hechos, asegura haberle informado a su compañero que se “habían volado” varios de los secuestradores, entre ellos uno afro descendiente.

Por su parte, el señor VGB, luego de narrar su retención cuando se aprestaba a entregarle 20 mil pesos a su esposa (embarazada), hizo énfasis en que pudo ver el rostro de uno de los hombres que custodiaba la casa de su vecina AO.

Dijo estar seguro de que esa persona es la misma que pudo ver luego en las audiencias, así como en la notaría donde se reunieron para concretar la indemnización de perjuicios, lo que le permitió enterarse de que se llama JEP.

En el mismo sentido declaró el señor HMHO, otra de las víctimas.

[...]

Relata, además, que se encontró de nuevo con PM en una notaría donde se concretó la

indemnización a las víctimas. En esa oportunidad, dice, le preguntó: “mi sargento, por qué hizo eso”, a lo que el procesado le respondió que actuó como “gancho ciego”.

Al respecto, no es admisible lo que plantea el Juzgado en el sentido de que la alusión al encuentro en la notaría implica valorar en contra del procesado su decisión de participar en el proceso indemnizatorio.

No. El dato es relevante porque permite confirmar que el sujeto que los testigos vieron en el lugar de los hechos, durante la privación de la libertad y, luego, cuando fue regresado a la finca en calidad de capturado, responde al nombre de JEPM.

Por demás, debe advertirse que estos testimonios son creíbles, por lo siguiente: (i) los declarantes aseguran que pudieron ver las características físicas del procesado, ya que el pasamontañas que tenía solo le cubría parte de la frente y la cabeza; (ii) esa percepción se facilitaba por la iluminación del lugar los hechos ocurrieron a partir de las 6:30 de la mañana y por el contacto que pudieron tener con los secuestradores, ya que estos deambularon por todo el lugar; (iii) el retorno de PM al lugar de los hechos, en calidad de capturado, ocurrió poco después de su huida, lo que les permitió percatarse de que se trataba de la misma persona; y (iv) no existen razones para que quisieran mentir con el propósito de perjudicarlo, ya que, según sus propias palabras, fue la persona que más aportó para la reparación de las víctimas.

Además, debe considerarse que el señor MH dijo que en la notaría se refirió a PM como sargento, para preguntarle por las razones de su conducta, a lo que este dio a entender que no sabía de la ilegalidad del procedimiento. Esta situación amerita los siguientes comentarios:

En primer lugar, el procesado, desde su captura, se atribuyó el rango de sargento, lo que fue corroborado con la información aportada al proceso sobre su vinculación al Ejército Nacional.

Además, la coartada que expuso ante el testigo H exactamente la misma que insinuó durante su captura, momento en el que aceptó provenir de la finca donde ocurrieron los hechos, pero dio a entender que “había sido engañado”.

En cuanto a dicha hipótesis alternativa (el procesado sí participó en los hechos pero lo hizo sin tener conocimiento de la ilegalidad del “operativo”), la Sala encuentra que es del todo inaceptable, toda vez que: (i) la defensa no aportó pruebas que la sustenten; (ii) el operativo era claramente ilegal, porque no de otra forma se hubiera justificado la retención de niños y adultos, así como la incautación de los celulares;

(iii) los policiales que declararon en el juicio dieron cuenta de las verificaciones que hicieron sobre la legalidad del procedimiento, obteniendo como respuesta que ninguna autoridad judicial, policial o militar había dispuesto o apoyado el operativo; (iv) de haber estado convencido de la legalidad del registro, no tendría por qué haber huido cuando los policiales llegaron a la finca; y (v) por las mismas razones, no existía justificación para que se adentrara en “una maraña” cuando fue interceptado por la patrulla que finalmente lo capturó cerca de una quebrada.

Sumado a lo anterior, no estaba debidamente uniformado cuando fue retenido, lo que descarta que hubiera podido creer que se trataba de un procedimiento oficial. Ello, sin perjuicio de las labores que desarrollaron en la finca, donde se dedicaron a romper los pisos, las paredes y el techo.

[...]

En este orden de ideas, aunque algunos testigos pudieron incurrir en imprecisiones sobre los lugares donde vieron a JEPM, lo que es entendible si se tiene en cuenta que declararon 8 años después de ocurridos los hechos, las pruebas practicadas durante el juicio oral demuestran más allá de duda razonable que el procesado participó conscientemente en un “operativo” ilegal, orientado a buscar una “guaca” o “caleta”, para lo que amedrentaron con armas de fuego a las víctimas, a quienes mantuvieron privadas de su libertad por varias horas.

En síntesis, lo anterior se desprende de lo siguiente: (i) la captura del procesado en inmediaciones del sitio de los hechos, en poder de un arma de fuego, luego de que se estableciera que varios perpetradores lograron huir; (ii) las manifestaciones espontáneas del retenido, atinentes a su presencia en la finca Santa Bárbara y a un supuesto engaño de que fue víctima; (iii) la inexistencia de otras razones que justifiquen su presencia en esa zona; (iv) el señalamiento directo que hicieron las víctimas, quienes dijeron estar seguros de que el procesado es el sujeto que vieron participando de la retención ilegal, el mismo que fue regresado al sitio de los hechos en calidad de capturado y quien se reunió con ellos posteriormente en una notaría para concretar la reparación de perjuicios.

En todo caso, no se avizoran otras hipótesis que permitan explicar los datos expuestos en precedencia, al punto que pueda hablarse, como lo hace el censor, de la existencia de duda razonable sobre la responsabilidad penal del procesado».

SECUESTRO SIMPLE - Agravado: incremento punitivo, cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado / **SECUESTRO SIMPLE** - Agravado: incremento punitivo, si la conducta se comete en menor de dieciocho (18) años / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Prevalece sobre el principio de legalidad

«Sobre la calificación jurídica, debe resaltarse lo siguiente:

Como ya se indicó, no se discute que el 30 de abril de 2010, en horas de la mañana, un grupo de personas, armadas con armas de fuego, llegó hasta la finca Santa Bárbara con el propósito de buscar una “guaca” o “caleta”.

Tampoco, que con ese fin retuvieron a los moradores del lugar, así como a varios de sus vecinos, a quienes les impidieron su libre movilización, así: (i) a los niños se les impidió ir a la escuela, (ii) uno de ellos no pudo ir a ordeñar una vaca, lo que se requería con urgencia para evitar que el animal se enfermara; (iii) otro, no pudo ir a llevarle un dinero a su esposa, que requería con urgencia para acudir al médico.

Sin duda, ello encaja en el delito de secuestro simple, previsto en el artículo 168 del Código Penal, tal y como lo concluyeron el Juzgado y el Tribunal. Este aspecto no fue rebatido por el censor.

Es igualmente claro que, para ese entonces, JEPM estaba adscrito al Ejército Nacional, en el rango de sargento. Por tanto, debe considerarse la circunstancia de agravación prevista en el artículo 170, numeral 5°, ídem, que dispone el respectivo incremento punitivo “cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado”.

Para garantizar el principio de non reformatio in pejus, la Sala no se pronunciará sobre la viabilidad de incluir, además, la circunstancia de agravación prevista en el numeral 1° de la norma en cita, a pesar de que es claro que el secuestro afectó a varios menores de 18 años»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: cuando la víctima reconoce al victimario / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando individualiza al victimario con base en la descripción de la víctima / **TESTIMONIO** - Credibilidad / **PETICIÓN DE PRINCIPIO** - No se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, se cumple

«En cuanto a los argumentos expuestos por el

demandante, la Sala los encuentra inadmisibles, por lo siguiente:

Sobre la falacia de petición de principio, el censor se limita a afirmar que el Tribunal dio por sentado el aspecto objeto de discusión, esto es, que JEPM participó en el secuestro perpetrado el 30 de abril de 2010, bajo las condiciones anotadas en precedencia.

Elude por completo lo que expuso el Tribunal sobre la captura de PM en inmediaciones de la finca donde ocurrieron los hechos, cuando intentó eludir una patrulla policial. Igualmente, que el retenido portaba un arma de fuego, y, espontáneamente, aceptó que venía de la finca Santa Bárbara y dio a entender que lo habían engañado.

En la misma línea, le restó importancia al señalamiento directo que hicieron varias víctimas, quienes aseguran haberlo visto en el lugar de los hechos, mientras se estaba perpetrando el secuestro, y, luego, tuvieron contacto con él en una notaría donde se materializó la reparación a las víctimas.

En lugar de explicar por qué lo anterior resulta insuficiente para concluir que PM participó voluntariamente en la retención de varias personas con el propósito de facilitar la búsqueda de una supuesta “guaca”, el memorialista se limita a cuestionar la valoración del testimonio de la señora AO, que fue aportado como prueba de referencia.

Aunque es cierto que la versión de dicha señora no resulta concluyente en cuanto a la participación del procesado en los hechos objeto de juzgamiento, entre otras cosas porque los interrogatorios no se orientaron a esclarecer lo concerniente a la participación de PM, también lo es que las demás pruebas practicadas durante el juicio oral demuestran más allá de duda razonable que el procesado hizo parte del grupo que sometió a los moradores de la finca Santa Bárbara y a algunos vecinos que tuvieron el infortunio de presenciar lo que estaba sucediendo.

Como se indicó en el numeral anterior, los señalamientos directos que hicieron VGBS y HMHO, entre otros, quienes aseguran haber visto el rostro de PM mientras contribuía a la acción ilegal y haberlo reconocido cuando lo llevaron capturado y, posteriormente, cuando se reunieron con él en una notaría para concretar la reparación de los perjuicios, coinciden plenamente con el hecho de que este sargento del Ejército Nacional fue capturado cerca de la finca donde ocurrieron los hechos, con un arma de fuego en su poder, sin perjuicio de que intentó

huir cuando notó la presencia de la patrulla policial y aceptó espontáneamente haber estado en el lugar de los hechos, aunque dio a entender que fue víctima de un supuesto engaño.

De otro lado, igualmente sin ningún desarrollo, el memorialista da a entender que existen otras hipótesis plausibles, que generan duda razonable sobre la participación de su defendido en el secuestro de varias personas.

Sin embargo, no dedica ni una línea a explicar cuáles son esas hipótesis y cuáles los fundamentos que permitan catalogarlas como verdaderamente plausibles.

El censor tenía la carga de explicar, por ejemplo, de qué otra forma podría explicarse la presencia del militar en inmediaciones de la finca donde ocurrieron los hechos, máxime si se tiene en cuenta que el policial que lo capturó dejó en claro que era un “foráneo”, esto es, que no hacía parte de esa comunidad.

Igualmente, debía explicar por qué su representado huyó de la finca cuando notó la presencia de los policiales e intentó eludir la patrulla que se dirigía al sitio para apoyar las múltiples capturas y la incautación de las armas de fuego y demás elementos utilizados por los perpetradores.

Finalmente, tenía la carga de explicar por qué resultan inverosímiles las versiones de quienes señalaron directamente a PM como uno de los coautores del secuestro, y por qué podría cuestionarse la versión del policial que asegura haberlo capturado en las condiciones ya

anotadas.

El defensor elude por completo estas cargas argumentativas, toda vez que, como ya se dijo, se limita a cuestionar solo uno de los testimonios de cargo (el aportado como prueba de referencia) y a trasgredir el principio de corrección material, pues asegura que el Tribunal dio por sentada la participación de PM en los hechos ya referidos, sin considerar que la condena se fundamenta en la presencia del procesado en el sitio de los hechos y en los señalamientos directos realizados por las víctimas.

Finalmente, menciona supuestas inconsistencias en la descripción del procesado, pero no tiene en cuenta que: (i) los testigos de cargo no fueron impugnados frente a este aspecto en particular; (ii) dijeron estar seguros de que el sujeto que vieron prestando diversas funciones durante la retención ilegal es el mismo que fue retornado al sitio de los hechos en calidad de capturado y coincide con quien estuvo en la notaría donde se materializó la reparación a las víctimas; (iii) a PM le fue incautada un arma pequeña, por lo que es posible que la misma no hubiera sido detectada por las víctimas; (iv) los declarantes no tenían razones para mentir, pues no conocían al procesado y, además, éste fue quien más contribuyó a su reparación integral; y (v) los testimonios fueron recibidos alrededor de 8 años después de ocurridos los hechos, por lo que es entendible que presenten algunas inconsistencias, aunque, en lo medular, no admiten reparos».

Inicio

12. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, no es un hecho jurídicamente relevante /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, demostración de la fecha de ocurrencia /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: no se vulnera, cuando hay omisión o falta de precisión acerca de la fecha de los hechos

Resolvió la Corte el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría Judicial II Penal contra el fallo proferido por el Tribunal de Cali, mediante el cual revocó la sentencia de condena dictada por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad contra ACT, como autor del “delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado” para, en su lugar, absolverlo por el

punible de “actos sexuales con menor de 14 años agravado ocurridos de febrero a marzo de 2018” y “compulsar copias por los hechos ocurridos entre los meses de febrero y marzo de 2019”.

La Sala casó el fallo absolutorio proferido por el Tribunal de Cali para, en su lugar, confirmar la condena proferida contra ACT, en primera instancia, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

En este caso, la Corte recordó que, en sucesos similares, ha precisado que si bien la fecha de los hechos corresponde a un “dato que de forma ideal debe contener el escrito de acusación”, lo cierto es que si no se registra, tal omisión no torna ilegal ese acto o el trámite en general, pues no se trata de un hecho jurídicamente relevante.

Así las cosas, concluyó que, la Fiscalía mantuvo el núcleo fáctico del único comportamiento

investigado, tanto en la imputación, como en la acusación, y así se profirió el fallo de condena de primer grado. En esas circunstancias, no se vulneró el principio de congruencia, pues, la fecha en sí misma considerada no constituye un componente imprescindible en la definición de los hechos jurídicamente relevantes, siempre que de su presentación pueda establecerse el día o la época de su ocurrencia.

SP414-2023(62801) de 04/10/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

Salvamento de voto:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. En febrero o marzo de 2019, el menor M.A.M.R. , de 12 años de edad, fue accedido carnalmente en una ocasión por ACT, quien aprovechándose de la confianza depositada a raíz de la relación sentimental que sostuvo con SRP, madre de la víctima, ingresó a la casa, amarró sus manos, le colocó un trapo en la boca y mediante la fuerza lo sometió para entonces penetrarlo con su pene por vía anal, amenazándolo a él y otros miembros de su núcleo familiar con causarles la muerte si denunciaban lo sucedido. Al escuchar el relato del niño, su progenitora formuló la correspondiente noticia criminal.
2. En audiencia realizada el 9 de marzo de 2020, el Juez 14 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Cali legalizó la aprehensión –previamente ordenada– de ACT y en la misma oportunidad le fue imputada la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en calidad de autor. A instancia de la Fiscalía le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.
3. Presentado el escrito de acusación, la respectiva audiencia se realizó el 4 de septiembre de 2020 en los mismos términos de la imputación.
4. Surtida la fase del juicio, el Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali dictó fallo contra ACT, condenándolo a 228 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito objeto de acusación. Le fue

negada tanto la condena de ejecución condicional como la prisión domiciliaria.

5. Impugnado el fallo por la defensa, el Tribunal de Cali lo revocó para, en su lugar, absolver al procesado por el delito de “actos sexuales con menor de 14 años agravado ocurridos de febrero a marzo de 2018”, mediante la sentencia recurrida en casación por el Ministerio Público, dictada el 7 de septiembre de 2022, oportunidad en la cual dispuso compulsar copias para investigar los sucesos acaecidos entre febrero y marzo de 2019.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Congruencia fáctica: el núcleo central de la imputación es intangible / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se debe respetar el eje central o núcleo básico de la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera si se respeta el núcleo factico de la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, no es un hecho jurídicamente relevante / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, demostración de la fecha de ocurrencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: no se vulnera, cuando hay omisión o falta de precisión acerca de la fecha de los hechos / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el acceso carnal violento / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único: prevalece frente al principio de legalidad, evento en que la conducta trasciende al tipo de actos sexuales abusivos y se encasilla en el de acceso carnal, pero no es dable la corrección del yerro

«La Corte en sucesos similares al que ahora concita su atención, ha precisado que si bien la fecha de los hechos corresponde a un “dato que de forma ideal debe contener el escrito de acusación”, lo cierto es que si no se registra, tal omisión no torna “ilegal ese acto o el trámite en general, pues no se trata de un hecho jurídicamente relevante y la información puede completarse en las observaciones al escrito de acusación, o emerger acreditado en la actividad probatoria del juicio, la cual justamente propende por la reconstrucción de la verdad de los sucesos y las circunstancias de todo orden que rodearon su producción”.

En tal sentido, aunque no es paradigma de óptima formulación una acusación en la cual se omite precisar la fecha o siquiera época probable de comisión del comportamiento delictivo, se indicó en la misma decisión, “esas imprecisiones

lejos están de constituir irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o los derechos fundamentales”, pues conforme a los requisitos de la acusación establecidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, importa destacar el correspondiente a la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, resultando suficiente que la Fiscalía en tal oportunidad ofrezca “una exposición fáctica concreta y suficiente para que el acusado comprenda el devenir ilícito del cual debe defenderse en juicio”

Ahora, la Sala ha dilucidado que el principio de congruencia obedece al imperativo de que exista identidad y uniformidad entre el núcleo fáctico de la imputación, el delito atribuido en la acusación y aquél por el cual se profiere el fallo de condena, con el propósito de garantizar, entre otros, el ejercicio del derecho a la defensa, en cuanto el acusado debe tener certidumbre acerca de los hechos y delitos respecto de los cuales debe defenderse, lo cual conlleva también delimitación del tema de la prueba para las partes e intervinientes.

Ese núcleo fáctico de la imputación corresponde a la secuencia de hechos jurídicamente relevantes que se acomodan al modelo de conducta definido por el legislador en los distintos tipos penales, de manera que se vulnera el principio de congruencia cuando se desconoce dicho núcleo material de hechos.

A partir de las precisiones anteriores, constata la Corte que en este asunto la Fiscalía mantuvo el núcleo fáctico del único comportamiento investigado, tanto en la imputación, como en la acusación y así se profirió el fallo de condena de primer grado, de manera que si bien en la audiencia del 9 de marzo de 2020 no se aludió de manera alguna a la fecha o época del hecho y en la acusación y su audiencia del 4 de septiembre siguiente se dijo que se trataba del primer trimestre de 2018, para en la anunciación de la teoría del caso al comienzo del debate oral (21 de enero de 2021) precisar que se trató de febrero o marzo de 2019, se impone reconocer que en el ámbito de los hechos jurídicamente relevantes no se introdujo una variación en lo fáctico o en la calificación jurídica.

En efecto, el único comportamiento que motivó este proceso fue el referido al proceder de AC de llegar a la residencia donde se encontraba solo el menor M.A.M.R., de 12 años de edad, hijo de su exnovia, para entonces proceder mediante violencia a amarrarlo y accederlo carnalmente por vía anal. Se colige, por ende, que el núcleo fáctico de la imputación se mantuvo invariable y,

en esas circunstancias, no se vulneró el principio de congruencia.

En el juicio se escucharon, además de la declaración de la víctima y de su progenitora SRP, a la Médica SAD, quien realizó la valoración sexológica al niño el 16 de junio de 2019, así como a la psicóloga CP sobre la historia clínica del menor en la Dirección de Sanidad Militar, quien lo escuchó el 17 de julio del mismo año, coincidiendo las cuatro declaraciones en los pormenores relatados por aquél acerca de cómo fue accedido sexualmente mediante sometimiento físico por CT proceder que la Fiscalía adecuó al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pero el Tribunal precisó con acierto en el fallo, que al mediar fuerza, la consumación no se produjo por el consentimiento viciado derivado de la inmadurez psico-sexual del menor, sino por un despliegue de violencia que lo dejó en inacción para proceder a su acceso, es decir, se trató en verdad de un acceso carnal violento, sin incidencia en la punibilidad.

Así, incurrió en error la Corporación de segundo grado al considerar que si bien en sus testimonios, la víctima y su madre afirmaron que los hechos ocurrieron en febrero o marzo de 2019 en su casa ubicada en el Barrio S de Cali, a donde llegó AC y aprovechando que el niño estaba solo lo tomó por la fuerza y luego de quitarle la ropa lo penetró con su miembro viril, pero como la Fiscalía en la acusación dijo que el hecho tuvo lugar en el primer trimestre de 2018 y al referir la teoría del caso precisó que se trató de febrero o marzo de 2019, se quebrantó el principio de congruencia y por ello absolvió al acusado. En efecto, el Tribunal no ponderó que el núcleo fáctico no se modificó, como quedó visto, y tampoco se condenó en primera instancia por un hecho diferente al establecido en la imputación y en la acusación.

Si como se advirtió inicialmente, el principio de congruencia pretende descartar un indebido sorpresimiento del procesado o de su defensor, encuentra la Sala que tal situación no ocurrió en este caso, pues desde su inicio la Fiscalía precisó los hechos jurídicamente relevantes, sin que su error sobre el año haya resultado ajeno al acusado o su abogado.

Desde luego, causa curiosidad que el Tribunal, luego de manifestar que “aunque no tiene discusión que es notoria la ausencia de fecha o espacio de tiempo en que ocurrieron los vejámenes sexuales que se le endilgan, estos fueron concretados por la Fiscalía en la formulación de acusación en los que se estableció por solicitud de la defensa que ocurrieron en los

meses de febrero o marzo de 2018 y por una sola vez, el aquí procesado presuntamente accedió carnalmente por el ano al menor M.A.M.R en su residencia ubicada en el sector de SF S de esta ciudad, cuando el menor contaba con 12 años de edad” y proferir la absolució en favor de AC, haya decidido compulsar copias para que se investiguen los hechos ocurridos en febrero o marzo de 2019, cual si se tratara de una conducta diversa de aquella por la cual decidió absolver, en cuanto es claro en el desarrollo del proceso la Fiscalía insistió en que se trató de un solo episodio.

Al respecto, no en vano el defensor del acusado expresó en el traslado de la demanda de casación que “si bien está demostrada la modalidad y lugar de la conducta, no se probó con precisión cuándo se produjo, aspecto que no se puede subsanar, en cuanto es necesario definir las fechas”, sin tener en cuenta que, como ya lo ha definido la Corte, la fecha en sí misma considerada no constituye un componente imprescindible en la definición de los hechos jurídicamente relevantes, siempre que de su presentación pueda establecerse el día o la época de su ocurrencia.

En efecto, en este asunto siempre estuvo claro que el suceso ocurrió en Cali, no en Bruselas (Huila), después del rompimiento de la relación sentimental entre CT y la madre de la víctima, no antes.

Además, si el único episodio de produjo cuando el niño tenía 12 años en 2019, se estipuló esa edad para cuando ocurrieron los hechos y se acreditó con el registro civil que nació el 26 de agosto de 2006, no había dificultad para concluir que en el primer semestre de 2018 la víctima tenía 11 años, no 12.

De otra parte, en el curso de la actuación no se negó la relación de AC con SR, madre de la víctima, ni fue desconocida su presencia en Cali desde mediados de 2018, provenientes del Huila, como tampoco que el acusado vivió con ella y el menor en la casa donde ocurrió el comportamiento investigado, todo lo cual permite colegir que el núcleo fáctico permaneció invariable y no se sorprendió al acusado.

Adicionalmente, como testigos de las amenazas que AC hizo a la familia de la víctima, declararon LFMP y YAMR (nuera e hijo de SR, respectivamente), quienes revelaron que las intimidaciones las hizo por vía telefónica o de manera personal, diciéndoles que si denunciaban los decapitaría y metería sus cabezas en una bolsa, amenazas que terminaron cuando CT fue capturado y detenido, circunstancias que descartan el pretendido desconocimiento de los hechos por los cuales fue imputado, acusado y condenado.

Entonces, de acuerdo a lo planteado por el Ministerio Público en la demanda y sustentación, y avalado por la Fiscalía, se impone casar el fallo absolutorio proferido por el Tribunal para, en su lugar, confirmar la sentencia condenatoria proferida en primera instancia como autor del delito de acceso carnal con menor de 14 años.

Precisa la Sala que si bien conforme al relato de la víctima, al exponer: “Él me cogió a las malas, fue a la pieza donde yo estaba y me cogió a las malas, me llevó a la cama, me amarró de los brazos, le dije que si no me soltaba iba a gritar. Me puso un trapo en la boca, pero no me puso nada en los pies, entonces, como yo me estaba moviendo mucho y todo porque yo no quería que me hiciera nada porque yo intentaba gritar, pero no podía porque tenía ese trapo en la boca. Después de eso, fue donde él me penetró, el me hizo eso, yo saqué fuerza de donde más tenía y me solté, yo lo saqué de la casa. Él se fue, se retiró, yo lo que hice fue bañarme”, el acceso carnal no fue producto del consentimiento viciado por presunción de derecho de inmadurez psico-sexual en su condición de menor de 14 años, sino por la utilización de violencia para hacerlo vulnerable y someterlo, tal imputación jurídica no puede ser modificada en esta decisión, en aras de salvaguardar el derecho a la interdicción de reforma peyorativa de AC, pues así fue imputado y acusado por la Fiscalía, además que por tal punible se profirió el fallo de primer grado, sin que el Ministerio Público apelara tal aspecto».

13. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, no es dable dictar sentencia cuando sean vulneradas

/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Preacuerdos y negociaciones: derechos de las víctimas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Preacuerdos y negociaciones: reglas que deben ser acatadas por los fiscales al celebrarlos, y por los jueces, al verificar los requisitos de la sentencia condenatoria anticipada / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO -

Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Acusación: el juez no puede hacer control material, salvo ante calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales / **VIOLENCIA**

INTRAFAMILIAR - Delito subsidiario: si se desconoce la residualidad, se vulnera el principio de legalidad / **VIOLENCIA**

INTRAFAMILIAR AGRAVADA - No se configura: cuando se compromete el bien jurídico de la vida

La Corte Suprema de Justicia, dictó sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada por el representante de la víctima contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Juan de Pasto. Mediante esa decisión, se confirmó la condena impuesta a LANE como autor de violencia intrafamiliar agravada.

La Sala casó la sentencia de segunda instancia, y, en su lugar, anuló la actuación desde la audiencia de formulación de imputación, inclusive, atendiendo a que, la Fiscalía desconoció la cláusula de residualidad propia del delito de violencia intrafamiliar; esto es, no tuvo en cuenta que los hechos materia de investigación pueden encontrar adecuación típica en un delito de mayor gravedad, por amenazar efectivamente la vida de la víctima. Aunado a lo anterior, los juzgadores de instancia, en múltiples etapas, eludieron los controles a los que estaban obligados, desconociendo el principio de legalidad y las garantías de verdad y justicia.

Fue así como, la Corte concluyó que: i) al formular la imputación, el fiscal cercenó la hipótesis fáctica, excluyendo hechos pertinentes, indicativos de que la conducta del acusado puso en peligro efectivo la vida de la víctima; ii) la selección e interpretación de las normas penales aplicables al caso, referidas por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, son manifiestamente equivocadas, dado el insuficiente abordaje de la cláusula de

subsidiariedad prevista en el art. 229 inc. 1° del C.P.; iii) el juez de conocimiento incumplió su deber de intervenir ante una calificación jurídica manifiestamente ilegal; iv) esas irregularidades afectaron los derechos de la víctima, ya que su caso no se analizó a la luz de las normas pertinentes, claramente orientadas a una mayor protección desde el punto de vista de las prerrogativas de verdad y justicia; v) al estudiar la pretensión de condena, que incluye el estudio de las evidencias presentadas a la luz del art. 327 del C.P.P., los juzgadores omitieron la apreciación de evidencia indicativa de la amenaza al bien jurídico de la vida en el ataque que el acusado le propinó a la víctima y vi) lo anterior permite cuestionar la objetividad y apego a la legalidad con la que actuó el fiscal al realizar el juicio de acusación y, luego, al celebrar el acuerdo con el procesado.

SP475-2023(58432) de 22/11/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Aclaración de Voto:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 16 de abril de 2018, en Pasto (Nariño), alrededor de la 1:30 p.m. LAVC llegó a su residencia y encontró que su pareja LANE se encontraba ingiriendo licor y escuchando música a un volumen alto. LAVC le dijo que si deseaba seguir tomando era mejor que se fuera del lugar. Aquél aceptó y se marchó.
2. Hacia las 6:30 p.m., el señor LANE regresó en estado de embriaguez; la señora LAVC le manifestó que la relación no estaba bien y para evitar inconvenientes tomara sus pertenencias y cesaran la convivencia. LANE se enfureció y le reclamó por un amigo, ella le respondió que cuando decidieron convivir, él sabía del oficio al que se dedicaba (prostitución), a lo que aquél reaccionó con palabras soeces y denigrantes.
3. LAVC hizo caso omiso y se disponía a salir a laborar, pero LANE la sujetó del hombro y siguió agrediéndola verbalmente, atentando contra su condición de mujer con palabras como “puta, zorra, te voy y me voy a joder la vida”; seguidamente fue a la cocina, tomó un cuchillo y le propinó una herida bajo el seno izquierdo. LAVC exaltada le reclamó y aquél intentó hierla nuevamente con ese elemento cortopunzante en la zona del pecho. Forcejearon alrededor de 20 minutos. Finalmente, ella logró desarmarlo, pero

se estaba desangrando, al punto que lentamente perdía la consciencia y bronco aspiraba.

4. La señora salió a la calle, donde fue auxiliada por habitantes del sector que le ayudaron a llegar al CAI más cercano. De ahí fue llevada a un centro hospitalario, pues se trataba de una herida profunda en la zona abdominal, donde fue necesario que recibiera una intervención quirúrgica, pues se puso efectivamente en peligro la vida de la víctima.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, no es dable dictar sentencia cuando sean vulneradas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, casos en los que se entienden vulneradas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez, debe verificar que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable, demostrada con evidencias e información recaudada por la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, no puede hacerlo frente a la tipificación de la conducta, salvo violación flagrante a garantías fundamentales, cuando se aparta arbitrariamente del acontecer fáctico o atenta groseramente contra el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, límites a la facultad decisoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, violación del principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, aspectos que incluye / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derechos de las víctimas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, improcedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: reglas que deben ser acatadas por los fiscales al celebrarlos, y por los jueces, al verificar los requisitos de la sentencia condenatoria anticipada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: respeto de las garantías fundamentales a las partes e intervinientes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Acusación: el juez no puede hacer control material, salvo ante calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - Se vulnera

«La jurisprudencia de la Sala (cfr., entre muchas otras, CSJ SP2073-2020, rad. 52.227; SP1289-2021, rad. 54.691 y SP2442-2021, rad. 53.183) tiene suficientemente decantado que, por la vía de la aceptación pre-acordada de responsabilidad, no es dable dictar sentencia cuando se vulneren garantías fundamentales. Entre otras modalidades, esto ocurre cuando i) el fiscal, haciendo uso arbitrario de su discrecionalidad, modifica injustificadamente el componente fáctico de la acusación o aplica una calificación jurídica manifiestamente ilegal; ii) se desconocen mandatos para el amparo de prerrogativas propias de sujetos de especial protección, dada su condición de vulnerabilidad o iii) se infringen prohibiciones legales en la concesión de beneficios o éstos comportan la adjudicación de rebajas de pena desproporcionadas.

En ese contexto, tratándose del proceso abreviado, para la emisión de una condena anticipada el juez, entre otros aspectos, debe constatar que no se han violado los derechos de las partes o intervinientes (SP2073-2020, rad. 52.227, entre otras). Además, en concreción de esa labor de verificación, al emitir sentencia precedida de aceptación de culpabilidad, el juzgador no está obligado a dar por ciertos los hechos incluidos en la acusación, cuando no estén acreditados con cumplimiento del estándar de conocimiento de que trata el art. 327 del C.P.P. Ello no sólo apunta a garantizar al acusado el debido proceso, sino que es presupuesto para materializar el derecho a la verdad perteneciente a las víctimas, prerrogativa con fundamento en la cual tampoco le es dable al sentenciador conceder beneficios que exceden los límites legales ni convalidar calificaciones jurídicas inapropiadas (CSJ SP3002-2020, rad. 54.039).

A este último respecto, aunque los jueces no pueden controlar materialmente los actos de atribución de responsabilidad en la imputación ni en la acusación, al momento de dictar sentencia e, incluso, a la hora de verificar la

legalidad de una aceptación de responsabilidad, sí deben constatar que la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador, esto es, el juez ha de aplicar un examen sobre la corrección del juicio de adecuación típica propuesto por el fiscal, en tanto fundamento de su pretensión punitiva (CSJ SP 11 dic. 2018, rad. 52.311; CSJ SP 5 jun. 2019, rad. 51.007 y SP3002-2020, rad. 54.039; SP2442-2021, rad. 53.183 y SP379-2022, rad. 58.186, entre otras).

En ese marco conceptual, la Corte ha identificado que, entre otros, un supuesto de ilegalidad que impide validar una condena por aceptación pre-acordada de responsabilidad es cuando aquélla se basa en una calificación jurídica manifiestamente errónea. Ello no solo implica la afectación del debido proceso en su componente abstracto de legalidad, sino que, en concreto, comporta vulneración a las garantías a la verdad y a la justicia en cabeza de las víctimas.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional en la SU 479 de 2019, “las autoridades judiciales, como todas en un Estado democrático, se hallan regidas por el principio de legalidad y, si bien la justicia consensual rodea al Fiscal de una serie de competencias discrecionales, con el fin de terminar anticipadamente los procesos en pro de una justicia celer y eficiente, ello no puede llegar al extremo de entender que un acuerdo para una sentencia anticipada puede lograrse a cualquier costo o de cualquier manera, esto es, de manera arbitraria (no discrecional-reglada) y con el solo fin de llegar a cualquier resultado que finiquite la actuación, sobrepasando los claros fines del instituto procesal de los preacuerdos, entre ellos aprestiar la justicia”.

En ese contexto, al revisar la legalidad y procedencia de los preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y los procesados, “los jueces deben examinar la correspondencia entre los hechos imputados y los que son base del acuerdo, puesto que el fiscal no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. De ahí que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal” (cfr., entre otras, CSJ SP931-2016 y SP379-2022, rad. 58.186).

[...]

Y, como pasa a exponerse, por desatención de las exigencias de pertinencia y suficiencia, que condicionan la corrección de todo juicio de adecuación típica, en el asunto bajo examen el fiscal confeccionó una acusación violatoria de la legalidad, con impacto negativo en las garantías de verdad y justicia en cabeza de la víctima, la cual conllevó a que se pre-acordada y sentenciara con base en una calificación jurídica manifiestamente ilegal»

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Delito subsidiario: explicación / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Delito subsidiario: cláusula de residualidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: cláusula de residualidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Delito pluriofensivo / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: verbo rector, maltratar, las acciones pueden ser tanto físicas como psicológicas / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Bien jurídico tutelado, no solo la armonía y unidad familiar

«El delito de violencia intrafamiliar, al tenor del art. 229 del C.P., es de carácter subsidiario, esto es, se incurre en él a condición de que el comportamiento del sujeto activo no constituya delito sancionado con pena mayor. Esa cláusula de residualidad, que hace parte de los elementos esenciales de ese tipo penal (cfr., entre otras, CSJ SP 3 dic. 2014, rad. 41.345; SP5392-2019, rad. 53.393), es reflejo de la naturaleza de la conducta típica (infligir maltrato físico o psicológico), la cual entraña aptitud de afectar, además de la unidad familiar, otros bienes jurídicos tutelados por la ley penal, como la vida, la integridad personal, la libertad o la autonomía personal (cfr., entre otras, C. Const., sent. C-368 de 2014 y C-029 de 2009).

55. De ahí que, en vista de la pluriofensividad de la conducta típica (maltratar), así como en aplicación de las funciones teleológica y sistemática del bien jurídico, el legislador haya previsto un mecanismo expreso de articulación (principio de subsidiariedad), ineludible a la hora de establecer si, en vista de la entidad y gravedad de la afectación de otro bien jurídico, ha de preferirse la subsunción en un tipo penal contentivo de una mayor respuesta punitiva, que sea proporcional al daño causado, más allá de la afectación de la unidad familiar»

TIPICIDAD - Proceso de adecuación típica / **TIPICIDAD** - Proceso de adecuación típica:

concurso aparente de tipos, principio de unidad de ley / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad, aplicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: respeto de las garantías fundamentales a las partes e intervinientes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, no es dable dictar sentencia cuando sean vulneradas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, violación del principio de legalidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Delito subsidiario: si se desconoce la residualidad, se vulnera el principio de legalidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA** - No se configura: cuando se compromete el bien jurídico de la vida

«Tratándose del respeto del principio de legalidad, unos hechos no pueden ser “más o menos” típicos. No. El juicio de adecuación típica puede ser positivo o negativo; correcto o incorrecto. De ahí que, en virtud del principio de unidad de ley, en situaciones de concurso aparente haya de resolverse esa pluralidad de opciones de adecuación prima facie para que, aplicados determinados criterios, se llegue a la solución precisa, adecuada.

En ese marco es que opera el principio de subsidiariedad, del cual el delito de violencia intrafamiliar es prototipo, por contener una cláusula expresa de remisión que obliga al intérprete a examinar si la conducta atribuida al sujeto activo (maltratar), articulada con todas las circunstancias en que tuvo lugar, se ajusta a otro tipo penal que, por lesionar un bien jurídico de mayor entidad, prefiere al lesivo de la unidad y armonía familiares.

Así que a una calificación jurídica insuficiente y, por ende, manifiestamente ilegal, puede llegarse si se pasa por alto una situación de concurso aparente o impropio, en la que el intérprete (llámese fiscal, inicialmente, o juez), desconoce la ley penal primariamente aplicable que desplaza a la o las restantes.

Tratándose del delito de violencia intrafamiliar, si se pasa por alto la subsidiariedad, sin verificar si el contenido de injusto de la acción de maltrato es abarcado completamente por otro tipo penal, sancionado con pena más grave, se infringe un

componente de la legalidad, acorde con el cual la ley primaria deroga a la ley subsidiaria, que solo aplica de forma auxiliar cuando no lo haga otra disposición.

Desde esa perspectiva, salta a la vista que la calificación jurídica aplicada por el fiscal desde la imputación, ratificada en la acusación y que, a su vez, fue validada por los juzgadores a la hora de verificar la legalidad del preacuerdo y dictar sentencia tanto en primera, como en segunda instancia, es manifiestamente incorrecta. Ello, por cuanto, como acertadamente lo alegó la representante de víctimas en curso de la actuación, existiendo circunstancias que evidentemente comprometen el bien jurídico de la vida, de mayor entidad que el de la unidad e integridad familiares, el juicio de adecuación típica aplicado por los prenombrados funcionarios no verificó que otro precepto (tipo penal) podía intervenir preferentemente.

La impropiedad radica en la aplicación de un insuficiente juicio de adecuación típica, pues los hechos constitutivos de la hipótesis delictiva (delimitados en la imputación fáctica contenida en la acusación), muestran, en primer lugar, que a la víctima le fueron causadas lesiones que como lo resaltó el fiscal pusieron en riesgo la vida de aquella, no sólo por recaer en una zona anatómica (abdominal) que, al ser apuñalada profundamente, puede comprometer órganos vitales, sino que, por existir sangrado interno, alcanzaron a provocar un estado alterativo de la función respiratoria (bronco-aspiración), el cual puede producir asfixia. Además, en segundo término, se pretermitió la connotación jurídica de otras circunstancias pertinentes que rodearon los hechos, como el intento de apuñalamiento de la mujer en el pecho, el cual se impidió por ella tras un largo forcejeo con el que logró desarmar a su agresor, quien la atacó luego de advertirle que “le iba a joder la vida”.

Sobre el primer aspecto, cifrado en el riesgo mortal de la puñalada efectivamente propinada a la señora VC, la advertencia del fiscal, en punto del peligro en que se puso la vida de la víctima, deriva del segundo informe médico legal sobre lesiones no fatales, conforme al cual a LA se le causó una “herida de pared abdominal penetrante de 3 cm, sin lesión de víscera hueca”. Esa misma observación se advierte en la historia clínica del Hospital Universitario, en el que se llevaron a cabo controles postoperatorios por “trauma penetrante HCI”. En el tercer

reconocimiento médico legal, las secuelas de deformidad permanente se caracterizaron como “cicatriz queloide, hipercrómica, ostensible, de 2.5 x 1.5 cm, ubicada en el hipocondrio izquierdo, a 8.0 cm de la línea media anterior y a 53 cm del vértice, con dolor a la palpación. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica, ostensible, mediana infra y supraumbilical de 23 x 0.3 cm, dolorosa a la palpación en el extremo superior”.

Respecto a la última cicatriz, ha de precisarse que la víctima también requirió de cirugía para drenaje de sangrado interno (hemoperitoneo), según consta en el primer reconocimiento médico forense. Es más: JLCO, amiga de la señora VC, indicó en entrevista que, al ir a visitarla al día siguiente en el hospital, la encontró “entubada, con el estómago abierto”.

En cuanto a la segunda cuestión, la puñalada propinada por el acusado no fue la única agresión física que recibió la señora VC, pues aquél intentó hierirla nuevamente con el elemento corto punzante en el pecho, región del cuerpo que, por experiencia, se sabe que si es afectada puede causar la muerte.

Pero, más allá de ese riesgo hipotético, como tercera medida, la narración de circunstancias modales de la agresión expuesta por el acusador hace plausible una agresión compatible con la intención de matar. Al respecto, en entrevista, la víctima relató: “ahí sentí que él venía nuevamente hacia mí a pegarme otra puñalada al pecho. Levanté las manos y forcejeamos más o menos por unos 20 minutos. Yo estaba herida y sangrando. No sé de dónde saqué fuerza, todo por salvarme porque él me iba a matar; el tiró fue a matarme...”

Y ello ha de articularse con el hecho cifrado en que los ataques con cuchillo estuvieron precedidos de la advertencia hecha por el procesado, en el sentido de querer “joder la vida” de la víctima y, luego, “joderse la propia vida”. Además, la agresión no cesó por voluntad del señor NE, sino debido a que LA, tras evitar que la apuñalara en el pecho y forcejear con él por 20 minutos, logró desarmarlo. Incluso, el acusado la abandonó pese a que se estaba desangrando y empezó a bronco aspirar y, finalmente, aquélla pudo obtener oportuna atención médica, gracias al auxilio de vecinos.

Todas esas circunstancias, integrantes de las proposiciones de hecho incluidas en la imputación fáctica fijada en la acusación, fueron

inobservadas por el fiscal y los jueces de instancia en todas las etapas del proceso, pues limitaron el maltrato a una puñalada, desconociendo los intentos de un nuevo apuñalamiento y el contexto de intencionalidad con el que habría actuado el acusado. Y esa pretermisión conllevó al desconocimiento de la cláusula de subsidiariedad, dejando de verificar si, en vista de todas esas circunstancias que rodearon la conducta, el delito de violencia intrafamiliar perdía preferencia frente a otro de mayor gravedad.

Si bien las agresiones comportan maltrato físico y, dada la convivencia de víctima y agresor, afectan el bien jurídico de la unidad e integridad familiares, el juicio de adecuación típica base de la acusación y validado por los juzgadores de instancia se quedó en un primer nivel de análisis, del todo insuficiente, dado que no justificó, en términos penales sustanciales, por qué no había de aplicarse otro precepto distinto al tipo penal contenido en el art. 229 del C.P., de mayor gravedad.

En consecuencia, la adecuación típica aplicada por el fiscal, indebidamente validada por los juzgadores de instancia, es del todo incorrecta, dada su innegable insuficiencia. Más que eso, se torna inaudita si se tiene en cuenta que la propia acusación advierte que el comportamiento del procesado puso en riesgo efectivo la vida de la víctima, pero a la hora de calificarla jurídicamente el fiscal inexplicablemente entendió que únicamente se incurrió en un delito “contra la familia”.

Y esa errada connotación jurídica de los hechos, que hizo carrera durante todo el procedimiento, fue convalidada por los juzgadores de instancia, debido a que también aplicaron un incompleto juicio de adecuación típica que, a su vez, devino en un precario control de legalidad del preacuerdo, basado en una calificación jurídica manifiestamente incorrecta.

El a quo y el juez de circuito en segunda instancia se equivocaron al impartir legalidad a un acuerdo basado en unos hechos supuestamente constitutivos de violencia intrafamiliar, bajo el entendido que la conducta del acusado se redujo a haber “golpeado y cortado” a su compañera en el seno izquierdo.

A la hora de dictar sentencia, el juez pasó por alto varias circunstancias, así como la gravedad de los hechos, determinada por la efectiva puesta en

peligro de la vida de la víctima, para reducir el maltrato físico a “la afectación de la armonía de dicho grupo familiar”.

A su turno, pese a las advertencias de la representante de la víctima, el tribunal eludió el control de legalidad y de afectación de garantías fundamentales que han de aplicar los juzgadores de conocimiento tanto en primera como en segunda instancia. Pese a sostener que la Fiscalía “debe respetar el núcleo fáctico de las imputaciones que determinan una correcta adecuación típica”, incomprensiblemente advirtió que la calificación jurídica, “carece de cualquier tipo de control o verificación por parte del juez”.

De ahí que, no obstante haber verificado un contexto de violencia de género que rodeó las agresiones del 16 de abril de 2018, el ad quem igualmente soslayó la completud de los hechos y los redujo a maltrato psicológico y físico por una “lesión abdominal”, apenas lesiva de la unidad familiar, pese a que la conducta atribuida al procesado en la acusación estaba rodeada de más circunstancias indicativas de la amenaza al bien jurídico de la vida e integridad personal»

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Se vulnera / **VÍCTIMA** - Derecho a la verdad, la justicia y la reparación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: límites, está prohibida la acumulación de beneficios / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, proporcionalidad, evaluación por parte del juez / **NULIDAD** - Error en la calificación jurídica: se configura / **NULIDAD** - Error en la calificación jurídica: se configura, desde la audiencia de formulación de imputación, porque en la acusación se adicionaron los hechos

«[...] desde la formulación de la imputación, el fiscal erró al atribuir al imputado la posible comisión del delito de violencia intrafamiliar agravado, debido al recorte de circunstancias integrantes de la hipótesis delictiva. Esa equivocación se consolidó por cuanto, en la audiencia de formulación de acusación, agregó hechos pertinentes, indicativos de una probable amenaza a la vida de la víctima, pero en todo caso calificó la conducta en idénticos términos.

Por ende, con la calificación jurídica manifiestamente errónea no sólo se afectó la

prerrogativa de verdad, en cabeza de la víctima, sino que igualmente se desconoció su garantía a la justicia y, en el fondo, se quebrantó la prohibición de conceder múltiples beneficios, pues la adecuación típica en violencia intrafamiliar, además de inadmisibles, ya comportaba un trato benigno, al que se le sumó el reconocimiento de una diminuyente genérica de punibilidad.

La expectativa de verdad se justifica en que las víctimas han de contar con el derecho a saber qué fue lo ocurrido y, bajo tal supuesto, corroborar que el Estado censura institucionalmente unos hechos con la connotación de gravedad estipulada en la ley, como muestra de desaprobación. El derecho a la justicia, entre otras facetas, implica que una de las formas de reparar el daño infligido es la debida sanción de tales actos; esto es, que el responsable recibirá un castigo proporcional al daño causado.

La relevancia de estas equivocaciones radica en que la Fiscalía no tuvo en cuenta que los hechos materia de investigación pueden encontrar adecuación típica en un delito de mayor gravedad, por amenazar efectivamente la vida de la víctima, y que los juzgadores de instancia, en múltiples etapas, eludieron los controles a los que estaban obligados, desconociendo el principio de legalidad y las garantías de verdad y justicia.

La Sala ha de reiterar (CSJ SP 2442-2021, rad. 53.183) que si las calificaciones jurídicas erróneas están inequívocamente orientadas a eludir las prohibiciones legales en materia de acuerdos, los jueces deben tomar los correctivos pertinentes, entre otras cosas porque: i) al evaluar un acuerdo, no realizan un control material a la acusación, entendida como la comunicación de los cargos, sino que analizan la pretensión de que se emita una sentencia anticipada; ii) al emitir la sentencia (anticipada o en el trámite ordinario), han de verificar los presupuestos fácticos y jurídicos de la pretensión y iii) en el caso de sentencia anticipada por acuerdos o allanamiento a cargos, están obligados a verificar la legalidad del convenio o de la aceptación unilateral.

Por último, la errada calificación jurídica podría ser corregida en la audiencia de formulación de acusación, ya que ese es el momento previsto por el legislador para que la Fiscalía concrete ese aspecto del llamamiento a juicio (CSJ SP2042-2019, rad. 51.007 de 2019, entre otras). Empero,

como aquí se adicionaron hechos en la acusación, a fin de mantener indemne la estructura del proceso, preservando la congruencia e igualmente la garantía de defensa en cabeza del procesado, la nulidad ha de comprender la audiencia de formulación de imputación (opción excepcional permitida por la jurisprudencia cuando hay fijación insuficiente de hechos jurídicamente relevantes), a fin de que el fiscal incluya en la atribución fáctica todas las circunstancias que rodearon el ataque a la víctima, indicativas de amenaza a la vida de ésta y, en consecuencia, ajuste la adecuación típica de la conducta»

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: hace llamado urgente para que se adopten medidas que protejan la vida e integridad de la víctima / **CASACIÓN** - Sentencia:

la Sala casa la sentencia y decreta la nulidad

«[...] ante la evidencia de amenazas de muerte que el procesado recurrentemente ha dirigido a la víctima, la Sala hace un llamado urgente a la Unidad de Protección de Víctimas de la Fiscalía General de la Nación para que, al tenor del art. 114-6 del C.P.P., adopte medidas pertinentes para proteger a la señora VC en su vida e integridad. Así mismo, se insta a la Oficina Especial de Apoyo del Grupo de Representación Judicial de Víctimas de la Defensoría Pública para que, con fundamento en los arts. 4° y 5° lit. f) de la Ley 1257 de 2008, promueva ante la autoridad competente la aplicación de una medida de protección inmediata a fin de precaver atentados contra la vida o integridad de LAVC».

Inicio

14. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Prueba común: reglas jurisprudenciales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba

común: si se hace con el único propósito de cuestionar la credibilidad de los testimonios, no satisface la exigencia de pertinencia y se torna improcedente / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Prueba común: no se le pueden hacer exigencias adicionales a la defensa para su solicitud / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Audiencia de control de legalidad posterior: término para su adelantamiento / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Exclusión de la prueba: no se configura, cuando la audiencia de control de legalidad posterior no se llevó a cabo, en el término dispuesto, por circunstancias atribuibles a la defensa

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre los recursos de apelación interpuestos por los defensores de EJCB, LFHC y RPM contra el auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, mediante el cual, entre otras determinaciones, negó algunas de las pruebas testimoniales que postularon los recurrentes, así como la exclusión de los resultados de las interceptaciones telefónicas realizadas por la Fiscalía General de la Nación.

La Corte revocó parcialmente el auto impugnado, para, en su lugar, decretar las pruebas

testimoniales de JJCE y JAGC solicitadas por RPM y EJCB, para lo cual, sintetizó las reglas jurisprudenciales en relación con la prueba de interés común.

De igual manera, al momento de analizar la solicitud de exclusión de las interceptaciones telefónicas ordenadas por la Fiscalía, fundamentada en que la audiencia de control posterior no se llevó a cabo dentro de los términos dispuestos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, la Sala explicó que la norma es clara en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.

Sin embargo, en el presente caso, la Fiscalía atendió la carga que le correspondía, esto es, dentro del plazo de 24 horas siguientes a la recepción del informe de policía judicial, solicitó que se llevara a cabo el correspondiente control judicial posterior a las interceptaciones, pero fue la defensa quien propició las circunstancias que impidieron el cabal desarrollo de la diligencia dentro del término correspondiente.

AP3424-2023(63001) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 24 de marzo de 2022 y, el 2 de septiembre siguiente, la Sala de conocimiento emitió pronunciamiento sobre las peticiones probatorias. Puntualmente, decidió admitir las solicitadas por las partes en las sesiones de audiencia preparatoria, con algunas excepciones.

2. Culminada la lectura del precitado auto, los defensores de los procesados lo apelaron en las sesiones de audiencia del 23 y 27 de septiembre de 2022.

3. En la última fecha, el Tribunal se pronunció sobre la concesión de los recursos presentados, así:

3.1 Denegó el recurso de apelación en lo que atañe a discutir las pruebas que fueron decretadas a favor de la Fiscalía, por ser solamente procedente el de reposición.

3.2 Concedió los recursos de apelación que versaron frente a:

i) «[L]a negativa de algunas pruebas testimoniales que solicitaron los tres abogados de la defensa»; y

ii) «[L]a negativa a la solicitud de la exclusión de los resultados de las interceptaciones telefónicas que solicitó la delegada de la Fiscalía General de la Nación».

4. Corrido el uso de la palabra a los defensores, manifestaron interponer el recurso de queja contra la determinación por cuyo medio no se les concedió el recurso de apelación.

5. La queja fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia mediante el auto CSJ AP5395, 11 nov. 2022, Rad.: 62487, en el que consideró bien denegadas las apelaciones motivo de inconformidad.

6. La carpeta fue reenviada a la Corte Suprema de Justicia el 9 de diciembre de 2022 para resolver las apelaciones propuestas frente a los asuntos sobre los que sí fueron concedidas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: demostración de pertinencia individual / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba común: solo exige demostrar la pertinencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba común: reglas jurisprudenciales / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Testigo: contrainterrogatorio, tiene una finalidad distinta al interrogatorio

«Aunque la Ley 906 de 2004 no prevé expresamente la posibilidad de que las partes (fiscalía - defensa) soliciten la misma prueba, nada lo prohíbe. Por el contrario, se entiende que dicha actividad se cumple en el marco de los principios de libertad probatoria y de contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

Por lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha fijado una serie de reglas en relación con la prueba de interés común, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

La fiscalía y la defensa tienen la posibilidad de solicitar, para su examen directo, una o más pruebas decretadas a su contraparte, siempre y cuando resulten pertinentes, conducentes y útiles. En estos casos, cada parte está obligada a presentar los argumentos sobre la pertinencia de la prueba, e igualmente, a exponer aquellos de conducencia y utilidad cuando se presente controversia respecto de dichos requisitos.

La pretensión de una prueba de interés común tiene lugar en el marco de cada teoría del caso, incluso si la defensa no tiene interés de anunciarla, pues al menos tendrá como estrategia evidenciar que la fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia del procesado. De modo que, quien la solicita, debe «agotar una argumentación completa y suficiente» sobre su pertinencia, con el fin que el juez pueda establecer si se justifica o no decretarla.

Dichas solicitudes se sustentan en los hechos del proceso contenidos en la acusación o aquellos que proponga la defensa «cuando opta por una teoría fáctica alternativa», así como los temas objeto de controversia o que hagan más o menos probable las circunstancias y credibilidad de otros medios, sin que lleve a dilaciones del proceso.

Si la solicitud de la prueba de interés común, tratándose de testimonios, se hace con el único propósito de cuestionar su credibilidad, tal argumentación no satisface la exigencia de pertinencia, entre otras razones, porque el mismo objetivo puede suplirse con el contrainterrogatorio, lo cual la torna improcedente.

Aunque la Sala inicialmente sostuvo que la defensa, tratándose de pruebas de interés común, debía presentar una argumentación adicional de pertinencia, conducencia y utilidad a la expuesta por la fiscalía, en la actualidad se considera que el examen directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes

persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia.

Es decir que cuando la defensa solicita una prueba que ya ha sido requerida por la fiscalía, su examen directo «no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo», en orden a negar o condicionar su examen probatorio, pues inclusive se ha aceptado el decreto de prueba con homogeneidad de fundamentos de pertinencia entre la fiscalía y la defensa, entendiéndose que con su práctica buscan elementos distintos.

Tampoco resulta correcto que, por erigirse en una mala práctica, la defensa solicite condicionadamente el decreto a su favor de una prueba -que ya ha sido solicitada por la fiscalía- para examinarla de manera directa en el evento que el ente acusador renuncie a su práctica, porque basta que la parte justifique su pertinencia en el marco de su teoría del caso, para que el juez proceda a decidir lo que corresponda en relación con ella».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: si se hace con el único propósito de cuestionar la credibilidad de los testimonios, no satisface la exigencia de pertinencia y se torna improcedente

«En el presente asunto, los apelantes cuestionan, en lo general, que el Tribunal a quo no admitió ninguno de los testigos comunes que solicitaron para examinar de manera directa en el juicio oral.

Admiten, en este sentido, que su decreto -a favor de la Fiscalía- fue acertado, pero sienten que todos tienen elementos adicionales que decir y que muy seguramente no serán explorados en el interrogatorio adelantado por el ente acusador. Además, no quieren depender de su contraparte en el juicio, pues ésta podría desistir de la práctica probatoria y dejar sin evidencias a la defensa.

[...]

De lo anterior, se observa que la pertinencia de los testimonios de JJCE, JAGC, GEZD, HBB, LMJM, CAR y DAQA, recae en que todos éstos, de una u otra manera, niegan las manifestaciones consignadas en las entrevistas rendidas ante la investigadora de Policía Judicial, PV.

Ahora bien, ello supone que el único propósito para tenerlos como prueba directa es cuestionar, en últimas, la credibilidad de su propia entrevista.

No obstante, tal argumentación no satisface la exigencia de pertinencia, entre otras razones, porque lo relevante a efectos del proceso penal,

en virtud de la intermediación de la prueba y la prohibición de la permanencia de ésta, es justamente lo que la persona declare durante el juicio y, en este sentido, las contradicciones en que pueda incurrir con entrevistas previas pueden, como bien dijo el a quo, suplirse con el contrainterrogatorio. Ello incluye, incluso, el hecho de que comparezcan coaccionados al juicio»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: solicitud, cuando ambas partes la requieren como prueba directa, acreditada la conducencia, pertinencia y utilidad por los sujetos, se decreta para ambas partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba común: no se le pueden hacer exigencias adicionales a la defensa para su solicitud

«[...] los testimonios de JJCE, JAGC, CSA, VLC, AJCG, JAAM, JCNC, SBA, HLG, AJV y JCUP.

Es cierto que los defensores solicitantes, como admitió el a quo, plantearon argumentos similares -al menos desde el punto de vista terminológico- a los de la Fiscalía para justificar la relación de cada uno de los elementos postulados con los hechos objeto de investigación (pertinencia), su respectiva aptitud legal para formar el conocimiento (conducencia) y el interés que reportan al objeto de debate (utilidad).

De hecho, el Tribunal admitió que todo ello se cumplió, pero que, en general, la defensa, tratándose de pruebas de interés común, debía presentar una argumentación adicional a la expuesta por la fiscalía.

No obstante, como se vio antes, en la actualidad se considera que el examen directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia.

Por ende, si se reconoce que la práctica de los medios probatorios es pertinente, conducente y útil -como así sucedió-, ya que está plenamente delimitada en la teoría alterna que sustenta la estrategia de la bancada defensiva, su examen directo «no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo»

Por el contrario, incluso siendo argumentaciones similares u homogéneas, se entiende con facilidad que la fiscalía y los defensores, con su práctica, buscan elementos distintos»

RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal: revoca providencia / **RECURSO DE APELACIÓN** - Sala de Casación Penal: revoca y decreta la prueba común

«Bajo este panorama, se revocará la decisión

apelada en este aspecto y se decretarán las pruebas anotadas en este numeral.

No sobra reiterar, en todo caso, que, aunque los testimonios de JJCE y JAGC fueron solicitados varias veces, por diversos defensores, las argumentaciones que resultan formalmente válidas y que, en consecuencia, se admiten, fueron las ofrecidas por el apoderado de RPM - frente al primero- y la defensa de EJCB -con relación al segundo, con lo que es a ellos quienes les serán decretadas, de manera exclusiva».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de control de legalidad posterior: Trámite / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de control de legalidad posterior: término para su adelantamiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: no se configura, cuando la audiencia de control de legalidad posterior no se llevó a cabo, en el término dispuesto, por circunstancias atribuibles a la defensa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: no se configura, cuando su obtención no implica vulneración de derechos fundamentales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: contra el auto que decide la exclusión procede el recurso de apelación

«Como se vio antes, los defensores de EJCB y RPM, en términos similares, solicitaron que se excluyeran los resultados de las interceptaciones telefónicas solicitadas como prueba por la Fiscalía, debido a que el control posterior sobre éstos solamente se realizó el 5 de marzo de 2018, esto es, cuatro meses después de la fecha en que debía darse, contrariando lo dispuesto en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, antes de analizar el asunto en cuestión, es necesario reiterar que el Tribunal, en la parte resolutive del auto apelado, separó en dos lo concerniente a dicho medio de prueba. En el numeral primero admitió su práctica y, en el segundo, negó la petición de exclusión elevada por los defensores.

No obstante, aunque lo hubiera resuelto de manera independiente, ello, realmente, no significa que se trate de dos decisiones separadas, pues, al admitir la práctica, se entiende que no se excluirían.

Ha de aclararse, sin embargo, que aun cuando el Tribunal admitió el decreto del medio probatorio, el recurso de apelación es procedente, pues como tiene dicho la Sala, «el auto que resuelve sobre la exclusión de evidencia o decide el rechazo por indebido descubrimiento probatorio admite el recurso de apelación, independientemente de su sentido» (Cfr. CSJ AP1253 - 2023; CSJ AP1392 -

2021 y CSJ AP1403 - 2019, entre muchas otras).

Por consiguiente, como el Tribunal concedió el recurso de alzada contra el numeral segundo de la parte resolutive y su contenido, evidentemente, no fue analizado en el auto CSJ AP5395, 11 nov. 2022, Rad.: 62487 por cuyo medio se decidió el recurso de queja, pues éste se centró en la procedencia del recurso de apelación frente a lo resuelto en el numeral primero, referente a lo solicitado por la Fiscalía, esta Corporación entrará a resolver lo pertinente.

Con esto en mente, debe recordarse que el a quo reconoció, a grandes rasgos, que es cierto que la audiencia de control posterior no se llevó a cabo dentro de las 24 horas requeridas en el artículo que echan de menos los defensores, pero que ello no suponía la necesidad automática de excluir el medio de prueba, por las siguientes dos razones:

- i) La fiscalía sí cumplió con el requisito exigido, en cuanto a que solicitó la audiencia de control posterior en el término establecido, siendo programada en éste; y
- ii) Pese a que la audiencia no se pudo celebrar en la fecha programada originalmente, el retraso se dio por “la inasistencia de algunos de los abogados de la defensa”.

Frente a esos especiales puntos les correspondía a los recurrentes demostrar el yerro en el que habría incurrido el Tribunal en su decisión.

Por su parte, en la apelación, la defensa de EJB reiteró, en términos generales, que se dio un incumplimiento de los términos dispuestos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, ya que el medio de prueba en cuestión no fue objeto de control posterior dentro del plazo de 24 horas correspondiente.

5.2 Sobre el particular la Sala ha señalado:

“En relación con el momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de las veinticuatro (24) horas, se ha sostenido generosamente por algunos intérpretes que debe serlo a partir del momento de la presentación del informe al fiscal por parte de las unidades policiales que intervinieron en el procedimiento, en el entendido de que el querer del legislador cuando dispuso la reducción del término, fue que a las 24 horas se sumaran las doce (12) de que dispone la policía para la presentación del informe, para un total de treinta y seis (36).

La Corte no participa de esta interpretación. El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre

lo actuado debe hacerse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.

Si el legislador hubiera querido que las veinticuatro horas se contaran desde la presentación del informe, lo habría consignado expresamente, pero no lo hizo, y no se advierte de qué manera puedan ser racionalmente equiparados estos dos momentos, que el propio artículo 228 se encarga de diferenciar, al sostener que “terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las 12 horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo”, de donde surge claro que uno es el momento de la terminación de la diligencia, y otro muy distinto el de rendición del informe.

Además, el querer del legislador cuando decidió modificar el contenido del artículo original del proyecto para fijar en veinticuatro (24) horas el término dentro del cual debía realizarse la audiencia de control, fue claramente el de reducir el término inicialmente previsto en la norma (36 horas), según se desprende de las constancias dejadas en la presentación del informe para primer debate ante el Senado, a la cuales ya se hizo mención, y no el de mantenerlo, como equivocadamente se ha querido hacer aparecer por quienes sostienen que a dicho término deben sumarse las doce (12) horas que el artículo 228 prevé para la presentación del informe”.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-014 de 2018 precisó que el referido término de 24 horas resultaba compatible con la Constitución Política de Colombia, [...]

Esta postura fue recientemente citada y adoptada por esta Corporación en la sentencia CSJ SP052, 22 feb. 2023, Rad.: 60460.

Ahora bien, la defensa de EJCB respalda la exclusión de los precitados elementos materiales probatorios en que “si no concurrieron los abogados que para tales calendas se unían como defensores de los coacusados, para ello existe el Sistema Nacional de defensoría pública inmanente al sistema procesal penal acusatorio”.

No tienen razón en esa alegación los apelantes. La Fiscalía atendió la carga que le correspondía, esto es, dentro del plazo de 24 horas siguientes a la recepción del informe de policía judicial, solicitó que se llevara a cabo el correspondiente control judicial posterior a las interceptaciones cuya exclusión se deprecia.

No fue la inactividad de la parte que pidió legalizar la prueba la que derivó en la superación de ese plazo. Se trató, en verdad, de una situación ajena a sus competencias y más bien, atribuible a la bancada defensiva, pues además de la imposibilidad de tramitar la audiencia inicialmente convocada, se debió reprogramar aquella diligencia en múltiples oportunidades, todas, por cuenta de que los defensores que para aquel momento representaban los intereses de algunos de los procesados no concurrieron a la audiencia preliminar.

Por esa vía, mal podría predicarse la exclusión del medio de convicción bajo la cláusula a la que se refieren los arts. 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004 cuando fue la defensa quien propició las circunstancias que impidieron el cabal desarrollo de la diligencia dentro del término correspondiente. Tampoco puede endosarse la consecuencia jurídica de aquella acción a la contraparte o reprochar la designación de nuevos defensores cuando en verdad pudo tratarse de una maniobra dilatoria encaminada, justamente, a obtener la exclusión del medio probatorio.

Y mas allá de la razón que soporta la aplicación de la cláusula de exclusión, que se origina en la incuria de la defensa, no explicaron los apelantes que en verdad el medio de convicción hubiese sido obtenido con violación de garantías fundamentales como para que por esa vía sí fuese perentoria su exclusión, contrario a lo que advierte ahora la Corte, en sintonía con las razones expuestas en la decisión controvertida que, por consiguiente, habrá de confirmarse en ese aspecto.

De otra parte, la defensa de RPM reclamó, en la apelación, que, además de acompañar el primer fundamento central de la solicitud de exclusión, también discutió que ante el Tribunal alegó que en la audiencia de control posterior, la Fiscalía «no facilitó el acceso a la información que se solicitaba para ejercitar la defensa» pero el Tribunal no se manifestó al respecto.

Esa alegación, no obstante, no se acompasa a la realidad del proceso, pues el Tribunal sí le dio respuesta a su requerimiento, aunque de manera amplia, [...]

Con esto, aunque no haya hecho énfasis puntual en cuanto atañe al trámite surtido en la audiencia preliminar celebrada el 5 de marzo de 2018, es claro que no accedió a la petición de exclusión probatoria luego de descartar que el medio controvertido fuera violatorio de alguno de los derechos fundamentales de los procesados.

Dicho argumento, como sucedía en el acápite inmediatamente anterior, no fue controvertido y, por ende, no hay razón para revocar la

determinación adoptada al respecto en primera instancia».

Inicio

15. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Prueba testimonial: obligaciones de la parte que la solicita / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Prueba pericial: dictamen, criterios a tener en cuenta en su desarrollo y apreciación /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos

jurídicamente relevantes: cuando se trata de delitos culposos o imprudentes / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Hipótesis alternativas

plausibles: caso en que, las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la

investigación, son admisibles / **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 / **PRINCIPIO DE**

RAZÓN SUFICIENTE - Vulneración: al dar por

probado lo que debió ser objeto de demostración / **SENTENCIA -** Errores en la apreciación y

valoración probatoria: especulaciones

Decidió la Corte Suprema de Justicia, la impugnación especial promovida por la defensa de GLMP y el recurso extraordinario de casación instaurado por el Procurador 43 Judicial II Penal de Barranquilla, contra la sentencia que dictó la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, por cuyo medio revocó la absolución que emitió el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de conocimiento de Malambo (Atlántico) y, en su lugar, lo condenó, por primera vez, como autor responsable del delito de lesiones personales culposas con incapacidad para trabajar o enfermedad física que afecta el cuerpo y el rostro de carácter permanente y perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente.

La Sala de Casación Penal revocó la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en orden a que recobrara vigencia la decisión emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo (Atlántico), que absolvió a GLMP del delito mencionado, por la existencia de duda razonable.

Consideró la Sala que el *ad quem* incurrió en errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de identidad, falso juicio de existencia y falso raciocinio, al no advertir que la Fiscalía no especificó en los juicios de imputación y acusación los hechos jurídicamente relevantes

constitutivos de la infracción al deber objetivo de cuidado; y que, las pruebas practicadas durante el juicio, les brindan idéntico respaldo a las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la actuación por la Fiscalía y la defensa.

Ello fue así, porque partió de suponer que, en su ejercicio probatorio, la defensa no tiene vocación de aducir al proceso medios de convicción que sean favorables a sus intereses, premisa según la cual, la defensa solo podría aportar al debate pruebas que le favorezcan a la contraparte (Fiscalía), lo que va en contravía del principio de razón suficiente y del derecho al debido proceso.

SP462-2023(55491) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

Siendo aproximadamente las 14:55 horas del 28 de agosto de 2013, en el departamento del Atlántico, vía principal, en el km 73 más 300 metros aproximado del municipio de Malambo en una vía curva, plana, con aceras, en un sentido, de tres carriles de asfalto, colisionaron los vehículos: (i) marca internacional, color rojo ladrillo, servicio público, modelo 2013, conducido por el señor GLMP, de tipo tracto camión y (ii) la motocicleta marca honda, modelo 2007, conducida por el señor LMVJ en la que iba como pasajera o parrillera la señora SEPM; resultando lesionados éstos dos últimos mencionados, en especial la señora, a quien medicina forense le encontró, entre otras lesiones: mecanismo traumático de lesión, contundente, incapacidad definitiva de 150 días, secuela médico legales de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter permanente

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio: apreciación probatoria, conocimiento directo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Prueba testimonial: obligaciones de la parte que la solicita

«La ley 906 de 2004 regula diversos aspectos de la prueba testimonial. Dentro de ellos, el artículo 402 enseña que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiere tenido la ocasión de observar o percibir”. Dijo la Sala al respecto en CSJ SP3221 - 2021:

(i) para la regulación de la prueba de referencia, pues se orienta a que los testigos se refieran “únicamente” a lo que pudieron observar o percibir, mas no a lo que otras personas les hayan contado (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras); (ii) ello, acentúa la obligación de que el testigo, en virtud de las preguntas que le sean formuladas, explique las circunstancias bajo las cuales pudo observar o percibir los hechos incluidos en su declaración; (iii) esto último, no solo es trascendente para la valoración de la prueba, sino que, además, constituye un requisito para que una persona pueda declarar, pues solo así puede cumplirse lo dispuesto expresamente por el legislador en el artículo 402, que, valga reiterarlo, está estrechamente ligado a la materialización del derecho a la confrontación, que ha sido objeto de un copioso desarrollo jurisprudencial (CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045, entre muchas otras); y (iv) es responsabilidad de la parte que solicitó el testimonio, formular las preguntas necesarias para demostrar que el testigo “tuvo la ocasión de observar o percibir directa y personalmente” los hechos”, lo que será más o menos complejo, según las particularidades del caso.

Otro aspecto trascendente, en cuanto se refiere a la prueba testimonial, impone a la parte que solicita el testimonio la carga de formular las preguntas necesarias para que el testigo le transmita la información al juez.

Aquella exigencia, de conformidad con la citada decisión CSJ SP3221 - 2021 no solo se desprende de lo expuesto en el artículo 391 de la Ley 906 de 2004 acerca de los fines y la dinámica del «interrogatorio directo», y de lo establecido en el artículo 397 ejusdem, esto es, que el juez solo puede formular preguntas aclaratorias, sino que, además, es inherente a un sistema de corte adversativo, como el regulado en la Ley 906 de 2004 (Como puede consultarse en CSJSP, 23 marzo 2011, Rad. 34412; CSJSP, 16 oct 2013, Rad. 39257; CSJSP, 4 feb 2009, Rad. 29415; CSJSP, 22 marzo 2017, Rad. 43665; entre otras).

En síntesis, la parte que solicita el testimonio es responsable de que el declarante, de un lado, explique las circunstancias bajo las cuales pudo observar o percibir los hechos; y de otra, que haga una narración clara y completa de los

mismos»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: dictamen, criterios a tener en cuenta en su desarrollo y apreciación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: compuesta por el informe pericial y el testimonio del perito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: dictamen, perito, reglas de acreditación

«Ampliamente se ha referido la Sala a la regulación de la prueba pericial en la Ley 906 de 2004. En la decisión CSJ SP2232 - 2021, hizo el siguiente resumen de esa reglamentación, que por su relevancia para la solución del caso se trae a consideración:

En primer término, el artículo 405 establece que “la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”.

Según esta norma, la intervención del perito se justifica por los aportes que pueda hacer a la luz de una determinada disciplina, lo que se contrapone a la idea de que el experto pueda comparecer al juicio oral a dar opiniones infundadas o del mismo nivel de las que podría emitir un lego basado en su intuición.

El nuevo ordenamiento procesal penal, a diferencia de los que le precedieron, incluye normas orientadas a que el perito explique suficientemente su opinión, lo que en buena medida depende del interrogatorio que debe realizar la parte que solicita la prueba.

Así, el artículo 417 consagra las “instrucciones” para interrogar al perito, que abarca aspectos estructurales, como los siguientes:

En primer lugar, los antecedentes que permiten catalogar a alguien como perito, que abarca el conocimiento: (i) “teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto”; (ii) en el uso de instrumentos, cuando es el caso; y (iii) práctico “en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables”.

La acreditación del experto es un paso necesario, pero no suficiente para que el dictamen cumpla los estándares legales, claramente orientados a su confiabilidad.

La norma en mención consagra el deber de indagar sobre los fundamentos técnico científicos, de tal suerte que al perito se le debe preguntar por: (i) “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus

verificaciones o análisis y grado de aceptación”; (ii) “los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso”; (iii) “si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza”; y (iv) “la corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio”.

A propósito de los aspectos resaltados, el artículo 422 reguló la aceptación de las “publicaciones científicas y de prueba novel”, con el claro propósito de garantizar la confiabilidad de este tipo de referentes, cuya aceptación se supedita a que: (i) “la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada”; (ii) “la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica”; (iii) “que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de opinión pericial”; o (iv) “que goce de aceptabilidad en la comunidad académica”.

En la decisión CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, la Sala hizo un recorrido por su propia línea jurisprudencial, en orden a precisar el verdadero sentido y alcance del deber de expresar el fundamento técnico científico del dictamen. Así, concluyó que aunque no es exigible que toda opinión experta esté basada en principios científicos ampliamente consolidados, sí es indispensable que se exprese el fundamento de la opinión, así como la “confiabilidad” o “aceptabilidad” de “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis”.

De esta manera, se le garantiza a la contraparte el derecho a controvertir el dictamen y se le brindan elementos de juicio al juzgador para valorar la opinión experta en su justa dimensión.

Los aspectos indicados en los párrafos precedentes deben ser considerados al momento de la valoración del dictamen, según lo dispone expresamente el artículo 420 ídem.

Se tiene entonces que el legislador reguló expresamente los siguientes aspectos de la prueba pericial: (i) la acreditación de la formación, conocimientos y experiencia del perito, de lo que depende su aceptación como tal, bajo los parámetros establecidos en el artículo 408; (ii) la “calidad” o “confiabilidad” de los referentes técnico científicos del dictamen, bien que se trate de teorías consolidadas o de “prueba novel”; (iii) el deber de explicar los hechos del caso a la luz del respectivo referente técnico científico; (iv) la aclaración de si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, lo que claramente incide en la fuerza demostrativa de la opinión; y (v) los deberes de

las partes para el cumplimiento de estos aspectos.

Esta temática ha sido abordada por la Sala en diversas ocasiones (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras). En el fallo en mención se hizo hincapié en las diferencias entre los componentes fáctico y técnico científico del dictamen, para precisar que el primero debe acreditarse con apego al debido proceso, mientras que el segundo debe sujetarse a las reglas expuestas en precedencia.

En esta línea, se dejó sentado que: (i) en ocasiones el perito es testigo de los aspectos factuales sobre los que recae el estudio, como sucede con el médico legista que inspecciona el cadáver y conceptúa sobre la causa de la muerte; (ii) cuando el análisis se realiza sobre una declaración, y la parte pretende incorporarla como prueba testimonial, debe someterse a la respectiva reglamentación, especialmente la atinente a la prueba de referencia; (iii) si el perito no presencié los aspectos fácticos sobre los que emite la opinión (por ejemplo, la extensión de la huella de frenada, la ubicación final de los vehículos, etcétera), los mismos deben acreditarse con apego a las reglas de la prueba testimonial, documental, etcétera; y (iv) lo anterior, para evitar que bajo el ropaje de la prueba pericial se incorpore información relevante para la solución del caso, sin que se respete el proceso como es debido»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hipótesis alternativas plausibles: incidencia frente al estándar de más allá de toda duda razonable

«Las hipótesis alternativas plausibles y su incidencia en la verificación del estándar “más allá de duda razonable”.

En decisiones CSJ SP5462 - 2021; CSJ SP3221 - 2021 y CSJ SP, 4 dic 2019, Rad. 55651, sobre este tema se reiteró que:

El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia, la que debe ser desvirtuada más allá de duda razonable. Sin ningún ánimo reduccionista, la jurisprudencia ha establecido que **existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como “verdaderamente plausible”** (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175, entre otras. Énfasis agregado)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: cuando se trata de

delitos culposos o imprudentes

«Ha de establecerse en el caso, si el implicado infringió el deber objetivo de cuidado o si, desde la perspectiva de la imputación objetiva, creó un riesgo jurídicamente desaprobado y si ese riesgo se concretó en el resultado.

En materia de delitos imprudentes, compete a la Fiscalía, desde el acto de formulación de la imputación, concretar en qué consistió la acción u omisión que incrementó el riesgo jurídicamente permitido. No significa aquello enunciar de forma detallada “las normas de tránsito que se consideran infringidas por parte del implicado, máxime porque no toda infracción del deber de cuidado se concreta en violaciones a disposiciones de esa naturaleza”, pero sí, por lo menos, que precise con claridad “cómo se pasó por alto dicho deber objetivo de cuidado, esto es, cuál fue la desatención, omisión, negligencia, impericia o violación de normas que condujo al resultado dañoso” (CSJ SP3790 - 2022).

Además, «advertido el acusador de que el resultado dañoso debe derivar de esa específica acción u omisión que incrementa el riesgo jurídicamente permitido, el hecho jurídicamente relevante debe consignarla, no solo porque forma parte estructural del delito, sino en atención a que del mismo es, precisamente, que debe defenderse el imputado o acusado» (CSJ SP4792-2018)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: cuando se trata de delitos culposos o imprudentes, la Fiscalía no los delimitó correctamente

«De otra parte, observa la Corte que la Fiscalía no especificó, en este caso, cuál fue la acción o la omisión a través de la cual GLMP incrementó el riesgo. En otras palabras, la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes no abarcó todos los ingredientes de la norma penal, como se pasa a explicar.

Así, en el acto de formulación de la imputación, delimitó como hechos jurídicamente relevantes, los siguientes:

[...]

A renglón seguido, dio lectura casi integral de la entrevista recaudada a FJVR y le atribuyó a MP la conducta de lesiones personales culposas, en los términos previamente reseñados.

En la audiencia de formulación de la acusación el Fiscal procedió a dar lectura al escrito de cargos, cuyo contenido en cuanto a las circunstancias fácticas delimitó así:

[...]

Como bien se ve, en ambos actos procesales, con principal sustento en el informe de accidente de tránsito elaborado por el agente AR, la Fiscalía da cuenta de la colisión, pero no explica qué específica infracción al deber objetivo de cuidado materializó MP y por esa vía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes. Le bastó expresar en aquellos actos que el camión «les pitó duro y el señor de la moto perdió el equilibrio, la cual se cayeron» pero además de esa acción, per se, la delegada Fiscal no delimitó, ni acreditó qué hecho jurídicamente relevante fue el constitutivo de la violación al deber objetivo de cuidado o cuál fue la desatención, omisión, negligencia, impericia o violación de normas atribuida al acusado y que produjo el resultado.

Solo en los alegatos de apertura y conclusión expuso que el accidente ocurrió por cuenta de que el conductor del camión tomó la vía semicurva a alta velocidad, «muy cerrada» y, por esa razón, «invadió el carril derecho por donde se movilizaban las víctimas de los hechos y los embistió» lanzándolos «hacia el carril derecho por donde ellos venían», lo que se produjo, según dijo, porque el acusado venía «hablando por teléfono y a alta velocidad en el momento de los hechos»

Incluso, el Tribunal, en la síntesis fáctica de los sucesos tampoco especificó cuál había sido el deber infringido. Solo en los considerandos de su decisión hizo eco de la hipótesis postulada por la delegada Fiscal en las alegaciones y, a partir de aquellos planteamientos, afirmó que el procesado afectó los deberes previstos en los arts. 55 y 60 parágrafo 2° del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

Así, lo expuesto en líneas precedentes enseña que (i) la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (ii) esa falencia significó que, desde el momento de la imputación con un yerro refrendado en la acusación, no se especificara qué hecho jurídicamente relevante configuró la violación al deber objetivo de cuidado; (iii) la judicatura, en el caso concreto, no puede dictar una condena por hechos que no constan en la acusación, al punto que, obrar en sentido contrario significaría la evidente lesión del principio de congruencia; (iv) tampoco es posible variar lo ocurrido y probado, como intentó el Tribunal, en atención a que no solo se viola el citado axioma, sino que se pasa por alto la esencia de los nuevos hechos; y (v) la solución del asunto pasa, entonces, por la absolución del enjuiciado (así como también procedió la Sala en CSJ SP372 - 2021)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hipótesis alternativas plausibles: caso en que, las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la investigación, son admisibles / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: apreciación probatoria, conocimiento directo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba testimonial: aspectos medulares / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo de oídas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: valoración probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, apreciación

«FJVR.

Afirmó haber observado el accidente. Relató que es vendedor de helados y conoce a la víctima, SEPM.

[...]

Con ese testigo, el fiscal introdujo, además, dos fotografías que él tomó del suceso. Según lo describió el declarante y lo corrobora la Sala, en una se observa a SEPM en el suelo, con lesiones en el rostro y sin casco; en la otra, la motocicleta luego del accidente. Ambas fueron tomadas en primer plano, lo que impide establecer la ubicación en la vía de la víctima o del velocípedo.

En punto del testigo, ha de reprocharse que la Fiscalía, al practicar el interrogatorio, no haya tenido en cuenta los aspectos medulares de la prueba testimonial, a saber: (i) la explicación de las circunstancias bajo las cuales el testigo pudo percibir los hechos; (ii) la aclaración sobre cuáles aspectos fueron percibidos y cuáles corresponden a sus inferencias; y (iii) la necesidad de que hiciera un relato claro de los sucesos, en orden a que los juzgadores pudieran acceder a la información y, a partir de ello, realizaran la respectiva valoración, bajo los parámetros expuestos en el numeral 8.3. de esta providencia y en el entendido de que este testigo eventualmente resultaría útil para demostrar un hecho indicador, consistente en que (iv) el procesado le imprimía alta velocidad al tractocamión antes de ocurrido el choque y (v) iba distraído hablando por celular, de lo que podría inferirse que mantenía esa conducta imprudente para cuando colisionó con el motociclista. A aquellos supuestos, a pesar de sus deficiencias el Tribunal les confirió absoluta validez por sobre la experticia técnica que pretendió determinar la velocidad, como se verá más adelante.

Incluso, resulta reprochable que ninguno de los sujetos procesales ahondara sobre dos puntos relevantes, esto es, establecer (i) si la víctima, al momento del accidente, portaba o no el casco como elemento de protección, no solo por cuenta

de la gravedad de sus lesiones sino porque el conductor de la motocicleta no sufrió alguna afectación, como lo explicó en el juicio y (ii) si el conductor del camión en realidad conversaba o no por celular cuando ocurrió el accidente, pues VR solo mencionó que lo vio en esa acción, cuando manejaba a «100 km /h» y nada se indagó al respecto.

ARM, agente de tránsito que elaboró el croquis del lugar de los hechos.

El delegado Fiscal le indagó por los elementos incluidos en el croquis. Dentro de ellos, la inclusión de un lago hemático que, según su directa percepción, observó «en el carril del centro, entre el carril del centro y el carril de la derecha, en la línea blanca, casi cerca de la línea blanca, pero del lado del carril del centro. Tal y cual como está plasmado en el croquis»

Acto seguido, le puso de presente una de las fotografías tomadas por el testigo VR en torno a la visibilidad de la huella hemática. Dijo el testigo que «si es observada la lesionada y la huella temática. Pero la fotografía está muy corta para, y la línea amarilla, no se sabe si está del lado derecho o el lado izquierdo. Yo la plasmé del lado donde la encontré del lado del carril del centro»

Insistentemente le preguntó la Fiscalía «si hubo alteración de la escena de los hechos», pero expresó que aquello podía conocerlo solo el primer respondiente, pues «ellos son los que me entregan a mí y cuando ellos me entregaron ahí no hubo acordonamiento ni nada»

Indagado como testigo común por la defensa, explicó pormenores adicionales del informe de tránsito. Narró que allí consignó lo siguiente:

Venía la motocicleta por toda la vía y el parrillero se intercambió con el conductor y quien empezó a manejar. Es que no entiendo casi la letra, a manejar fue la muchacha del accidente, ya que la moto se empezó a ir hacia la izquierda. Cuando llegamos se los llevó la ambulancia.

Explicó que no le constaba esa hipótesis. La consignó en aquellos términos porque así se lo manifestó «el primer respondiente, ya que fue él la primera autoridad de llegar al lugar de los hechos»

Añadió que en el experticio hecho al camión no encontró golpes en su parte frontal. Solo «en la parte lateral derecha, las llantas traseras ahí fueron donde encontré los daños». Explicó, en concreto, que «ese daño consistió en que impactó, los dos vehículos impactaron en esa parte en la llanta trasera de la motocicleta, en la parte trasera del vehículo en la llanta exactamente»

Refirió el testigo, que los «arrastres y huellas de

frenado» generalmente quedan en la vía y que él, como croquista, podía observarlos, pero en el caso concreto no evidenció alguna de esas señales, porque de ser así «lo hubiera plasmado y se hubiera evidenciado en la fotografía que están como prueba»

A pesar de la lacónica descripción de lo sucedido, la Fiscalía no le formuló preguntas orientadas a establecer (i) la razón por la que ubicó el lago hemático en el carril central, (ii) las características del tráfico vehicular en la zona; y (iii) el parámetro por el que ubicó a la motocicleta, en su posición final, en el carril central, a 4,40 metros del andén, ni (iv) las razones de ausencia de huellas de arrastre o frenado.

Por demás, el servidor público explicó que plasmó en el croquis, a partir de la información allegada por el primer respondiente, que la causa probable del accidente fue la de «impartir enseñanza automovilística sin autorización». Sin embargo, la Fiscalía no convocó al primer respondiente al proceso para que verificara aquellos datos.

Desde esa perspectiva, la conclusión que plasmó el uniformado como causa del accidente no encuentra respaldo en los medios de convicción debidamente aducidos al trámite. [...]

Resulta entonces especulativa su conclusión en cuanto a que el accidente se ocasionó porque SEPM recibía clases de manejo en la vía, en esencia porque es de oídas, pues se fundó en lo que le dijo el primer respondiente, quien, a su vez, se la transmitió con base en lo que a él le dijo el acusado, y que, en todo caso, fue carente por completo de explicaciones técnicas sobre la forma en que pudo producirse la colisión.

[...]

Por conducto del testigo DML, físico forense, la defensa introdujo el informe técnico pericial de reconstrucción del accidente que ese experto elaboró.

En términos generales y luego de acreditar su experiencia y conocimientos en la materia, se refirió a los métodos utilizados en la elaboración de aquella experticia e hizo una explicación sobre su contenido.

Al respecto manifestó, a pregunta de la defensa, que según el croquis del accidente que utilizó como insumo para elaborar su concepto, el camión contaba con una trayectoria pre-impacto ubicado en el carril central, mientras que la motocicleta mostró «una trayectoria diagonal, del carril derecho al carril central»

A renglón seguido, explicó qué modelos físicos empleó para determinar la velocidad de los vehículos involucrados. Adujo que, a partir de

aquellas fórmulas, «pudo determinar la velocidad del camión, no se pudo determinar la velocidad de la moto, la velocidad de la moto no era muy alta, el rango de velocidad del camión está entre 54 y 67 km /h»

Fue contrainterrogado por la Fiscalía, en punto de que explicara la razón por la que plasmó que la causa del accidente había obedecido a que la motocicleta perdió el control al encontrarse lado a lado con el camión, cuando esa versión, añadió el Fiscal, se extrajo de lo dicho por GG, supuesto testigo del suceso que no concurrió al juicio oral. Afirmó el delegado, que así «su informe pierde objetividad»

El testigo contestó que «la secuencia, la dinámica del accidente y las causas que aquí indicamos, son resultado de la utilización del método científico, de las leyes de la física, de la evidencia técnica y objetiva» y agregó que las versiones sobre el suceso:

... hacen parte del proceso investigativo y de la contextualización del mismo, pero no se constituye como elemento objetivo de juicio ni herramienta para la realización de cálculos numéricos o planteamiento de la dinámica del accidente, lo que quiere decir acá es que nosotros los reconstructores utilizamos técnicas con rigor científico, no utilizamos las versiones para hacer nuestras secuencias, nuestras dinámicas o conclusiones, por lo que anoté anteriormente, nosotros no podemos, nuestros cinco sentidos no nos permite plasmar realmente lo que ocurre en menos de dos segundos.

Nada más indagó la Fiscalía sobre aquellos puntos.

Así pues, el análisis en contexto de los medios de convicción incorporados al proceso muestra, como líneas atrás se indicó, que las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la investigación son igualmente plausibles, razón suficiente para predicar la existencia de duda razonable, según lo explicado en el numeral 8.4»

PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Vulneración: al dar por probado lo que debió ser objeto de demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: si la defensa las presenta deben ser valoradas con el mismo rigor que las de la fiscalía / **DELITO CULPOSO** - Infracción al deber objetivo de cuidado: no se demostró / **SENTENCIA** - Errores en la apreciación y valoración probatoria: especulaciones

«Los errores en que incurrió la sentencia de segundo grado

Desde la reseña fáctica, el fallo del Tribunal relató

lo sucedido en los mismos términos planteados por la Fiscalía en la imputación y la acusación. No obstante, tal y como se reprochó de aquellos actos, el juez de segundo nivel tampoco delimitó adecuadamente los hechos jurídicamente relevantes que se debían adecuar al tipo penal y, por esa vía, no especificó en qué consistió la infracción al deber objetivo de cuidado endilgada a MP y de qué manera incrementó el riesgo jurídicamente permitido para la producción del resultado.

Destacó el fallo que la información recaudada resulta «aparentemente confusa» y precisó que lo documentado en el croquis no se observaba «revestido de la mejor buena fe posible» en aras de esclarecer la causa del accidente.

Sin embargo, le atribuyó mayor credibilidad a la tesis del delegado Fiscal [...]

Sin perjuicio de las premisas que de modo contradictorio fueron planteadas en la sentencia sobre esas temáticas, el Tribunal parece dar a entender que el camión era conducido por GLMP a casi 100 km /h, y en su trayectoria, desde el carril central invadió el carril derecho, golpeó a la motocicleta y la proyectó «metros adelante» pero, al mismo tiempo, la aplastó con sus llantas.

Desde esa perspectiva, se observa que la sentencia de segundo nivel incurrió en los siguientes yerros: (i) no explicó, con base en los medios de convicción debidamente incorporados, cómo pudo el camión golpear con su costado derecho a la motocicleta, proyectarla metros adelante y, a la vez, aplastarla sin considerar que en el croquis fue posicionada finalmente en el carril central; (ii) aunque la Fiscalía no demostró, pericialmente, a qué velocidad transitaba el camión, supuso, quizás a partir de lo dicho por el testigo FVR, que ese vehículo circulaba a 100 km /h; (iii) desacreditó el contenido de la experticia de la defensa que fijó la velocidad del automotor entre 54 y 67 km /h, a partir de una falacia ad hominem y, por esa vía, incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio ante la infracción del principio lógico de razón suficiente.

Ello es así, porque el ad quem partió de suponer que, en su ejercicio probatorio, la defensa no tiene vocación de aducir al proceso medios de convicción que sean favorables a sus intereses. Esa, sin embargo, no es una razón válida para desacreditar las pruebas de descargo o desvirtuar su credibilidad. De avalar esa premisa, la defensa solo podría aportar al debate pruebas que le favorezcan a la contraparte (Fiscalía), lo que va en contravía no solo del postulado lógico enunciado, sino de la garantía constitucional del debido proceso.

En adición, la credibilidad de la prueba pericial no estriba en qué sujeto procesal la aporta (Fiscalía o defensa), sino en la “calidad” o “confiabilidad” de los referentes técnico-científicos que la fundamentaron y, principalmente, en el método y la confiabilidad de la técnica que se utilizó en su elaboración y resultados. Ello, según lo expuesto por la Sala en el numeral 8.3.

Pero la Fiscalía, en ejercicio del contradictorio, no controversió, ni mostró yerros en la elaboración del dictamen y el Tribunal, por su parte, tampoco enseñó una razón valedera para desmontar los fundamentos de la experticia en aras de justificar con suficiencia qué le impedía otorgar crédito a ese medio de convicción. Simplemente le bastó afirmar que con él se buscaba «producir efecto ventajoso o favorecedor de los intereses de su cliente»

De igual manera, el ad quem (iii) especuló sobre la capacidad del camión para circular por la vía a la velocidad que estimó (100 km /h). Para tal efecto aseveró que se trataba de un rodante de modelo reciente, pero la Fiscalía no incorporó un concepto técnico que diera cuenta de las características y el estado de funcionamiento mecánico de dicho vehículo y tampoco determinó si para el momento de la colisión contaba o no con carga adicional que le permitiera circular a esa velocidad. Incurrió entonces el Tribunal en un falso juicio de existencia por suposición en ese punto.

Sobre el estado final de la motocicleta dijo la sentencia:

... según estos peritos, el camión no tocó la motocicleta, se pregunta la Sala si es que acaso estos peritos no observaron las fotografías visibles a folios 157 que hacen parte del informe de tránsito, en donde se observa la chatarra absoluta en que quedó convertida, en una masa retorcida de hierro y plástico, con abolladuras que muestran que fue pisoteada, arrollada y estripada por las llantas del pesado tractocamión...

En este aspecto el Tribunal plasma conclusiones en un campo técnico que son inentendibles y ajenas al material probatorio debidamente aducido al proceso, pues afirma que la moto quedó, en sus términos, estripada por las llantas del camión, lo que expone a partir de los registros fotográficos tomados por el agente de tránsito que llevó a cabo la experticia correspondiente, pero no considera el concepto técnico elaborado, justamente, a partir de esas fotografías, en el que ese uniformado si bien plasmó como «daños ocasionados: pérdida total», refirió, en cuanto al

«funcionamiento eléctrico y mecánico: llantas en buen estado, el sistema eléctrico y el funcionamiento mecánico está en buen estado»

Ello, al margen de que, verificadas las fotografías a las que se refirió el ad quem, que fueron debidamente aducidas al proceso, no observa la Corte que la motocicleta quedara convertida en una «masa retorcida de hierro y plástico» ni mucho menos que hubiese sido «pisoteada, arrollada y estripada» por el camión. La Fiscalía, por su parte, tampoco aclaró ese aspecto en aras de determinar si, efectivamente, el camión aplastó a la motocicleta.

El punto bajo análisis muestra igualmente plausible la hipótesis defensiva según la cual la motocicleta quedó incrustado entre las dos llantas traseras derechas del eje posterior del camión. Basta contrastar el mencionado registro fotográfico con el concepto técnico practicado al tractocamión e igualmente aducido al debate con el agente de tránsito, quien registró como únicos daños de ese automotor los ubicados en las «vigías de aire de llantas trasero lado derecho, ambas llantas traseras» (tema sobre el cual, no sobra añadir, nada dijo el Tribunal).

Del mismo nivel es lo que plantea la sentencia sobre el desarrollo del accidente, pues si bien afirma que el camión estaba «luchando por posesionarse lo más a sus anchas posible en la carretera» y por ende invadió el carril derecho para tropezar con la motocicleta, «proyectándola metros adelante para finalmente disparándola producir los golpes que generaron las lesiones personales de la víctima», no considera (i) que los testigos de cargo afirmaron que no vieron otros vehículos distintos al camión y a la motocicleta en la vía; (ii) que no se acreditó la presencia de huellas de frenado en alguno de los carriles; (iii) aunque la motocicleta fue supuestamente arrastrada del carril derecho al central, no se acreditaron documental o pericialmente señales de arrastre en esa o alguna otra trayectoria; (iv) a pesar de ello, se registró con el croquis y en base a las fotografías tomadas por el agente de tránsito como posición final de la motocicleta y del camión el carril central; (v) el lago hemático fue hallado y registrado en el carril central, muy cerca a la motocicleta; y (vi) la ubicación del lago hemático y de los vehículos involucrados de la manera en que se reflejaron en el croquis no se aviene a lo expuesto por la tesis de la Fiscalía, en cuanto aseguró en el juicio, a partir de lo dicho por los testigos de cargo, que la motocicleta circulaba por el carril derecho, casi a la orilla, a 30 kilómetros por hora.

De otro lado, el Tribunal les otorgó credibilidad a los testigos de cargo sin tener en cuenta la

vaguedad de sus relatos, propiciada por los deficientes interrogatorios realizados por la Fiscalía. En ese sentido, SEPM recordó que cuando observó al camión «ya lo tenía encima» y LMVJ expresó que «yo lo que sentí fue en la parte de atrás», lo que bien podría acompañarse a un golpe frontal. Sin embargo, una colisión así, según las experticias mecánicas resultaba improbable porque, se insiste, los daños del camión quedaron registrados, únicamente, en las «vigías de aire de llantas trasero lado derecho, ambas llantas traseras», según informó en el juicio el agente de tránsito.

De igual manera es lo que se extrae del dicho del testigo FJVR. No logró demostrar el Fiscal si en verdad el declarante presenció el momento exacto del accidente o se limitó a expresar sus conjeturas al respecto a partir de lo que realmente pudo observar. Recuérdese que el testigo afirmó que antes del choque había observado al camión avanzando «a unos 100 km» y a su conductor hablando por celular pero no se esclareció si era o no posible que, a esa velocidad, percibiera aquella acción. Además, expresó que la víctima cayó en la orilla, cuando el lago hemático fue hallado en el centro, junto a la moto, y destacó que esta última fue arrastrada al carril central, cuando no existe evidencia que permita verificar que así sucedió.

En contraste, si bien GLMP aseveró que otro vehículo lo cerró y por ello debió maniobrar en acción con la que golpeó a una furgoneta de estacas, los testigos de cargo desacreditaron su dicho en cuanto aseveraron, casi al unísono, que en la vía solo circulaban para el momento de la colisión el camión y la motocicleta. Ello, al margen de que el Tribunal, sin respaldo probatorio y sin considerar la prueba recaudada como si de un falso juicio de existencia por suposición se tratara, afirmó que todo se trató de la «competencia por el espacio de la vía», en una de las zonas «una de las más congestionadas»

Igual comentario merece la tesis, indemostrada, de la alteración de la escena de los hechos que la Fiscalía, tímidamente y para desacreditar lo dicho por su propio testigo en el juicio el agente de tránsito AR intentó esbozar en el debate, pero a la que el Tribunal acudió para debilitar la credibilidad, tanto del declarante como del croquis del accidente que con él se introdujo. Al margen de que no se comprobó probatoriamente una situación de esa naturaleza y de que, por el contrario, en el proceso existen elementos que corroboran lo dicho por el agente de tránsito principalmente, el registro fotográfico del lago hemático en el centro del carril y la posición final de los vehículos involucrados.

Tampoco especificó la Fiscalía, pericialmente, cuáles eran las características de la vía. Los testigos afirmaron que todo sucedió en una curva, y así lo adujo el Tribunal, pero en ocasiones también expuso, de manera consonante con la experticia defensiva, que se trataba de una semicurva.

Y si bien la Corte, a partir del material fotográfico recaudado observa que podría tratarse de una semicurva con ligera desviación de derecha a izquierda, tampoco explicó pericialmente la Fiscalía si, bajo las leyes de la física, las características de la vía hacían plausible que, a partir de la colisión del camión invadiendo el carril derecho en trayectoria de izquierda a derecha, lanzara a la motocicleta hacia la izquierda, esto, es, al carril central donde finalmente quedó ubicada, junto al lago hemático»

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

«La Fiscalía no especificó en los juicios de imputación y acusación los hechos jurídicamente relevantes constitutivos de la infracción al deber objetivo de cuidado. Aseveró, en principio, que todo se produjo porque el conductor del camión «pitó duro» pero aquel supuesto no fue acreditado, como tampoco que el camión se hubiese atravesado para ocasionar la colisión y, por esa vía, cuál fue la regla de tránsito que infringió el procesado.

Las pruebas practicadas durante el juicio, con las falencias ya indicadas, les brindan idéntico respaldo a las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la actuación por la Fiscalía y la defensa, tal y como lo concluyó el fallador de primera instancia.

Esa razón es suficiente para predicar la existencia de duda razonable en el caso».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

