



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Primer trimestre 2024

Enero a Marzo de 2024

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. **ACOSO SEXUAL** - Sujeto activo: es un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima _____ 3
2. **ACOSO SEXUAL** - Verbos alternativos _____ 7
3. **BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS** - Permiso hasta de 72 horas: su autorización es otorgada por el juez de ejecución de penas, pero son las autoridades penitenciarias las encargadas de evaluar si el sentenciado reúne o no los requisitos para acceder a él __ 10
4. **CASO MASACRE DE MARINILLA** _____ 19
5. **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente _____ 24
6. **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil _____ 28
7. **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el comité de conciliación de la entidad pública ____ 32
8. **CONCURSO** - Dosificación punitiva: límites del incremento hasta en otro tanto ____ 43
9. **CONCUSIÓN** - Bien jurídico tutelado: administración pública _____ 44
10. **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, no se puede entender cumplida con la sola aplicación de la tecnología _____ 48
11. **DEBIDO PROCESO** - Unidad defensiva: abogado y procesado pueden actuar en conjunto o separadamente _____ 60
12. **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: prescripción, reglas jurisprudenciales _____ 63
13. **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Aplicación: también a municipios_ 71
14. **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados _____ 78

15. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos	83
16. LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juzgado con función de ejecución de sentencias: su superior funcional es el tribunal superior	88
17. ORGANIZACIÓN CRIMINAL - Ley 1908 de 2018: grupo de delincuencia común, grupo armado organizado (gao), grupo delictivo organizado (gdo), diferencias	89
18. PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, fecha a partir de la cual se debe contabilizar	94
19. PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: a través de acto administrativo por el que se nombra a empleado	98
20. SECUESTRO - Diferencia con el secuestro extorsivo	105
21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión de la ley 1564 de 2012, procedencia	110
23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: supuestos de admisibilidad, no es un listado cerrado	119
24. TENTATIVA - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, alude a su órbita subjetiva	123





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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Primer trimestre 2024

Enero a Marzo de 2024

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

- ACOSO SEXUAL** - Sujeto activo: es un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, diferente a la subordinación laboral / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, no está vinculada con la naturaleza del vínculo laboral o contractual / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, alcance / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: no exige un comportamiento específico de la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Análisis a través del enfoque de género: procedencia

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación especial interpuesta por la abogada de CAPZ, contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual revocó la absolución proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad y, en su lugar, lo condenó como autor responsable del delito de acoso sexual.

En esta ocasión, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la decisión que, por primera vez, condenó a CAPZ.

Para ello, la Corte analizó los elementos del delito de acoso sexual, de cuyo análisis concluyó que: i) los actos constitutivos de la conducta, dirigidos a los fines sexuales no consentidos, pueden ser sucesivos y darse en breve tiempo; sin excluir la posibilidad de su ocurrencia en días diferentes o en largos lapsos. Es decir, la persistencia no está relacionada con el tiempo sino con la repetición de la conducta; y ii) el tipo penal no supedita las relaciones de autoridad o de poder, a la existencia de una jerarquía impuesta por determinada relación laboral, sino que la misma tiene origen

también en cualquier otra relación de edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica.

SP459-2023(58669) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

Aclaración de voto

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

- SGN, abogada contratista de la Oficina Jurídica del entonces Fondo de Vigilancia y Seguridad del Distrito, denunció a CAPZ, Subgerente Financiero y Administrativo de esa dependencia, quien enterado por la directora que ella laboraba ahí, la hizo acudir a su despacho para preguntarle por la clase de contrato y salario devengado.
- El 18 de septiembre de 2012, al verla acompañando a un contratista que requería su firma, CAPZ, a quien había conocido en el año 2004 en el Jardín Botánico, mediante señas, la instó a ingresar a la oficina sola y cerrar la puerta.
- Luego de ella sentarse y el acusado susurrarle algo al oído, aseguró la puerta y bajándose el cierre de su pantalón sacó su pene, pidiéndole hacerle la felación e insistiéndole entrar al baño, momento en el que la mujer abandonó la oficina con la advertencia de CAPZ de no responder por lo que le pudiera pasar.
- Minutos después de recibir una llamada de aquel en la que le pedía regresar a su despacho, a lo cual hizo caso omiso, comentó lo sucedido a su amiga FAM, a otras personas y elevó la queja ante la Alcaldía.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACOSO SEXUAL - Elementos: elemento subjetivo específico, fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: sujeto activo, cualificado / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: sujeto pasivo, indeterminado / **ACOSO SEXUAL** - No requiere que se alcance el resultado deseado

«La Ley 1257 de 2008, mediante su artículo 29 adicionó al Código Penal el artículo 210A, el cual, bajo la denominación de acoso sexual y delito que atenta contra la libertad, integridad y formación sexuales, sanciona con prisión de uno (1) a tres (3) años a quien

“en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona”.

El sujeto activo de la conducta es cualificado. Adecua su comportamiento al tipo penal, la persona que se vale de su superioridad manifiesta sobre la víctima o de las relaciones de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, que se tiene en ella.

El acosador aprovecha la relación de jerarquía existente con la víctima, esto es, desigual, asimétrica, edificada sobre alguna de las hipótesis previstas en la descripción típica.

La conducta descrita es alternativa. Incurrir en ella el sujeto cualificado que acosa, persigue, hostiga o asedia física o verbalmente al sujeto pasivo del comportamiento delictual.

Los verbos de la acción típica, por la naturaleza de las cosas, implican que el comportamiento del acosador sea habitual o permanente. Es característica de la acción la insistencia en la conducta, el autor debe persistir en los actos para considerar estructurado el tipo penal.

Sin embargo, es preciso advertir que la reiteración de los actos configurativa del acoso, no es únicamente la producida en largos períodos de tiempo, verbi gratia en días u horas distintas, sino aquella constante y continúa que se manifiesta en actos compuestos en la sucesión de tiempo que al conformar un todo obedecen al mismo propósito.

[...]

La finalidad de los actos constitutivos de acoso es de índole sexual, razón por la cual la conducta protege como bien jurídico la libertad, integridad

y formación sexuales. Además, no pueden ser consentidos por la víctima.

Igualmente es un punible de mera conducta, su ejecución no implica la realización de algún acto sexual o acceso carnal con ocasión del comportamiento del acosador; el tipo penal sanciona las conductas vejatorias que afecten directamente a la persona.

En este sentido, es un delito doloso»

ACOSO SEXUAL - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, alcance / **ACOSO SEXUAL** - Demostración / **ACOSO SEXUAL** - Violencia contra la mujer / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: impugnación de credibilidad, evento en que la defensa no utilizó esta herramienta jurídica / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera si se respeta el núcleo fáctico de la acusación

«En este sentido, los hechos jurídicamente relevantes de la acusación son: i) la condición de contratista de la víctima de la oficina jurídica del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá; ii) el cargo de subgerente financiero y administrativo ocupado por PZA en esa Entidad; iii) el encuentro provocado por éste en el que pregunta a la víctima sobre la clase de contrato y salario devengado; y iv) el suceso acaecido el 18 de septiembre de 2012 en la oficina del acusado, donde éste 1) le susurra algo al oído a SGN que ella no entiende; 2) luego de bajarse la cremallera de su pantalón, saca su pene y le pide hacerle sexo oral; y, 3) ante su negativa, le dice que entre al baño.

La recurrente habla de una habitualidad y permanencia de la conducta que no es la exigida por el tipo penal, basta para su configuración la insistencia o reiteración de los actos constitutivos de acoso sexual, los cuales, según lo dicho en precedencia, pueden ser sucesivos, darse en breve tiempo, sin excluir la posibilidad de su ocurrencia en días diferentes o en largos lapsos.

En este asunto, la persistencia del comportamiento del acusado se hace patente con el “susurro” al oído de la víctima, quien admite no haber podido identificar lo que quiso decirle; el acto de bajarse el cierre, sacar el pene y pedirle hacerle sexo oral; y, la sugerencia de entrar o seguir al baño, que aunque obedecen a un mismo propósito son reiterativas en la consecución de la finalidad propuesta.

La persistencia no está relacionada con el tiempo sino con la repetición de la conducta, de modo que si en este asunto solo transcurrieron un poco más de tres (3) minutos desde el ingreso de SGN a la oficina del implicado y de su salida de ella, tal como lo muestra el video, no quiere significar que el acto haya sido uno solo.

La impugnante pasa por el alto que el acusado buscó asegurarse no ser sorprendido ni descubierto en la conducta de acosar, pues una vez ingresó la víctima, se dirigió a la puerta de ingreso a la oficina para asegurarla, procediendo enseguida a susurrarle algo, que si bien ella no entendió lo que le estaba sugiriendo PZ, pronto pudo darse cuenta de su intención cuando a continuación de bajarse el cierre y sacarse su pene, le pidió hacerle sexo oral y ante su negativa, le sugirió entrar al baño, evidentemente con ese mismo propósito.

Tratándose de una mujer, el ámbito de protección de la norma es mayor frente al acto explícito de contenido sexual, más allá del susurro inentendible y de la sugerencia para que ingresara al baño, como del momento en que el acusado quiso mostrar su poder al hacerle conocer a la víctima la posibilidad que tenía de mejorarle su salario y vinculación a la Entidad, con la proterva intención de obtener sus favores sexuales evidenciada desde que llegó al Fondo, pues al verla allí de inmediato propició el encuentro.

La recurrente confunde los hechos jurídicamente relevantes con la prueba misma, al rechazar las manifestaciones de la víctima que no guardan relación con los hechos del 18 de septiembre de 2012, bajo el argumento de no haber sido objeto de la acusación y no hallarse corroborados.

Por ejemplo, expresa que la víctima no podía mencionar que el acusado iba a su sitio de trabajo a saludarla, conducta referida por DMC, “no era así con el resto de personal, y él nada tenía que ir a preguntarle del trabajo, pero siempre le buscaba el saludo”, si precisamente dicha actitud era indicativa de su obstinado interés.

Así mismo, rechaza que el tribunal haya tenido como hecho indicador de la conducta reprochada a PZ los hechos del Jardín Botánico, pero no tiene en cuenta la aclaración en la sentencia, según la cual, no podían tenerse en cuenta para valorar el compromiso penal del acusado, debido a que en ese año, 2004, no se encontraba tipificada la conducta de acoso sexual.

[...]

Carece de razón cuando pretende reducir el testimonio de la víctima a lo acontecido a puerta

cerrada, sin permitir que la testigo aluda a situaciones anteriores y posteriores vinculadas al hecho investigado, que explican cómo conoció al acusado, el trato dispensado por este en el Jardín Botánico, la orden a través de su jefe inmediata para que acudiera a la oficina de él, la posibilidad que tenía de ayudarla a mejorar su vinculación laboral y salario, las manifestaciones sobre determinados atributos físicos, etc., pues ellas siendo parte y objeto de prueba no constituyen hechos jurídicamente relevantes de la acusación.

Luego, no habiendo sido controvertidas tales aseveraciones por ningún medio de conocimiento, algunas corroboradas por prueba testimonial, verbi gratia la declaración de DMC, y sin que exista motivo de demérito de la versión de la víctima, carecen de razón los cuestionamientos propuestos en la impugnación.

Para la libelista es inaudita la afirmación del tribunal, según la cual, las aseveraciones de SGN pese a no estar corroboradas tampoco fueron controvertidas.

Bien pudo en el curso del contrainterrogatorio a la denunciante confrontar y controvertir las manifestaciones de la víctima sobre los hechos antecedentes, concomitantes y posteriores al hecho, en orden a establecer la credibilidad de su testimonio, labor que ahora no puede suplir argumentando que siendo hechos jurídicamente relevantes han debido hacer parte de la acusación, sin ofrecer razón o fundamento alguno que desdiga de la veracidad del mismo.

Así las cosas, la Sala encuentra que el comportamiento del inculcado se adecua a la descripción típica, debido a que el 18 de septiembre de 2012 acosó con fines sexuales no consentidos a SGN, valiéndose de su posición laboral, dado que según lo establecido por el Tribunal en la sentencia, él ocupaba un cargo directivo en el Fondo mientras la víctima desempeñaba uno de nivel profesional, esto es, de menor jerarquía»

ACOSO SEXUAL - Sujeto activo: es un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral; alcance / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, diferente a la subordinación laboral / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, no está vinculada con la naturaleza del vínculo laboral o contractual

«A juicio de la demandante, la sentencia infringe la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210A del Código Penal, debido a que el tribunal da por acreditada la existencia de la

relación subordinada que en el marco del trabajo como actividad humana exige el tipo penal para su configuración.

Según la descripción típica incurre en la conducta de acoso sexual, la persona que acosa, persigue, hostiga o asedia física o verbalmente con fines sexuales no consentidos a otra, “valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica”.

El tipo penal tal como está configurado describe distintas formas de relación mediante las cuales el sujeto activo adecúa su conducta, sin que las surgidas en el campo laboral estén mediadas necesariamente de un vínculo contractual específico o de una relación de subordinación.

“La Corte ya ha percibido esta dificultad en la determinación del tipo penal, advirtiéndose que, dada su textura abierta, el legislador buscó superar las relaciones convencionales de jerarquía surgidas en los ámbitos laborales, educativos o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, para contemplar cualquier condición de superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, lo que se desprende de las razones de superioridad manifiesta o en relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica”

La “posición laboral” mencionada en el tipo penal no es aquella fundada en la jerarquización de los empleos en el ámbito laboral y ni en la relación de dependencia y subordinación entre jefe subalterno en los términos señalados por la recurrente, pues lo comprendido en la norma penal es el aprovechamiento de la superioridad respecto de quien se encuentra en un nivel de desigualdad en razón del oficio que ocupa, con el fin de obtener favores sexuales no consentidos.

El tipo penal no exige “relación de subordinación laboral” y aunque la Sala en la decisión citada en la impugnación, expresa que no puede haber delito donde “la asimetría de la subordinación laboral” no influya, tal criterio, según lo visto, ha sido atemperado, atendiendo al fin de protección de la norma que es el de evitar todo abuso de la superioridad sustentada en el simple hecho de “la posición laboral” que se ocupe.

Conforme lo anterior, es pertinente advertir que SGN en el año 2012 trabajaba en la Oficina Jurídica del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, entidad a la cual en septiembre del mismo año el acusado entró a ocupar el cargo de Subgerente Administrativo y Financiero.

Mientras él desempeñaba un empleo de rango directivo, ella uno de nivel profesional, de modo que aunque no era jefe directo de SGN, por su “posición laboral” era superior de ella y, así funcionalmente no hiciera parte de la planta de personal de la dependencia administrativa de la cual era jefe PZ, era encargada de los contratos de prestación de servicios de la institución, que debían ser firmados por él, para su trámite correspondiente.

En estas condiciones el implicado ostentaba una posición de autoridad, como directivo tenía poder sobre los empleados o empleadas de la institución, sin que la circunstancia de no ser jefe inmediato o no autorizar o supervisar el trabajo de la víctima no hace atípica la conducta de acoso sexual.

Se itera, la posición laboral exigida por el tipo penal está vinculada con la categoría del empleo o cargo desempeñado y no con la naturaleza del vínculo laboral o contractual, puesto que la relación de superioridad deviene en razón de la ocupación o actividad encomendada y no de la forma de su nombramiento o contratación.

En este asunto, en el que el acusado prevalido de su manifiesta superioridad sustentada en el cargo directivo ocupado en la Entidad acosó sexualmente a SGN, la discusión sobre la relación de subordinación carece de sentido, cuando la prueba es indicativa que PZ revisaba o daba el visto bueno a los contratos de prestación de servicios, que aunque la mayoría de las veces no eran entregados directamente por las abogadas al acusado, la víctima debió concurrir a la oficina de este a tratar un asunto relacionado con esa materia, sin lo cual no podría avanzar.

De esta manera, el tribunal no se equivoca al concluir que hubo un aprovechamiento de la posición de autoridad del acusado frente a la víctima, aun cuando no existiera la relación de subordinación echada de menos por la libelista, que según lo visto, el tipo penal no exige para su configuración»

ACOSO SEXUAL - Configuración: no exige un comportamiento específico de la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Violencia contra la mujer / **ACOSO SEXUAL** - Análisis a través del enfoque de género: procedencia / **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas

«[...] Asume la libelista, que la manifestación de la víctima de haber guardado la compostura porque no reacciona de “formas primitivas”, contradice la de DMC, de haberla visto salir

alterada y nerviosa pidiéndole que se fueran de allí.

Tal reclamo, se aparta del enfoque de género prevalente en el examen de los hechos y ponderación del testimonio de la mujer víctima, bajo el entendido del rechazo en la labor judicial en razón de su género de todo prejuicio y exigencia de estereotipos sobre determinado modo de comportamiento y reacción que debería asumir frente a las agresiones y actos de violencia física y sexual a los cuales es sometida, en orden a estimar creíble su versión.

Sin olvidar que la ponderación de la prueba se realiza con sujeción a las reglas de la persuasión racional, merece crítica la visión, según la cual, si la mujer no llora, gesticula, exclama y manifiesta sus afectos y emociones como consecuencia del hecho del que ha sido víctima, es porque este no ha existido o ha sido consentido por ella.

“En este sentido, la Sala no desconoce que la Corte, entre otras en la SC TC 4362 del 4 de abril de 2018, ha destacado la necesidad de aplicar el derecho a la igualdad e introducir un enfoque diferencial para disminuir situaciones de violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, lo cual “implica romper los patrones socio

culturales de carácter machista en el ejercicio de los roles de hombre-mujer que, en principio son roles de desigualdad”.

La Sala encuentra que el testimonio de DMC es complementario con el de la víctima, de modo que las supuestas contradicciones e inconsistencias avizoradas por la recurrente carecen de sustento, pues las exigencias de “formas primitivas” de comportamiento aludidas por SGN, tiene que ver con aquellos estereotipos inadmisibles, según lo dicho en precedencia, conforme a los cuales, para creerle a una mujer debe expresar su sentimientos a través de actitudes y expresiones públicas como llanto, gritos, exaltaciones, etc., y no con el estado de ánimo percibido por su compañera de trabajo.

Finalmente, la animadversión que la recurrente le atribuye a la víctima para descalificar su testimonio, carece de comprobación. Está sustentada en la versión de SGN y en los hechos acaecidos en 2004, que aun cuando no son objeto de la acusación no se encuentran controvertidos, y no en prueba distinta de cualquier naturaleza que muestre el propósito o ánimo vindicativo con el que la víctima puso en conocimiento de las autoridades judiciales el acoso sexual que motiva la condena del acusado».

Inicio

- 2. ACOSO SEXUAL** - Verbos alternativos / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: puede ser expresado de diversas formas / **ACOSO SEXUAL** - Demostración: las circunstancias concretas en que se desenvuelva, determinan la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad

La Sala de Casación Penal al resolver la impugnación especial promovida por el defensor, confirmó la sentencia proferida por la misma Sala -integrada por 6 magistrados-, que condenó, por primera vez, a MFRA como autor del delito de acoso sexual, en concurso homogéneo y sucesivo.

Esto por cuanto, consideró que, las características descritas por las víctimas en sus respectivos testimonios permiten establecer, que MFRA utilizó la autoridad que tenía al interior de la empresa Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. -ESSA- para discriminar y violentar sexualmente a las trabajadoras SMCJ y CMTH.

Para el efecto, recordó las características típicas fundamentales del delito objeto de juzgamiento y descartó que, en sede de casación, se haya vulnerado el debido proceso del impugnante, por la declaratoria «oficiosa» de un falso raciocinio. Además, ratificó la existencia de prueba suficiente que demuestra el abuso del poder o superioridad del sujeto activo.

SP489-2023(63783) de 22/11/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

- En 2012, SMCJ laboró en la secretaría general de la empresa Electrificadora de Santander ESSA como abogada bajo el mando de MFRA. Desde entonces fue asediada sexualmente por parte de su jefe, quien le decía de manera reiterada que su perfume lo excitaba, que le diera del chicle que comía o que sostuvieran “algo”, dado que era una mujer linda, bajo la advertencia de que él podía despedirla cuando quisiera.

2. Entre los distintos actos de hostigamiento, MFRA tocó sus glúteos sin su consentimiento, haciendo la mímica de querer limpiar su pantalón, cuando ella se encontraba de espaldas enviando un fax desde su oficina. Hacía comentarios soeces sobre sus nalgas, su cuerpo, sus relaciones sentimentales e interacciones sexuales ante sus compañeros de trabajo.

3. Para el mismo año, CMT Hernández laboró como secretaria bajo el mando de MFRA, época en la que presenció cuando, en varias ocasiones, este se bajó los pantalones, en espacios privados como su oficina o el archivo, para exhibirle su miembro viril erecto y pedirle que le practicara sexo oral, se lo tocara o le aplicara crema para sus “nacidos”.

4. Igualmente, en el entretanto que fue su subordinada, hizo comentarios públicos y privados sobre su cuerpo, sus relaciones sexuales, el estado de sus genitales, le enrostró la necesidad de tener a un “macho” al lado y le ofreció su ayuda para suplir las eventuales carencias sexuales que pudieran tener. La trató de manera indigna diciendo que era una bruta, porque no era capaz de hacer su trabajo, al paso que la tildó de loca ante sus colegas cuando dejaba ver su tristeza o temor por los hostigamientos de su superior.

5. Estos requerimientos e insinuaciones permanentes de carácter sexual cesaron en diciembre de 2013, cuando las trabajadoras pusieron en conocimiento de la empresa la situación, siendo convocado un comité de convivencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACOSO SEXUAL - Elementos / **ACOSO SEXUAL** - Verbos alternativos / **ACOSO SEXUAL** - Bien jurídico tutelado / **ACOSO SEXUAL** - Tipicidad objetiva: ingrediente subjetivo, propósito del autor de obtener un provecho para sí o para un tercero, de carácter sexual / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima

«[...] la conducta de acoso sexual, que es definida por el artículo 210A del C.P. así: «El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, ...»

En esa definición típica, tal y como lo precisó la sentencia impugnada, la jurisprudencia tiene identificado estos requisitos fundamentales:

Tanto el sujeto activo como pasivo son calificados porque se requiere que entre ambos exista una relación jerarquizada que otorgue al primero superioridad, autoridad o poder sobre el segundo, en razón de factores como la «edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica».

Los verbos rectores alternativos son acosar, perseguir, hostigar y asediar, todos los cuales suponen acciones, palabras o gestos reiterados, habituales o continuados. Así, un acto único o aislado no es idóneo para trasgredir el bien jurídico de la libertad, formación e integridad sexuales.

Un ingrediente subjetivo especial consistente en el propósito de obtener beneficios sexuales, para sí o para un tercero, en contra o sin la voluntad de la víctima.

Y, por último, no basta la existencia de una relación desigual entre el agente y el sujeto pasivo; se requiere, además, que el primero la haya empleado o aprovechado para lograr su propósito con la parte más débil.»

ACOSO SEXUAL - Configuración: puede ser expresado de diversas formas / **ACOSO SEXUAL** - Demostración: las circunstancias concretas en que se desenvuelva, determinan la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad

«El segundo y último argumento de impugnación asegura que las pruebas no acreditaron que las conductas por las que se juzga al acusado fueran desarrolladas con abuso del poder o autoridad que le confería su cargo al interior de la empresa.

Precisado así el planteamiento, el defensor no controvertió la prueba de las demás características típicas de los comportamientos acosadores atribuidos a MFRA, es decir:

Que entre los años 2012 y 2013 se desempeñó como Secretario General de la empresa Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. -hecho estipulado- y tenía bajo su mando a SMCJ y a CMTH.

Que durante esos períodos, de manera continua, realizó a ambas mujeres comentarios obscenos y hasta tocamientos corporales no consentidos.

Que, en ese contexto, acostumbraba a hacerles propuestas y / o insinuaciones de naturaleza sexual.

Esos hechos fueron acreditados en el juicio, principalmente, con los testimonios detallados, coherentes y corroborados de las mismas mujeres ofendidas -SMCJ y CMTH-, cuya eficacia ni siquiera es cuestionada por el impugnante porque, recuérdese, su único reparo frente a los presupuestos de la responsabilidad es que el fallo de primera condena supuso la prueba de la utilización indebida de su poder en el ámbito laboral.

[...]

Adicionalmente, contrario a la alegación de falso juicio de existencia por suposición que alega el defensor, los testimonios de SMCJ y CMTH también dieron cuenta pormenorizada de la forma como el acusado se valió de su posición laboral superior para hostigarlas.

Ambas indicaron que el permanente asedio sexual fue alternado con episodios de acoso laboral, en los que MFRA, en público y en privado, denigraba de sus capacidades y del trabajo que desarrollaban.

[...]

Según el resumen de las pruebas testimoniales, la totalidad de actos de acoso sexual ocurrieron en la sede de la empresa y en el horario en que las dos mujeres prestaban sus servicios bajo el mando del acusado; inclusive, la mayoría de aquellos se presentó en la oficina asignada a este

último. Ello implica que aquel se aprovechó del lugar y el tiempo que ofrecía la relación laboral para asediar a las trabajadoras.

La referencia por las víctimas al abuso del poder de subordinación y al temor que ello les generaba fue explícita.

[...]

Otras pruebas de la Fiscalía corroboran algunos aspectos de los relatos de las víctimas:

La perito psicóloga MCLR del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, declaró en juicio que realizó sendas evaluaciones a SMCJ y a CMTH, resultado de las cuales conceptuó que ambas presentaban «afectación psíquica» relacionada con los hechos de acoso laboral y sexual.

JPTG, quien trabajó en la Electrificadora de Santander entre los años 2000 y 2015, ratificó que el procesado acostumbraba a realizar comentarios sobre prendas íntimas de mujeres y, en general, muchos con frecuente contenido libidinoso.

Y, de otra parte, no sobra advertir que las pruebas traídas por la defensa, aunque son omitidas en la sustentación de la impugnación especial, no desvirtúan las conductas acosadoras objeto de juzgamiento [...].»

Inicio

3. BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS -

Permiso hasta de 72 horas: su autorización es otorgada por el Juez de Ejecución de Penas, pero son las autoridades penitenciarias las encargadas de evaluar si el sentenciado reúne o no los requisitos para acceder a él /

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS -

Competencia del Juez de Ejecución de Penas: a las autoridades penitenciarias les compete certificar las condiciones o requisitos que deben concurrir para el otorgamiento del beneficio, siempre que el juez no pueda verificar directamente / **JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS** - Competencia: para resolver de las

propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** -

Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, conceder beneficio

administrativo de permiso hasta de 72 horas, no se configura, por resolver una solicitud elevada directamente por el privado de la libertad, y no por el centro de reclusión /

PREVARICATO POR ACCIÓN - Delito de ejecución instantánea: cometido a través de varios actos, unidad de acción, explicación / **CONCURSO HOMOGÉNEO** - No se configura

ante varios actos que constituyen unidad de acción / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Elementos

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa del Juez Veinticuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, JEBD, en contra de la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual lo condenó por los delitos de prevaricato por acción agravado, tráfico de influencias de servidor público y asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

En esta oportunidad la Sala: i) revocó parcialmente la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió a JEBD por el delito de prevaricato por acción agravado; ii) revocó parcialmente la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió a JEBD por 2 conductas de tráfico de influencias de servidor público y 3 conductas de asesoramiento y otras actuaciones ilegales; y iii) confirmó en lo demás la sentencia de primera instancia; esto es, por 3 conductas de tráfico de influencias de servidor público y 12 conductas de asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

En relación con el tema, la Corte concluyó que, JEBD fue acusado y condenado por 2 conductas

de prevaricato por acción agravado, cuando realmente se trataba de una sola. Y si bien, la decisión que profirió fue manifiestamente contraria a la ley, la insuficiencia probatoria de cargo conllevó a que no se acreditara el dolo en su actuar.

En este punto, explicó el correcto entendimiento del numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que, no es dable afirmar que el funcionario judicial contraría manifiestamente la norma al resolver una solicitud de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas elevada directamente por el sentenciado privado de la libertad, o por su defensor, y no por el centro de reclusión.

Aunado a lo anterior, analizó los elementos de los tres delitos objeto de juzgamiento, esto es, prevaricato por acción, tráfico de influencias de servidor público y asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

SP506-2023(61969) de 29/11/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 31 de agosto de 2017, un investigador adscrito a la Fiscalía delegada para la Seguridad Ciudadana recibió información de «fuente no formal» sobre la posible ocurrencia de actos de corrupción en el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

2. La noticia criminal y el respectivo informe de policía judicial fueron asignados a la Fiscalía Séptima Especializada de la Dirección de Seguridad Ciudadana, autoridad que ordenó adelantar interceptaciones telefónicas y luego de recibir los informes, expidió copias con destino a la Unidad de Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, tras advertir que en ellas aparecían involucrados aforados legales, por tener la condición de jueces.

3. En desarrollo del programa metodológico de investigación, se ordenó la interceptación de comunicaciones telefónicas de los abonados que fueron suministrados en la compulsión de copias y que se constató utilizaban los servidores judiciales, de quienes se comprobó la calidad de jueces de la República, siendo identificados e individualizados como: GYAT, Juez 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, y JEBD, Juez 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

4. El ente investigador reseñó conversaciones telefónicas del juez JEBD que darían cuenta de la presunta comisión de las conductas punibles de tráfico de influencias de servidor público y asesoramiento y otras actuaciones ilegales, ambas en concurso homogéneo y sucesivo.

5. La Fiscalía atribuyó al mencionado funcionario judicial 12 conductas de tráfico de influencias de servidor público y 18 conductas de asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

6. El ente investigador también acusó a JEBD por 2 conductas de prevaricato por acción agravado, así:

6.1. La primera, por proferir el auto del 5 de abril de 2017 en el que aprobó un beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas a FYCZ, quien había sido condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pese a que: (i) aquella conducta punible está excluida de beneficios según el artículo 68A del Código Penal, y, (ii) la autoridad penitenciaria no había elevado solicitud de reconocimiento de beneficio administrativo de permiso, ni remitido la documentación para el estudio de su procedencia.

6.2. La segunda, por proferir el auto del 9 de mayo de 2017, en el que «mantuvo incólume» la anterior decisión, desconociendo que el 24 de abril de 2017 la Dirección del Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá - COMEB «La Picota» le señaló que esa autoridad penitenciaria no solicitó el beneficio administrativo de permiso, ni aportó la documentación requerida para su estudio.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Delito de ejecución instantánea: cometido a través de varios actos, unidad de acción, explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Concurso: criterios para determinar si se está ante una sola o varias conductas / **CONCURSO HOMOGÉNEO** - No se configura ante varios actos que constituyen unidad de acción

«La fiscalía acusó al entonces Juez Veinticuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá JEBD por dos (2) conductas de prevaricato por acción agravado, al haber emitido los autos del 5 de abril y 9 de mayo de 2017. El tribunal a quo profirió condena en los términos de la acusación, al concluir que esas decisiones

eran manifiestamente contrarias a derecho y que el procesado las expidió con conocimiento y voluntad de su ilegalidad.

En el auto del 5 de abril de 2017, el implicado aprobó el reconocimiento de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas en favor de FYCZ, quien había sido condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pese a que: (i) la conducta punible está excluida de beneficios según el artículo 68A del Código Penal, y, (ii) la autoridad penitenciaria no había elevado solicitud de beneficio administrativo de permiso, ni remitido la documentación para el estudio de su procedencia.

En el auto del 9 de mayo de 2017, el juez «mantuvo incólume» la decisión anterior, pese a que el 24 de abril de 2017 la Dirección del Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá - COMEB «La Picota» le señaló que esa autoridad no solicitó el beneficio administrativo de permiso, ni aportó la documentación requerida para su estudio.

Para la Sala, la imputación del concurso de dos (2) conductas de prevaricato por acción, en las condiciones descritas, resulta equivocada, pues salta a la vista que la concesión del beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas que decidió el procesado JEBD en favor de FYCZ es una sola conducta, toda vez que los referidos autos abordan la misma temática y tienen idéntica finalidad.

Sobre el tema, resulta ilustrativa la providencia CSJ SP049-2021, rad. 54646, en la cual la Corte, a partir de sus propios precedentes, definió los criterios para establecer si se está ante una conducta o ante un concurso de conductas punibles de prevaricato por acción, en aquellos eventos en los que son plurales las decisiones que se acusan de manifiestamente contrarias a la ley. [...]

En el presente asunto, los autos del 5 de abril y 9 de mayo de 2017: (i) configuran el mismo tipo penal, (ii) contienen rasgos homogéneos, como el desconocimiento de las normas sobre exclusión de beneficios y subrogados penales y el trámite administrativo por parte del INPEC, (iii) obedecen a idéntica finalidad, esto es, la concesión del beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas y, (iv) guardan dependencia entre sí, pues el último de los autos (en el que mantuvo incólume la concesión del beneficio), solo se explica en razón a que fue proferida la primera de las decisiones, concediéndolo.

En consecuencia, se abordará el análisis del tipo penal de prevaricato por acción agravado, pero

partiendo del hecho que se trata de una sola conducta»

PERMISO ADMINISTRATIVO - Permiso de 72 horas: improcedencia / **EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES** - Contenido y alcance (art. 68A Ley 599 de 2000) / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, conceder beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas

«[...] (i) el legislador instituyó la exclusión de beneficios administrativos en la etapa de ejecución de la pena a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, entre otros supuestos y, (ii) el permiso hasta de setenta y dos (72) horas está incluido como uno de los beneficios administrativos a los que pueden acceder quienes estén en la etapa de ejecución de la pena, siempre y cuando reúnan determinadas exigencias concurrentes, vale decir, bastaría la ausencia de una sola de ellas para hacer nugatorio el beneficio de que se habla.

En lo que aquí interesa, resulta evidente que a la solicitud que resolvió el juez JEBD de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas, resultaba aplicable la exclusión de beneficios del artículo 68A del Código Penal, pues FYCZ fue condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ya entrada en vigor la Ley 1709 de 2014 que modificó aquella norma sustantiva.

La Corte concluye, entonces, que el acusado contrarió manifiestamente la ley al resolver favorablemente el permiso al sentenciado, pese a que la norma llamada a regular el asunto lo excluía de acceder a este tipo de beneficios»

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS - Permiso hasta de 72 horas: su autorización es otorgada por el Juez de Ejecución de Penas, pero son las autoridades penitenciarias las encargadas de evaluar si el sentenciado reúne o no los requisitos para acceder a él / **BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS** - Competencia del Juez de Ejecución de Penas: a las autoridades penitenciarias les compete certificar las condiciones o requisitos que deben concurrir para el otorgamiento del beneficio, siempre que el juez no pueda verificar directamente / **JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS** - Competencia: para resolver de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión

manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, conceder beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas, no se configura, por resolver una solicitud elevada directamente por el privado de la libertad, y no por el centro de reclusión

«El numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, citado en la sentencia de primera instancia y en el recurso de alzada, establece que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocen:

«5. De la aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de libertad» [negrilla y subrayado fuera de texto].

Según el recurrente, la «disyuntiva “o”» establecida en la norma transcrita, significa que el juez de ejecución de penas conoce de las distintas propuestas que formulan las autoridades penitenciarias y, adicionalmente, de las solicitudes de beneficios administrativos que eleven directamente los reclusos, evento último en el que no se requiere solicitud previa de la autoridad penitenciaria, tal como ocurrió en este caso.

Para la Sala, el anunciado argumento defensivo dirigido a evidenciar que la decisión proferida por el acusado no fue manifiestamente contraria a la ley, no está llamado a prosperar. Sin embargo, se anticipa que el referido ingrediente normativo del tipo penal no se deduce, en los términos de la acusación y del fallo de primera instancia, por el hecho que el juez haya decidido un beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas requerido directamente por un privado de la libertad, sin contar con la solicitud del INPEC.

La Corte ha de precisar que de las transcritas normas del Código Penitenciario y Carcelario (artículo 147 de la Ley 65 de 1993), de aquellas que lo reglamentan (Capítulo 7, Sección 1 del Decreto 1069 de 2015) y del numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, se advierte que el legislador previó para el trámite del beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas la intervención inicial de la autoridad penitenciaria y, luego, del respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, autoridad judicial que decide en derecho lo que corresponda.

El correcto entendimiento del numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004 no está atado a la disyuntiva planteada por el recurrente, sino que de su texto se desprende que el juez ejecutor

de la pena resuelve, tanto (i) las propuestas de las autoridades penitenciarias, como (ii) las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, y que ambos trámites pasan por las autoridades carcelarias, cuya definición, según lo prevé la norma, puede tener efecto en la modificación de las condiciones de cumplimiento de la condena o en la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad.

En virtud del principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado en la fase de ejecución de la pena, lo que la norma indica es que tanto las propuestas como las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos provienen de las autoridades penitenciarias, pues son a estas a quienes compete certificar las condiciones o requisitos que, conforme a la ley, deben concurrir para el otorgamiento del correspondiente beneficio, cuando supongan hechos que el juez no pueda verificar directamente (Cfr. sentencia CC C-312-2002).

Esa es la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a la disposición en cita, a partir de su propia doctrina constitucional y de precedente del Consejo de Estado. [...]

153.- En el examen de constitucionalidad del numeral 5° del artículo 79 de la Ley 600 de 2000 -posteriormente reproducido por el numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, agregando el legislador que la aprobación del juez vigía debía ser previa, la Corte Constitucional expuso:

«[e]l cumplimiento efectivo de la pena, y la garantía de los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad durante el período de su ejecución, suponen la organización de una labor compleja por parte del Estado. Esta labor, a su vez, requiere el ejercicio concurrente de una actividad coercitiva y administrativa de los centros de reclusión, asignada al ejecutivo, y de una función judicial, encaminada a garantizar la realización efectiva de los principios y fines de la pena, encargada a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

(...)

[l]a función del juez de ejecución de penas de garantizar la legalidad de la ejecución de la pena se lleva a cabo precisamente verificando el cumplimiento efectivo de estas condiciones - establecidas legalmente-, para determinar si la persona a favor de quien se solicitan los beneficios es acreedora de los mismos. Ahora bien, las condiciones a través de las cuales los condenados se hacen acreedores de algunos de estos beneficios, deben ser certificadas por las autoridades penitenciarias ante el juez, cuando supongan hechos que éste no pueda verificar

directamente» [subrayado fuera de texto] (Cfr. sentencia CC C-312 de 2002).

Lo anterior no significa que el sentenciado no pueda presentar directamente solicitudes al juez que vigila su pena, sin embargo, dadas las competencias del juez ejecutor y de las autoridades penitenciarias, el funcionario judicial necesariamente deberá tener en cuenta la competencia certificadora de estas últimas, por ser ellas quienes están encargadas de administrar los centros de reclusión y, por tanto, verificar el cumplimiento efectivo de algunas de las condiciones que exige el Código Penitenciario y Carcelario y las normas que lo reglamentan.

En suma, si bien el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad finalmente aprueba las propuestas o solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, son las autoridades penitenciarias las encargadas en primera instancia de evaluar si el sentenciado que eleva la solicitud para gozar de un beneficio administrativo reúne o no los requisitos para acceder a él informando lo pertinente al juez vigía, lo cual no obsta para que este constate personalmente lo certificado.

De esa forma se entiende que la facultad certificadora está sujeta a los fines y objetivos para los que fue instituido el régimen penitenciario y a los requisitos que la ley consagra para el otorgamiento de los distintos beneficios en cada una de sus fases, de conformidad con las competencias establecidas en la Constitución y la ley para el efecto.

Todo lo anteriormente expuesto repercute en la valoración del elemento normativo de la conducta de prevaricato por acción agravado, pues no es dable afirmar que el funcionario judicial contraría manifiestamente la norma al resolver una solicitud de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas elevada directamente por el sentenciado privado de la libertad, o por su defensor, y no por el centro de reclusión, pues en últimas en ambos eventos el funcionario judicial decide en el marco de su autonomía con base en los documentos allegados y la normatividad aplicable.

Dicho de otra manera, como quiera que la actividad administrativa de la autoridad penitenciaria no condiciona la decisión que en derecho profiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad respecto de los beneficios administrativos, la decisión será prevaricadora siempre y cuando el funcionario judicial apruebe el reconocimiento del beneficio a quien no reúna los requisitos legales para su concesión, pero no por haber evitado agotar el trámite administrativo ante el INPEC.

[...]

De modo que, en lo que respecta a este tema, ninguna irregularidad se advierte en el hecho que el entonces Juez Veinticuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, JEED, haya resuelto una solicitud elevada directamente por el privado de la libertad y no por el centro de reclusión. Por ese solo comportamiento -objeto de reproche penal en la acusación- no es posible calificar la decisión del funcionario judicial como manifiestamente contraria a la ley»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Tipicidad subjetiva: dolo, se debe demostrar que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de contrariar el orden jurídico a través de la determinación adoptada

«[...] el dolo del prevaricato por acción debe probarse. Este requisito no se suplente simplemente porque la decisión sea manifiestamente contraria a la ley sino que resulta indispensable, además, que probatoriamente pueda deducirse que el sujeto activo (i) conocía sobre la ilegalidad de su actuar, y que, aun así, (ii) voluntariamente decidió desconocer la norma aplicable.

En lo que interesa a este proceso, reitérese, JEED contrarió manifiestamente la ley al aprobar el reconocimiento de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas que solicitó FYCZ, toda vez que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el cual este ciudadano fue condenado, está excluido de beneficios, conforme a lo previsto en el artículo 68A del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014.

De modo que, para dar por acreditado el elemento subjetivo de la conducta prevaricadora en el caso concreto, las pruebas del proceso deben evidenciar que el acusado (i) sabía que en el asunto que resolvió aplicaba la exclusión de beneficios del artículo 68A del Código Penal y, aun así, (ii) decidió contrariar esta norma.

Al respecto, del análisis del conjunto probatorio, la Sala advierte, contrario a la conclusión a la que arribó el tribunal, que la actuación carece de actividad probatoria sobre el particular.

[...]

Lo expuesto hasta ahora da cuenta de que el elemento subjetivo del delito de prevaricato por acción no fue probado en este proceso, en consecuencia, la Sala absolverá a JEED por esta conducta»

TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Elementos / **TRÁFICO DE**

INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Delito de mera conducta / **TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO** - No admite el grado de tentativa

«El artículo 411 de la Ley 599 de 2000, indica: «El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

De acuerdo con esta descripción, son elementos estructurales del tipo penal de tráfico de influencias de servidor público: (i) un sujeto activo calificado -servidor público-, (ii) que utilice indebidamente las influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, (iii) que esa influencia sea en provecho propio o de un tercero, y, (iv) que su propósito sea obtener beneficio de otra persona con cualificación especial -servidor público-, en asunto que este último se encuentre conociendo o haya de conocer.

[...]

La utilización indebida de las influencias derivadas del cargo refiere entonces a que el sujeto activo haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de la que está investido. Por su parte, la utilización indebida de las influencias derivadas de la función tiene lugar cuando el servidor público desborda sus facultades, restringe indebidamente los límites de éstas o pervierte sus fines.

[...]

El tipo penal también refiere que el sujeto activo de la conducta, servidor público, la dirige a otro servidor público con el propósito de obtener beneficio, ya sea para sí o para un tercero, en asunto en que este último se encuentre conociendo o haya de conocer. [...]

En lo que respecta al momento consumativo del delito, se ha determinado que es de mera conducta [...]

Finalmente, como quiera que el delito no exige para su configuración la materialidad de determinado resultado, tampoco admite el grado de tentativa»

TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Demostración / TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Se configura

«En el presente asunto no se discute la calidad de servidor público de JEBD, estipulada por las partes, según se vio en el acápite anterior.

La discusión se centra en si concurren los restantes elementos del tipo penal de tráfico de influencias de servidor público, pues mientras la fiscalía y el tribunal concluyeron que estos se deducen del contenido de las llamadas telefónicas interceptadas, la defensa asegura que con estas pruebas no se acreditó la ocurrencia de la conducta punible.

[...] de la conversación se extrae con claridad que JEBD, en ejercicio del cargo de juez de ejecución de penas, intervino ante el centro de servicios judiciales para que actualizaran unos oficios dirigidos a una entidad pública, con miras a beneficiar a un particular. El contenido del todo concluyente de la conversación conduce a que resulte insustancial acudir a corroboraciones adicionales, como lo reclama la defensa.

Y así en el diálogo transcrito el acusado afirme que en el centro de servicios le «hicieron el favor» de emitir los oficios actualizados, el resultado favorable del trámite solo se explica gracias a su mediación en condición de juez, se insiste, y adicionalmente, como superior jerárquico de los servidores a quienes les correspondía adelantar la actuación. No se trata de la simple obtención de documentos, como lo asegura la defensa, sino de la injerencia indebida del juez en las labores de otros servidores públicos.

Lo anterior se fundamenta, además, en que el trámite de este tipo de asuntos en nada lo involucraba como funcionario judicial, ni se advierte relación alguna con los asuntos asignados a su despacho. En últimas, lejos está de ser una conducta reprochable únicamente desde el campo disciplinario, sino que, en efecto, encaja con la descripción típica del delito de tráfico de influencias de servidor público.

[...]

Del análisis en contexto del contenido de las conversaciones no se deduce que JEBD haya asumido una actitud evasiva sobre la temática del trámite de salida del país de un procesado, que le consultaba su interlocutor, ya que, si bien en un inicio le dijo que no era posible ayudarlo porque no le había avisado con suficiente antelación, después asumió un rol activo y determinante para el resultado de la actuación.

Esto se corrobora en dos momentos, el primero, cuando el juez llama al señor AF y le asegura que iba a hablar «con un amigo a ver qué se puede hacer» en relación con el trámite de salida del país, y el segundo, cuando el funcionario le precisa que había conversado directamente con la jueza que tenía asignado el caso y que ella le había dicho que «le iba a colaborar»

Aquellos sucesos encuentran respaldo en la información que luego le transmitiría AF a JEBD, específicamente, cuando lo llamó a informarle que quien solicitaba salir del país había sido «cogido» en las oficinas de Migración Colombia, ante lo cual el acusado responde que mejor porque el permiso de salida ya había sido concedido por la jueza y que la referida detención terminaba por solucionar el problema.

Todo indica que así fue, tanto que la última comunicación es de agradecimiento hacia el juez y de ella se confirma que el permiso, en efecto, se decidió favorablemente, tal como lo había anticipado el aquí procesado. También resulta relevante que el funcionario, consciente de la ilegalidad de su actuar, le asegurara a su interlocutor que él de momento no podía «hablar más» sobre ese asunto porque podrían pensar que tenía algún interés.

Lo expuesto hasta ahora no deja dudas sobre la configuración de la conducta de tráfico de influencias de servidor público, pues el juez fue buscado para interceder en el trámite de permiso de salida del país y, con ocasión de su cargo, se mostró dispuesto a colaborar e informó los avances que iba realizando en dicha labor. Se trata de una influencia indebida, pues en nada le correspondía a él intervenir en un asunto ajeno a su despacho.

Del contenido de las conversaciones se desprende, además, que el procesado deja claro que su injerencia es ante otros servidores públicos, en concreto, ante la jueza a cargo de resolver la solicitud. Todo ello, con el propósito de beneficiar los intereses de su interlocutor que a su vez intercedía por la persona a quien iba dirigida la concesión del permiso para salir del país.

[...]

Para la Sala, del contenido de las conversaciones resulta evidente que el abogado CI acudió ante los jueces JEBD y LAMG, para que le «ayudaran» en un trámite de permiso para salir del país, el cual cursaba en el despacho de una jueza, amiga de este último, según se afirma. Y si bien la prueba no es concluyente en cuanto a si hubo solicitud, presión o coacción a la referida funcionaria, ese solo evento no conduce a

descartar la existencia del delito de tráfico de influencias de servidor público.

Lo cierto es que, en la primera conversación le informan al aquí acusado sobre la existencia del trámite del referido permiso, así como de su premura, pues los beneficiarios ya tenían una fecha definida del viaje. Y en la segunda conversación, JEED asegura haber dialogado con la jueza a cargo del trámite y le precisa a su interlocutor que debía esperar a ver si al día siguiente la funcionaria le «colaboraba» con el asunto.

Es decir que el procesado, en su condición de juez, acudió ante su colega con ocasión del trámite que ella tenía a cargo en su despacho, y no simplemente para interceder por una cita, como lo afirma el recurrente. Lo cierto es que se trata de un contacto producto de una solicitud que le elevó el abogado interesado en el trámite, de ahí que también carezca de soporte la afirmación sobre la eventual falta de interés. De hecho, al referido apoderado, por quien el juez intervino, le urgía que el pronunciamiento judicial fuera favorable y proferido en determinado tiempo.

Lo expuesto hasta ahora es suficiente para concluir la acreditación de los elementos del tipo penal, con independencia de la ausencia de prueba sobre la hipotética amistad entre JEED y la jueza que conoció del permiso para salir del país, pues ese aspecto no es un elemento del tipo penal. Para lo que aquí interesa, se probó la existencia de una influencia indebida del procesado en su condición de juez, dirigida a otra funcionaria, sobre un trámite que debía resolver, todo para favorecer a un tercero.

ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES - Elementos / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Elementos: que el sujeto activo ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Elementos: la conducta se debe adelantar en un asunto judicial, administrativo o policivo / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Configuración: se reprocha la conducta del servidor público, de doble condición, al servicio de la administración y al servicio de intereses particulares / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Agravado: servidor de la rama judicial o del Ministerio Público / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Delito de mera conducta / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - No admite el grado de tentativa

«El artículo 421 de la Ley 599 de 2000, indica: «El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público la pena será de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses

De acuerdo con esta descripción típica, son elementos estructurales del punible de asesoramiento y otras actuaciones ilegales: (i) un sujeto activo calificado -servidor público-, (ii) que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore, y (iii) que dicha conducta la adelante en asunto judicial, administrativo o policivo.

[...]

Según se desprende del texto de la norma y de su alcance jurisprudencial, lo que se reprocha en este delito es la conducta del servidor público, de doble condición, de un lado, al servicio de la administración y, de manera concomitante, al servicio de intereses particulares. Esto, con independencia de si el sujeto activo se lucra o recibe remuneración por las labores que presta en ese proceder.

El legislador también incorporó un mayor juicio de reproche dirigido a quien incurra en esta conducta siendo servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público, pues mientras que la pena para quien no tiene esas calidades es de multa y pérdida del empleo o cargo, para el que sí las posee, como ocurre en el presente caso, la consecuencia es la pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El punible de asesoramiento ilegal es de mera conducta, esto es, se consuma independientemente del efecto material de la asesoría prestada por el servidor público, pues no se exige la consecución del resultado buscado. De modo que, tampoco admite la modalidad tentada, pues como se indicó, para que exista reproche penal solo basta con que el sujeto activo ejerza labores propias del servicio público y, al mismo tiempo, de intereses de particulares»

ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES - Demostración / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Se configura

«De los tres (3) audios transcritos la Corte encuentra, como lo afirma la defensa, que tienen como rasgo común que el juez y otros profesionales del derecho abordan temas

jurídicos. Sin embargo, contrario al parecer del recurrente, su contenido lejos está de ser irrelevante en el ámbito penal y, en su lugar, se adecúa a los elementos del tipo penal acusado, como acertadamente lo concluyó la primera instancia.

Nótese que, en las conversaciones, los temas que asumen se refieren a problemáticas suscitadas en procesos judiciales, para cuya solución los apoderados acuden al aquí acusado. Concretamente, en todos ellos los profesionales del derecho dialogan con el juez JEBD debido a la imposibilidad que tienen de comprender o solucionar jurídicamente los casos y, en últimas, para que los asesore, labor a la que el funcionario accede.

En el primero asunto, en el que se trata un habeas corpus que profirió un juez negando la libertad a un Coronel, el aquí procesado asesora a su interlocutor en el entendimiento del caso, al punto de orientarlo en que quizás el requisito faltante para que proceda la acción constitucional es un concepto del Ministerio de Defensa. De hecho, su compromiso es tal que se ofrece a «analizar» las decisiones judiciales que soportan la privación de la libertad del ciudadano.

En el segundo caso, en el que al parecer un juez profirió un auto condicionando la libertad de un sentenciado al pago de perjuicios a la víctima, BD emite su criterio jurídico indicando que la referida decisión debió apelarse, pues considera que el funcionario que la emitió había cometido un «error» al negar la concesión de la libertad por ese motivo. El compromiso de dicha asesoría llega al punto de aceptar leer o revisar la decisión objeto de consulta.

Y finalmente, en el último evento, el aquí acusado le expone a su interlocutor una detallada asesoría sobre la autoridad judicial que, a su juicio, es la competente para decidir sobre la libertad de un Coronel, todo, en el marco del cambio de lugar de reclusión del privado de la libertad, así como de la difusión de ese proceso en un medio de comunicación, tema último que los dos convinieron como de importancia para el caso.

La Corte concluye que JEBD, pese a su condición de juez de la República, asesoró a otros profesionales del derecho que acudieron a él para que los orientara en el manejo de asuntos judiciales en los que ellos estaban a cargo. Las asesorías brindadas, en los términos descritos por el tipo penal, son ilegales, ante la incompatibilidad entre el ejercicio del servicio público y las actividades propias de la representación judicial de particulares.

Lo anterior es así, con independencia del alegato del recurrente, según el cual, el procesado carece de interés en los asuntos judiciales que asesoró, evento que resulta ajeno a la descripción de la conducta punible contenida en el tipo penal, el cual se circunscribe, se insiste, en reprochar la doble actividad del servidor público, al servicio de la administración de justicia y de intereses de particulares, como ocurrió en los casos descritos.

[...]

Sobre el alegato de la defensa, según el cual, a JEBD se le está reprochando la promesa de hacer algo que no hizo, en contraste, la Sala encuentra del contenido de estas comunicaciones que el tipo penal de asesoramiento y otras actuaciones ilegales no se quedó en la simple idea de materialización, sino que en efecto se llevó a cabo.

En el registro ID [...], el acusado le indica a su interlocutora: (i) que como consecuencia de unos oficios que remitieron ante algunas autoridades, el ciudadano por el que se le consultaba no tendría restricción alguna para votar, y (ii) le da la razón jurídica en un trámite de cobro coactivo en nombre del referido ciudadano y respecto de lo que debía hacerse: desistir de un recurso y renunciar a términos.

Salta a la vista que el juez en esta conversación rinde apreciaciones jurídicas ajenas a su labor de servidor público frente al trámite administrativo de un particular. Inclusive, al final de la conversación accede a realizar un oficio mediante el cual materializaría su respaldo a la tesis de desistimiento del referido recurso y a la renuncia a términos. Todo lo anterior refleja la existencia de una asesoría reprochable penalmente.

En el registro ID [...], el procesado compromete su criterio jurídico en un presunto delito sexual en contra de una menor de edad, al referir, entre otras cosas, que: (i) al sindicado en esa actuación le correspondía, de momento, esperar a que la investigación avanzara, (ii) debía evitar realizarse exámenes médicos porque los resultados podrían ser adversos para sus intereses, y (iii) en el evento en que «vuelva a llamar la fiscalía» debía «prepararse» a la menor y decirle «que de pronto fue una equivocación, que ella lo interpretó mal»

Como se observa, el acusado presta una asesoría en cuanto a la situación jurídica de un particular y su estrategia de defensa, del todo ajena a sus funciones como juez, es decir, ilegal, configurando así la conducta punible enrostrada. De hecho, su compromiso con esa actuación fue en grado tal que le asegura a su interlocutor que, ante un eventual llamado de la fiscalía, él mismo

le señala al sindicado cómo debe defenderse o le «pone un abogado»

En el registro ID [...], el servidor público orienta a su interlocutora respecto de: (i) el término que tiene una mujer privada de la libertad para reponer una decisión sobre prisión domiciliaria, (ii) la validez de una documentación remitida entre centros de reclusión ubicados en distintas ciudades del país, y (iii) la posibilidad que la reclusa solicite al juzgado el pronunciamiento sobre la «nueva» documentación allegada al proceso.

Del contexto de la conversación resulta evidente que el procesado rinde concepto jurídico sobre el devenir de un trámite de prisión domiciliaria, que se sigue ante una autoridad de ejecución de penas distinta a su despacho, labor completamente ajena al trámite y definición de los asuntos a él asignados, de ahí la ilegalidad de su conducta. De hecho, el funcionario solicita que se le remita copia de los documentos, se infiere, para verificarlos personalmente.

En el registro ID [...], en un inicio el procesado le asegura a su interlocutora que no puede «colaborarle» en un caso de un privado de la libertad en Bucaramanga, pero luego, le guía jurídicamente indicándole que: (i) «no hay nada que hacer» ante la decisión de la Corte de inadmitir la demanda de casación, (ii) le asegura que «eso es quitarle la plata a la gente sin necesidad», que el sentenciado debía cumplir la pena, y (iii) le precisa que podría acceder a un traslado a Bogotá por «unidad familiar», trámite sobre el cual le requiere las decisiones judiciales de primera y segunda instancia y casación, para «mirarlas bien»

Como se observa, el juez no solo orientó jurídicamente a su interlocutora sobre el estado del proceso seguido en contra del privado de la libertad, sino que le expuso lo que, en su criterio jurídico, era el único beneficio al que podía acceder el sentenciado, esto es, el traslado de centro de reclusión, para lo cual también se comprometió a efectuar determinada gestión. Se trata de una asesoría ilegal, en la medida en que la rindió en su condición de juez, en beneficio de intereses de particulares.

[...]

Sobre la afirmación de la defensa referida a que no se probó que el procesado haya recibido remuneración por lo que manifestó en estas conversaciones, se reitera que dicho componente no se requiere para la estructuración del tipo penal de asesoramiento y otras actuaciones ilegales. Lo que se reprocha, se insiste, es la doble condición del sujeto activo, de un lado, al servicio

de la administración pública y, concomitantemente, de intereses particulares.

El recurrente alude además a la existencia de una relación sentimental entre el aquí acusado y su interlocutora. Al respecto, la Sala advierte que dicha circunstancia no fue exhibida en el curso de la actuación sino únicamente en el recurso de alzada, y que, en todo caso, se trata de un tema ajeno a los motivos que dieron lugar a la imputación y acusación en este proceso, así que no resulta necesario ahondar sobre ese particular.

Y en relación con que, el tipo penal se «desborda injustificadamente» por cuenta del reproche en contra de las «orientaciones de orden legal» que le dirige JEBD a un «ser querido», la Sala encuentra que el recurrente evitó especificar el alcance de dicha afirmación, en punto a los elementos que componen la conducta punible y a su configuración en el presente caso, quedando este alegato en el plano netamente especulativo.

[...]

En el registro ID [...], el procesado y su interlocutora coinciden en que el primero acertó jurídicamente en su concepto sobre los requisitos necesarios para que ella pudiera obtener la libertad, de hecho, le notificaron que se la habían negado. Luego, el juez le ratifica que debe apelar la decisión y le expone una extensa asesoría sobre lo que ha de contener el recurso, en cuanto a (i) la condición de agente del Estado de la privada de la libertad y, (ii) la aplicabilidad de la Ley 1820 de 2016 a su caso (de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales).

Como se advierte, el acusado asesoró jurídicamente a la reclusa, conducta que resulta ilegal en la medida en que, además de estar al servicio de intereses públicos el marco de sus funciones como juez, también lo hizo en favor de intereses particulares [...]

La Sala advierte, del contenido de estas tres (3) llamadas telefónicas, que JEBD ejerce un rol activo en las asesorías jurídicas que brinda, cercano incluso al de un abogado litigante en favor de los intereses de particulares, solo que no podría catalogarse como tal, pues no es claro que ejerza una representación judicial directa, aunque todo indica que sí por interpuesta persona.

En todo caso, de la prueba se deduce con claridad que el acusado presta asesoría en temas jurídicos en favor de intereses de particulares, la cual resulta del todo ilegal, en tanto esa labor la ejerce no obstante su condición de juez. Es decir, la conducta se agota al confluir la doble condición de servicio al Estado y de particulares».

4. CASO MASACRE DE MARINILLA / DAÑO - Definición de la Sala de Casación Civil / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas indirectas: son susceptibles de indemnización económica por daño moral / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: se presume esta calidad únicamente frente al cónyuge, compañero (a) permanente y familiar en primer grado de consanguinidad y primero civil / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: indemnización de perjuicios, demostración, principio de flexibilización de las reglas de apreciación probatoria, no equivale a la ausencia de prueba / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: indemnización de perjuicios, demostración, al menos prueba sumaria / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: reparación colectiva, concepto

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la familia de los hermanos MF e IJGH asesinados en la denominada «Masacre de Marinilla» - Antioquia, en contra de la sentencia proferida por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso seguido a FJDG, alias «René» o «René Fortunato», y RDG, alias «El Diablo», quienes pertenecieron al Bloque Metro de las AUC y se desmovilizaron cuando integraban el Bloque Calima de dicha organización delictiva.

En esta oportunidad, la Corte confirmó que no fueron probados los daños que se reclaman, y que, por ende, acertó el Tribunal al negar la reparación por (i) lucro cesante en favor de los padres de las víctimas directas, (ii) daño moral en favor de los hermanos y sobrinos de las víctimas directas y (iii) daño a la salud en favor de las víctimas indirectas. Así mismo, consideró apropiada la decisión de no incluir a la familia GH en la medida de restitución destinada al acceso de vivienda propia y mejoramiento de vivienda.

Por el contrario, determinó que no existían argumentos para excluir a la familia GH de las restantes medidas de restitución ordenadas en el fallo de primera instancia, así como de las de rehabilitación, satisfacción, no repetición y de reparación colectiva, por lo que adicionó la decisión apelada para incluir que las víctimas indirectas tengan acceso a las referidas medidas de reparación integral.

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Desde finales del año 1998 el denominado Bloque Metro de las AUC incursionó en el oriente antioqueño con el fin de «combatir la subversión». Durante su accionar en esa región del país, que se extendió hasta finales de 2003, cometieron 78 masacres y delinquieron principalmente en los municipios de El Santuario, Marinilla, El Peñol, Guatapé, Granada y Cocorná - Antioquia.
2. El 31 de mayo de 2001 alrededor de 35 miembros del Frente Batallas de Santuario del extinto Bloque Metro de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC, entre los que se encontraban FJDG, alias «René» o «René Fortunato», y RDG, alias «El Diablo», ingresaron a la vereda Salto Arriba del municipio de Marinilla, por órdenes de DRR, alias «Tayson», señalando a sus habitantes con lista en mano de ser colaboradores de la guerrilla.
3. Unos miembros del grupo armado se dirigieron a la escuela de la vereda y retuvieron aproximadamente a 200 personas que estaban allí en una misa, separaron a dos (2) de ellos a quienes después torturaron y asesinaron. Otros integrantes de la organización delictiva sacaron de su casa a la fuerza a MFGH y de su lugar de trabajo a su hermano IJGH, quienes no pertenecían ni eran auxiliares o colaboradores de grupos insurgentes, los llevaron a la escuela, luego los torturaron y asesinaron. Ese día asesinaron en total a nueve (9) personas, lo que se conoce como la «Masacre de Marinilla».
4. El procesado FJDG, alias «René» o «René Fortunato», hizo parte del Ejército de Liberación Nacional – ELN desde 1996 a 1999. A finales de este último año se vinculó al Frente Héctor Julio Peinado de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio – AUCMM, hasta mediados de 2001 cuando se integró al Frente Batallas de Santuario del Bloque Metro de las AUC.
5. En esta última estructura estuvo como comandante en el municipio de Granada – Antioquia, hasta mediados de 2003 cuando se entregó al Bloque Cacique Nutibara por cuenta de la derrota del Bloque Metro en la confrontación armada con otros bloques de las

AUC. Al poco tiempo se vinculó al Bloque Calima y, el 22 de febrero de 2004, fue capturado en flagrancia transportando unas granadas en una camioneta con destino al grupo armado. Permaneció en el grupo ilegal privado de su libertad, hasta su desmovilización el 18 de diciembre de 2004.

6. El procesado RDG, alias «El Diablo», ingresó al Frente Batallas de Santuario del Bloque Metro en junio de 2000, tiempo después fue trasladado al municipio de Granada y estuvo al mando de FJDG hasta mayo de 2003 cuando se entregó al Bloque Cacique Nutibara. En agosto de 2003 se trasladó al Bloque Calima y en dicha estructura estuvo hasta su desmovilización el 18 de diciembre de 2004.

7. En la presente actuación la fiscalía delegada de Justicia y Paz le formuló a FJDG un total de 20 cargos por hechos cometidos durante su permanencia en los Bloques Metro y Cacique Nutibara y a RDG un total de 22 cargos por hechos cometidos con ocasión de su permanencia en el Bloque Metro.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO MASACRE DE MARINILLA / LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas: concepto / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: individual y colectiva / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: directas e indirectas, reconocimiento y derechos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas indirectas: son susceptibles de indemnización económica por daño moral

«[...] es víctima quien individual o colectivamente ha sufrido daños directos como consecuencia de delitos cometidos por miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, como ocurre, por ejemplo, con las víctimas de homicidio, de lesiones personales o desplazamiento forzado. En estos eventos, se trata de víctimas directas.

La norma también reconoce como víctimas a los familiares de las víctimas directas. Por ejemplo, en los delitos de homicidio y desaparición forzada se le reconoce tal calidad al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad y primero civil de la víctima directa. A ellos se les denomina víctimas indirectas»

DAÑO - Definición de la Sala de Casación Civil / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Daño emergente: concepto / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Lucro cesante: concepto / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Lucro cesante: causado a una persona por la muerte de

su cónyuge o compañero permanente, demostración, requisitos, la dependencia económica se infiere de que la víctima directa tuviese ingresos económicos / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Daños inmateriales: concepto / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Daños inmateriales: clases / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Daños morales: subjetivados y objetivados / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Daño a la salud: concepto / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Daño a la salud: evolución jurisprudencial / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Daño a la vida de relación: debe abordarse como daño a la salud

«El daño, según lo tiene decantado la Sala de Casación Civil de esta Corporación, es «todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva (...)» (CSJ SC, 1 nov. 2013, rad. 1994-26630-01, y SC10297-2014, rad. 2003-00660-01).

Tratándose de la reparación de los daños producto de la comisión del delito, los artículos 94 y 97 del Código Penal precisan que estos se clasifican en materiales y morales, y que su tasación se realiza según la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

El daño material es aquel menoscabo a la persona en su patrimonio material o económico consecuencia del daño antijurídico real y concreto que se generó (CSJ SP, 27 abr. 2011, rad. 34547 y SP14143-2015, rad. 42175). Según se desprende de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, el daño material se divide en daño emergente y lucro cesante, el daño emergente «consistente en el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio, bienes perdidos o su deterioro...» y se tasa hasta el momento de proferir la sentencia (CSJ SP2045-2017, rad. 46316).

En lo que interesa al presente asunto, el lucro cesante «es la utilidad, ganancia o beneficio dejado de percibir con la conducta punible» (CSJ SP659-2021, rad. 54860), que se calcula, según las pautas establecidas por el Consejo de Estado, con fundamento en el ingreso promedio mensual de la víctima directa, el cual, de no probarse, se presume en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos y de reconocerse se actualiza a la fecha de la sentencia (CE, 26 feb. 2015, rad. 28666 y CSJ SP, 27 abr. 2011, rad. 34547).

Esta última cifra se incrementa en un 25% por concepto de prestaciones sociales y, a su vez, se disminuye en igual proporción por gastos

personales, de cuyo resultado se obtiene la denominada renta actualizada. Dicho monto sirve para calcular el dinero que hubiese aportada la víctima directa de homicidio a cada una de las víctimas indirectas que dependían económicamente de ella (CSJ SP659-2021, rad. 54860).

La dependencia económica se divide en aquella que se presume y la que debe probarse. Se presume por el vínculo de matrimonio o convivencia cuando la víctima directa provee la manutención al esposo /a - compañero /a permanente, también a los hijos hasta 18 años o hasta 25 años si se demuestra su dependencia económica. Debe probarse, pues no se presume, la dependencia económica de los padres respecto de sus hijos que son víctimas directas, así como la eventual dependencia económica de otros familiares sin capacidad de valerse por sí mismos respecto de las víctimas directas (CSJ SP659-2021, rad. 54860).

Los daños inmateriales son aquellos que producen en el ser humano afectación de su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo, y que, en algunas ocasiones, tienen repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad. La Corte tiene identificado que estos se clasifican en daño moral y daño a la salud (anteriormente conocido como daño a la vida de relación).

[...]

En relación con el daño moral subjetivado solo se debe demostrar la existencia del daño, luego de lo cual, el juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización ya que la afectación del fuero interno de las víctimas impide realizar una valoración pericial al inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción, mientras que, respecto del daño moral objetivado, se debe acreditar su existencia y cuantía (SP5333-2018, rad. 50236 y SP116-2023, rad. 55800).

El concepto de daño a la salud, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, se encuentra ajustado a los conceptos de «daño a la vida de relación», «daño al proyecto de vida», «perjuicio fisiológico» o «daño psicológico», con fundamento en la categoría reconocida jurisprudencialmente como «daño psicofísico» (CE, oct. 11 de 2023, rad. 50378). Sobre este particular, reseñó el alto tribunal que:

«A propósito del perjuicio fisiológico (...) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad

psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud.

Respecto a este último es importante señalar que su consagración tuvo por objeto dejar de lado la línea jurisprudencial que sobre este punto se había trazado y que consistía en indemnizar, por una parte, el daño corporal sufrido y, por otra, las consecuencias que el mismo producía tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia), como externo o relacional (daño a la vida de relación). Lo anterior en la perspectiva de «delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad». En esta medida el daño a la salud «siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal, sino las consecuencias que las mismas generan», lo cual implica que no puede desagregarse en otros conceptos». Subrayas fuera del texto (CE, ago. 28 de 2014, rad. 28832)

Este tipo de alteraciones aluden a la «modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o familiar, como ocurre con quien sufre una lesión invalidante a consecuencia de la cual debe privarse de ciertas actividades lúdicas o deportivas» (CSJ SP, 27 abr. 2011, rad. 34547 y SP14143-2015, rad. 42175).

En la providencia SP14206-2016, rad. 47209, esta Sala, con respaldo en jurisprudencia del Consejo de Estado, refirió que el concepto de daño a la salud unifica el daño corporal y las consecuencias que el mismo produce tanto a nivel interno -alteración a las condiciones de existencia-, como externo o relacional -daño a la vida de relación- y permite determinar el daño padecido de manera objetiva»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas: se presume esta calidad únicamente frente al cónyuge, compañero (a) permanente y familiar en primer grado de consanguinidad y primero civil / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: daño moral se presume únicamente del cónyuge, compañero (a) permanente y familiar en primer grado de consanguinidad y primero civil / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: daño moral, debe ser acreditado por parientes en segundo grado de

consanguinidad o superiores / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: indemnización de perjuicios, perjuicios morales, aplicación preferente (art. 5 Ley 975 y art 3 Ley 1448)

«Esta Sala ha señalado que el daño moral se presume respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa de homicidio o desaparición forzada, y que los parientes que se ubiquen en grados diferentes a los mencionados (por ejemplo: hermanos, sobrinos y nietos), deben demostrar su parentesco, el daño sufrido y su monto (SP2240-2021, rad. 59317 y SP116-2023, rad. 55800).

Y que si bien el Consejo de Estado y la Corte IDH extienden la presunción de daño moral por la muerte de una persona a familiares por fuera del primer grado de consanguinidad y /o primero civil, de acuerdo con sus competencias, el tema de las víctimas en Justicia y Paz cuenta con un desarrollo legislativo específico, de aplicación preferente dada su especialidad y la claridad con que la limitan a los parientes reseñados, cuya normatividad fue confrontada con las disposiciones constitucionales y convencionales pertinentes por la Corte Constitucional, encontrándolos ajustados a derecho, por lo que,

«Sobre ese criterio deben preferirse las comprensiones que en la materia han desarrollado esta Sala y la Corte Constitucional, básicamente porque en el proceso transicional existe normatividad que de manera especial regula las condiciones para el reconocimiento de la calidad de víctima, así como los presupuestos para la acreditación del daño sufrido por los perjudicados indirectos de los hechos dañosos objeto de condena» (CSJ SP, 23 sep. 2015, rad 44595)»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Reparación integral: indemnización de perjuicios, demostración, principio de flexibilización de las reglas de apreciación probatoria, no equivale a la ausencia de prueba / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: indemnización de perjuicios, demostración, al menos prueba sumaria / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: indemnización de perjuicios, demostración, al menos prueba sumaria, no es suficiente la declaración juramentada / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: dependencia económica, demostración, no es a través del juramento estimatorio / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: incidente de reparación, aspectos probatorios, juramento

estimatorio no es prueba del daño, sino un estimativo de su cuantía

«Esta Sala tiene dicho que, si bien la justicia transicional ha flexibilizado los estándares probatorios aplicados a las peticiones resarcitorias, permitiendo la verificación de los daños a partir de hechos notorios, modelos baremos, presunciones y reglas de la experiencia, no ha eliminado la obligatoriedad de demostrar la condición de víctima y el menoscabo padecido con el accionar criminal. Es decir que la flexibilización probatoria no puede equipararse a ausencia de prueba (CSJ SP107-2020, rad. 48724 y SP116-2023, rad. 55800).

Lo cierto es que, tratándose de pretensiones indemnizatorias, estas deben estar acreditadas con suficiencia, más aún cuando, en los términos del artículo 42 de la Ley 975 de 2005 y 10 de la Ley 1448 de 2011, al Estado le corresponde asumir el pago de dichos rubros de manera subsidiaria (SP2240-2021, rad. 59317, y SP116-2023, rad. 55800).

Dicha acreditación, según la jurisprudencia de la Corte, no se suple mediante declaraciones juramentadas, extraprocesales o juramentos estimatorios, pues no son prueba del daño sino únicamente un «estimativo de su cuantía», los cuales necesariamente deben acompañarse de la respectiva prueba, así sea sumaria, a efectos de que se pueda acreditar el daño padecido (CSJ SP-2018, rad. 47638 y SP107-2020, rad. 48724)»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, restitución / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, indemnización / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, rehabilitación / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, satisfacción / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación simbólica: concepto / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: reparación colectiva, concepto

«Según lo establecen los artículos 8° de la Ley 975 de 2005 o de Justicia y Paz y 25 de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas, las víctimas tienen derecho a la reparación integral o indemnización, lo cual comprende las acciones que propendan por la restitución, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas punibles.

La indemnización consiste en compensar los daños causados por el delito, la restitución son las acciones enfocadas a regresar a la víctima a

la situación anterior a la comisión del delito, la rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito, la satisfacción consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido, y, las garantías de no repetición comprenden, entre otras cosas, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados ilegales.

La norma también prevé la reparación simbólica como toda prestación a favor de las víctimas o de la comunidad que tiende a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. De igual forma, alude a la reparación colectiva, orientada a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia, en especial de violencia sistemática.

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han insistido en la vigencia del deber del Estado de asegurar la reparación integral de las víctimas en contextos de justicia transicional por tratarse de un derecho fundamental, en tanto: «(1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales; y (2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición» (CC C-753 de 2013 y C-588 de 2019, CSJ AP5414-2018, rad. 43707, y AP335-2023, rad. 60878)»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas: daño colectivo / **JUSTICIA Y PAZ** - Sentencia: adiciona, para incluir a las víctimas indirectas en las medidas de reparación integral

«El representante de las víctimas indirectas MIHG e IGG (padres de las víctimas directas), MJ, ML, AM y MAGH (hermanos de las víctimas directas), FAGH (hijo de la víctima directa MF y sobrino de la víctima directa IJ) y YNGH (sobrina de las víctimas directas), solicita que sus prohijados sean incluidos en todas las medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción que fueron ordenadas por el tribunal en la sentencia de primera instancia.

La primera instancia dispuso tres (3) medidas de restitución, mediante exhortos a entidades territoriales y de orden nacional. En la primera las instó para que promovieran y fortalecieran el acceso a la vivienda propia y mejoramiento de

vivienda a propietarios, la cual estuvo enfocada en el beneficio de algunas de las víctimas de este proceso.

En cuanto a los destinatarios de esta medida precisó que aplicaba para aquellas «en cuyos casos es claro el nexo causal entre el hecho victimizante y el daño que la medida solicitada pretende restaurar» y que «el acceso a la vivienda no se otorgará en los casos en los que no se comprobó que la muerte o desaparición de las víctimas directas, tuviera alguna relación de causa o efecto con la falta o abandono de vivienda o el deterioro de esta»

A juicio de la Corte, este criterio se muestra razonado, en la medida en que se acreditó en la presente actuación la existencia de casos en los cuales la falta de vivienda, su abandono o deterioro, tuvo como origen las conductas delictivas cometidas por los integrantes del grupo armado ilegal en contra de la población civil, las cuales fueron además objeto de imputación y aceptación de cargos.

La no inclusión de la familia GH en esta medida restitutiva no se muestra incorrecta, pues la carpeta del homicidio de los hermanos MF e IJGH, identificada en la actuación como «hecho No. 24», carece de elementos de prueba sobre la falta de vivienda, abandono o deterioro por cuenta del hecho victimizante, y tampoco fue planteado ese tema en el incidente de reparación integral, pese a que, según se extrae del contenido del fallo de tribunal, algunos de sus miembros tuvieron que desplazarse con ocasión del referido hecho.

Por el contrario, la Sala sí advierte que la sentencia de primera instancia debe adicionarse para incluir a esta familia en las restantes dos (2) medidas de restitución ordenadas por el tribunal, e igualmente, en las de rehabilitación y satisfacción. Inclusive, así no haya sido un tema alegado en el recurso, también tienen derecho a beneficiarse de las medidas de no repetición y en la reparación del daño colectivo reconocidas por el a quo, pues son temas inescindiblemente ligados al alegato sobre la reparación de las víctimas indirectas.

Lo anterior es así pues el tribunal no presentó argumento alguno para diferenciar el acceso de las víctimas indirectas a las referidas medidas y, en concreto, para excluir de ellas a la familia GH. Esta ausencia de fundamentación configura un trato desigual entre unas y otras víctimas, en contravía con el derecho a la reparación integral que le asiste a los aquí reclamantes, tal como lo recalcó el apoderado en el recurso.

En consecuencia, se adicionará el fallo de primer grado para incluir en los exhortos realizados por la primera instancia a las autoridades de orden territorial y nacional, en beneficio de las víctimas indirectas por las que cursa el presente recurso, para que accedan a las siguientes medidas:

De restitución: cupos de educación técnica y /o superior y proyectos productivos, programas de emprendimiento para la generación de ingresos y programas de acompañamiento y apoyo en materia de acceso y capacitación para el empleo.

De rehabilitación: atención psicosocial, psicológica prioritaria y permanente, así como psiquiátrica en caso de requerirlo y prestación de servicios de salud, cultura y deporte.

De satisfacción: participar en las ceremonias y en los actos de conmemoración y desagravio en favor de la población civil víctima del grupo armado ilegal.

De no repetición: acompañamiento y fortalecimiento de derechos y garantías de los niños, niñas y jóvenes afectados por la acción de los grupos armados ilegales y a los jóvenes en

situación de riesgo de reclutamiento o incorporación a los grupos y organizaciones armadas que permitan asegurar y mejorar sus condiciones y proyectos de vida, así como participación en el «programa de experiencias de vida» en el que deben participar los postulados FJDG, alias «R» o «RF», y RDG, alias «ED», dirigido en especial a niños, niñas y jóvenes, para prevenir la violencia como forma de solución de conflictos, remover la discriminación e intolerancia con las diferencias y promover el respeto por el otro, el sentido de la ley, la cultura de la legalidad y los derechos humanos.

Reparación colectiva: inclusión en las medidas de reconocimiento como sujeto de reparación colectiva al municipio de Granada - Antioquia y a sus pobladores, así como de las demás medidas ordenadas en la sentencia del 12 de febrero de 2020 proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en contra de otros integrantes del Bloque Metro de las AUC».

Inicio

5. CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD - Orden legítima de autoridad competente / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se obre en

cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida, fuerza pública / **FUERZA PÚBLICA** - Obediencia debida: ausencia de responsabilidad

La Sala de Casación Penal resolvió la impugnación especial presentada por el defensor del PT. AAAA contra la primera condena proferida por el Tribunal Superior Militar y Policial, revocatoria de la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Risaralda.

La Sala revocó la sentencia condenatoria proferida en contra del PT. AAAA, para en su lugar absolverlo de los cargos por homicidio culposo, por antijuridicidad de la conducta cometida, en el entendido de que actuó conforme a la causal de ausencia de responsabilidad, justificante, consagrada en el artículo 32.4 del Código Penal, esto es, “*en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales*”.

Lo anterior por cuanto, dadas todas las circunstancias concurrentes, la orden de continuar con el servicio de conducción que le dio

el comandante del Distrito de Policía de Riosucio, Caldas, era legítima y, en ese orden de ideas, desobedecerla habría sido factor de grave desatención de la misión policial enfocada en mantener la pacífica convivencia, que enfrentaba evidentes e inminentes riesgos.

SP3195-2023(59803) de 29/11/2023

Magistrado Ponente:

Jorge Hernán Díaz Soto

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 14 de octubre de 2013, aproximadamente a las 2:27 p.m., en la vía Cauya – La Pintada, zona rural del municipio de Supia (Caldas), se presentó un accidente de tránsito en el que perdió la vida el señor AJC. La víctima fue atropellada por una camioneta de la Policía conducida por el procesado, patrullero AAAA, quien perdió el control del vehículo por causa atribuida al cansancio, debido a lo cual se produjo su volcamiento con el resultado fatal que ya se mencionó.

2. En el momento del accidente el patrullero AAAA se encontraba en servicio transportando a otros uniformados, en cumplimiento de sus

funciones como conductor del comandante del Distrito de Riosucio.

3. El procesado inició su turno como conductor el día 12 de octubre en horas de la mañana de manera continua hasta el día 13 de octubre a las 6:00 a.m., momento en el que se le concedió un descanso y por orden de su superior retomó su actividad a las 2:00 p.m. del mismo día, turno que se prolongó sin interrupción hasta el 14 de octubre, cuando ocurrió el accidente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ANTI JURIDICIDAD - Concepto /
ANTI JURIDICIDAD - Formal y material /
CONDUCTA PUNIBLE - Antijuridicidad: no toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente: requisitos / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida, fuerza pública / **FUERZA PÚBLICA** - Obediencia debida: ausencia de responsabilidad

«La jurisprudencia de la Sala ha dicho que “de acuerdo con la categoría dogmática de la antijuridicidad, la conducta no solo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (antijuridicidad formal), sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad material), de manera que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real por lo menos, de un peligro efectivo para el interés, objeto de protección jurídica” . Este lineamiento exige al juez identificar si el acto del agente estuvo precedido de una causal de justificación que implique la exoneración de responsabilidad penal.

[...]

Contrario a lo valorado por el juez colegiado, para la Corte la acción del PT. AAA se enmarcó en el ámbito del estricto cumplimiento de una orden legítima emitida por su superior, razón por la

cual no es posible atribuirle responsabilidad penal. Recuérdese que el numeral 4° del artículo 32 del Código Penal contempla como causal eximente de responsabilidad, que el sujeto activo de la conducta actúe en estricto cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, siempre y cuando los delitos por los que se procede no sean de genocidio, tortura, ni desaparición forzada.

Para que la obediencia debida pueda ser causal de justificación, la Corte ha determinado la necesidad de que la orden se imparta “dentro de la competencia del superior y referirse a un acto del servicio. (...). Que la orden se halle revestida de las formas exigidas por la ley. (...). Que el contenido de la orden no sea manifiestamente delictivo”.

Así mismo ha dicho la Sala que “el artículo 91 de la Constitución Nacional, en su tenor literal permite concluir que los militares están exentos de responsabilidad en la ejecución de conductas antijurídicas, cuando se llevan a cabo en cumplimiento de órdenes jerárquicamente impartidas”. Además, agrega que “debe tenerse en cuenta que la fuerza pública no es deliberante (art. 219 C.N.), y en tal sentido los militares están obligados a cumplir las órdenes sin cuestionarlas, porque de lo contrario incurren en el delito de desobediencia militar”.

FUERZA PÚBLICA - Línea de mando / **POLICÍA NACIONAL** - Régimen disciplinario y de obediencia / **POLICÍA NACIONAL** - Cometido institucional: alcance

«En el ámbito personal determinado y acreditado en las presentes diligencias, las condiciones del PT. AAAA se revelan particulares dada la calidad de miembro activo de la Policía Nacional en que ejecutó la conducta. Se trata, por tanto, de un individuo sometido a un régimen disciplinario y de obediencia necesario para el adecuado funcionamiento de la institución policial, así como a estrictos deberes funcionales garantizadores del cumplimiento de los fines del Estado, que se alcanzan preventivamente a través del ejercicio del mando, por medio del cual los superiores con autoridad emiten órdenes que el subalterno está llamado a obedecer, salvo que sean ilegítimas.

En el marco de las causales disciplinarias, el PT. AA también estaba llamado a cumplir con ciertos comportamientos que pretenden asegurar el servicio policial. Así, el estatuto de los miembros de la Policía Nacional consagra como faltas gravísimas, entre otras, realizar, promover o permitir actividades que paralicen total o parcialmente la prestación del servicio

institucional ; omitir prestar el apoyo debido en alteraciones graves del orden público en cuyo restablecimiento deba participar de acuerdo con órdenes, planes o convocatorias ; como falta grave, el incumplimiento injustificado de órdenes o instrucciones relativas al servicio y, como infracción leve, el asumir actitudes displicentes ante una orden o instrucción.

El cometido institucional comporta además, que los funcionarios policiales, por un lado, estén sujetos a una carga horaria laboral alta, a periodos de trabajo extremadamente continuos, con pocos descansos y, por otro lado, a una preparación física especial que les permita soportar las condiciones de trabajo, viabilizar el cumplimiento de las necesidades del servicio y la disminución del estrés.

Así las cosas, el PT. AA contaba con disciplina institucional para alcanzar la función constitucional asignada a la Policía Nacional de proteger el orden público a través del cumplimiento de las órdenes de sus superiores y con el entrenamiento para afrontar fatigosas jornadas laborales en procura del cumplimiento del deber.

Ahora, por lo que concierne a las concretas condiciones de desarrollo de la conducta, la Corte encuentra que está evidenciado que el MY. OAPB, Comandante del Distrito de [...], superior del procesado, para quien éste desempeñaba la función de conductor de la camioneta [...] de placas [...] y siglas internas [...], señaló que durante el fin de semana del 13 de octubre de 2013, en el Distrito en el cual ejercía su jurisdicción, hubo una anormal carga laboral, debido al paro indígena que congregó a cinco mil personas en ese territorio, además de la celebración de fiestas patronales en cuatro municipios de su jurisdicción y un accidente con tractomula que involucró a personal de la institución.

[...] Frente a las concretas condiciones que enseña el acervo probatorio la Corte advierte, sin dificultad, que por necesidades del servicio el PT. AA estaba compelido a cumplir la legítima orden de continuar conduciendo, para que su superior y sus compañeros pudieran realizar la misión institucional en orden a garantizar el orden público en el territorio donde ejercían su jurisdicción.

Así lo afirmó en su indagatoria el procesado al sostener que «no era normal» la asignación de turnos por más de 24 horas ininterrumpidas “pero ese fin de semana se debió laborar así por la escases (sic) de personal y porque mi mayor tenía que estar pendiente de todas las fiestas que se desarrollaban en todos los municipios y

sumado a eso el accidente de los otros compañeros que venían en la tractomula presentado en la Felisa, además del inicio del paro indígena”. Esta confluencia de circunstancias, algunas inusuales, a las que se suma al hecho de ser “el único conductor asignado para el Jefe de Distrito que era mi MY, P” , lo obligaron a cumplir con las órdenes impartidas por su superior, a pesar de su agotado estado físico, que lo llevó a infringir el reglamento de tránsito que trata sobre el comportamiento del conductor en el tránsito y consagra el deber de comportamiento, de obediencia y de conocimiento de pautas y reglas destinadas a no obstaculizar, perjudicar o poner en riesgo a los demás.

La valoración de la prueba testimonial y documental acredita cuál fue la concreta situación presentada durante el fin de semana anterior a los hechos en el Distrito policial donde prestaba servicio, que llevó al PT. AAAA a cumplir con la orden de prestar los servicios solicitados por su superior jerárquico.»

CONDUCTA PUNIBLE - Antijuridicidad: sin tal categoría dogmática, el comportamiento no constituye delito / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente: requisitos / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente: demostración

«[...] las particulares circunstancias que se presentaron en el territorio donde prestaba servicio el procesado, lo obligaron a cumplir la orden dada por su superior de perseverar en su labor de conducción pese al cansancio que lo afectaba, pues era el único conductor disponible para transportar a quien tenía el deber de garantizar el orden público en los distintos lugares donde se requería ineludiblemente su presencia, debido a la confluencia de situaciones con potencialidad de alterar la pacífica convivencia.

La jurisprudencia tiene decantado que “[L]a exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor.

En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales.”

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que “el principio de obediencia debida sólo cobija las órdenes militares legítimas, esto es, aquéllas que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a la fuerza pública y que se cumplen a través de procedimientos y medios ajustados al ordenamiento jurídico”. Agrega que una orden legítima no puede dirigirse a “la comisión de actos delictivos, inmorales, antiéticos o deliberadamente opuestos a principios de justicia y moralidad universalmente reconocidos”.

Todas las anteriores condiciones se cumplen en este caso. En primer lugar, existía una relación de subordinación entre el MY. OAPB, Comandante del Distrito de [...], y el PT. AAAA, quien estaba asignado como conductor del primero. En segundo lugar, no hay duda respecto de que el MY. P ordenó a su inferior aquí procesado que continuara su función de conductor sin que pudiera tomar un descanso suficiente, debido a las mismas circunstancias que emergían en el servicio. En tercer lugar, el MY. P tenía la competencia de ordenarle al PT. A que hiciera los recorridos que le solicitó, no solo porque estaba asignado como conductor -el único disponible en esos días-, sino que, además, porque era un superior de rango policial.

Por último, la orden no puede calificarse de ilegítima, pues no iba dirigida a cometer un acto antijurídico sino, por el contrario, buscaba garantizar los fines constitucionales asignados a la fuerza pública y, en concreto, a la Policía Nacional como lo es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades públicas, y la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia, como señala el artículo 218 inciso 2° de la Constitución, ante el acaecimiento de circunstancias muy claras que ponían en riesgo esas condiciones.

Frente a un escenario semejante, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la Corte considera que sí fue legítima la orden de continuar con el servicio de conducción que dio el MY. P al PT. A dadas las concretas condiciones que era preciso enfrentar. Obedeció tal orden a necesidades propias del servicio que eran inaplazables y debían ser atendidas de inmediato. Es cierto que el cumplimiento de la orden implicó desarrollar la actividad riesgosa de conducir vehículo automotor bajo fatiga, lo cual transgredía un reglamento de tránsito.

Pero ni haberse emitido le daba cariz de ilegitimidad a la orden ni desobedecerla era imperativo para el procesado, dadas todas las circunstancias concurrentes, frente a las cuales no estaban ofrecidas opciones diferentes para superarlas, como ya quedó explicado: realización de ferias y fiestas en varias localidades situadas en la región cobijada por el Distrito de Policía, atención de accidentes de tránsito, desarrollo de una minga indígena, carencia de personal de relevo en la específica tarea de conductor del vehículo policial.

Examinado el desarrollo de los sucesos que se concatenaron en aquel fin de semana de octubre de 2013 conforme a una mirada ex ante, le permite a la Corte concluir que, al contrario, una desobediencia de la orden consistente en proseguir con el servicio de conducir el vehículo asignado al comandante del Distrito de Policía, My. P, hubiera entorpecido u obstaculizado el cumplimiento adecuado de la función policial para atender todos los frentes que en aquel entonces se suscitaron.

Expresado de otra manera, rehuir el cumplimiento del deber, es decir, el de la orden proferida por el comandante del Distrito de Policía de [...], [...], habría sido factor de grave desatención de la misión policial enfocada en mantener la pacífica convivencia, que enfrentaba evidentes e inminentes riesgos. En tales condiciones, para el PT. A no había lugar a estimar si se encontraba en posición de acatar la mentada regla de tránsito. Al contrario, la dimensión de las específicas condiciones que impelían al cumplimiento de la función orientada por la orden de su superior marcó la justificación.

En suma, las puntuales circunstancias que rodearon la realización de la conducta evidencian que el PT. AAAA obró con arreglo a la circunstancia justificativa consagrada en el numeral 4° del artículo 32 del Código Penal, esto es, “en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”, puesto que se dieron los elementos trazados desde tiempo atrás por la

jurisprudencia de la Corte para reconocerla, pues (i) en efecto, fue emitida la orden; (ii) entre quien la dio y quien la recibió existía relación funcional de subordinación; (iii) la orden se extendió dentro de los límites funcionales y ordinarios de competencia del superior respecto del subordinado; (iv) medió concurrencia del correlativo deber del destinatario de cumplirla; (v) fue dada conforme a los requisitos reglamentarios; (vi) no comportó la realización de

actos antijurídicos ni mucho menos para ejecutar delitos de genocidio, desaparición forzada o tortura, supuestos en los que no es posible reconocer la obediencia debida (inciso 2 del citado numeral 4º).

Inicio

6. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Por precio, promesa

remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil / **LESIONES**

PERSONALES - Agravadas: por motivo fútil, análisis probatorio / **LESIONES**

PERSONALES - Agravadas: por motivo fútil, celos enfermizos

La Corte se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto por la defensa contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que confirmó la condena impuesta a EDCG, tras hallarlo penalmente responsable del delito de lesiones personales, agravado por motivo fútil y por poner en situación de indefensión a la víctima.

La Sala Penal no casó la sentencia, al observar que, el Tribunal no incurrió en el error por falso juicio de identidad que le fue atribuido, pues no tergiversó ni cercenó el contenido material de las pruebas testimoniales citadas. Por el contrario, al estudiar el agravante contenido en numeral 4 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, determinó como innegable que las particularidades del caso permiten tener como fútil el motivo por el que el procesado cometió el delito, pues su causa fue insustancial y /o insignificante.

Adicionalmente, recalcó que, los celos enfermizos y agresivos son el ejemplo perfecto de algo baladí o trivial, pues devienen de una pauta de dominación que carece de todo sentido y solo perpetúa una falsa –y errada- creencia de que la mujer que está en una relación le pertenece al hombre, lo que evidencia que la acción del sujeto activo se debe desvalorar en mayor grado, dada su absoluta desproporción frente al daño al bien jurídico que infligió.

De igual manera, en relación con el invocado error por falso raciocinio, la Corte echo de menos la identificación de la máxima de la experiencia, principio lógico o regla científica que infringiera el escrutinio probatorio aplicado por los

falladores, esto por cuanto, a EDCG no se le imputo ninguna conducta punible en donde el sujeto pasivo fuera un menor de edad. Tampoco le fue aplicada alguna circunstancia de agravación punitiva que supusiera un mayor desvalor de resultado por el simple hecho de que la conducta delictiva recaiga en un menor de edad.

Y en ese sentido, indicó que, no tiene ningún sustento acusar a la sentencia por no haber analizado un presunto error de tipo, cuando el desconocimiento de la edad no tiene incidencia, en un elemento normativo del delito de lesiones personales por el que fue condenado, ni sobre las circunstancias de agravación que condicionaron su pena.

SP294-2024(56088) de 21/02/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 23 de abril de 2017, EDCG se encontraba consumiendo licor en el establecimiento de comercio “EA”. Durante el transcurso de la noche notó que, en varias oportunidades, el joven Y.M.Q., de 17 años, se le acercó a su compañera permanente CC para susurrarle cosas al oído. Por esa razón, hacia la una de la madrugada (1:00 a.m.), cuando el citado adolescente se disponía a abandonar el lugar, EDCG lo tomó desprevenido por la espalda y le reventó, en el lado derecho de la cara, una botella de ron que acababa de comprar. Con ello, le causó lesiones que dieron lugar a 20 días de incapacidad y a una deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil / **LESIONES PERSONALES** - Agravadas: por

motivo fútil, análisis probatorio / **LESIONES PERSONALES**- Agravadas: por motivo fútil, celos enfermizos / **LESIONES PERSONALES** - Agravadas: por motivo fútil, se configura

«Para poder entender la futilidad como circunstancia de agravación punitiva, aplicable al delito de lesiones personales en virtud del artículo 119 de la Ley 599 de 2000, esta Sala ha definido lo siguiente:

“Según la Real Academia de la Lengua Española, fútil (del latín *futilis*), es la palabra asignada a algo de “poco aprecio o importancia”. Significa esto que el homicidio agravado por la futilidad es aquel que se realiza por motivos tan insignificantes que debe sancionarse con mayor severidad al autor por la desproporción existente entre su acción y la situación que se presentó. La valoración depende, obviamente, del contexto histórico y social, que es el que permite reputar algo como normal en la sociedad y por contraste como desproporcionado a esa “normalidad” o uno, en el que esté ausente un precedente explicativo del hecho de la víctima que genera la acción del victimario.

Las situaciones descritas en la norma en cita giran en torno a la causa o fin buscado con el hecho que develan un dolo más intenso y un mayor grado de culpabilidad que deben castigarse con mayor rigor. Dada su naturaleza esencialmente subjetiva se dificulta su demostración en casos particulares, lo que hace que en muchas ocasiones se corra el riesgo de imponer el agravante a partir de juicios moralistas, al margen del daño relacionado con la intensidad de la conducta o el motivo que se persigue, como se advierte en el sub examine dada la condición de minoría de edad de la víctima.

Es por ello que el funcionario judicial debe establecer el motivo y posteriormente verificar si el mismo es de tan poca relevancia que el sujeto activo orientó su voluntad y obtuvo un resultado cuya respuesta por parte del Estado debe ser mayor.

Resulta lógico sostener que todo homicidio se comete por una causa que razonablemente lo explique aunque no lo justifique. Sin embargo es en la insignificancia de la causa frente al delito cometido, donde radica la racionalidad de la imposición de una mayor sanción punitiva que le permita al juez sostener que se trata de la agravante descrita en el numeral 4° del artículo 104 del Código Penal.

El funcionario judicial que conoce el caso debe realizar un esfuerzo y un proceso comparativo con los modelos existentes en la sociedad para

establecer la trascendentalidad [sic] de las circunstancias, ya que la norma no ofrece elementos para determinar que comportamiento es fútil. Esta labor requiere agotar una carga argumentativa fuerte, no fundada en razones de estricto contenido moral, para evidenciar que la acción del sujeto activo se debe desvalorar en mayor grado, dada su absoluta desproporción frente al daño al bien jurídico que infligió. Para ello es necesario que la prueba ofrezca elementos suficientes que conduzcan a demostrar el elemento subjetivo que determinó al agente a cometer la conducta.

[...]

De estas breves reseñas jurisprudenciales se extraen las siguientes reglas para poder encajar una conducta punible en un homicidio agravado por el motivo fútil: (i) siempre debe establecerse cuál fue la causa o la razón que movió la voluntad del actor, (ii) posteriormente debe mirarse si la misma se encuentra demostrada en el proceso, y (iii) finalmente debe el funcionario judicial hacer un estudio muy ponderado, dependiendo de las circunstancias sociales y la personalidad del agente, para establecer si ese móvil resulta insignificante o no.

Frente a este último punto, resulta claro que en un conglomerado social muchas actuaciones pueden catalogarse de insignificantes mientras que en otro es probable que esa acción sea de vital importancia, sin excluir la posibilidad de que en uno u otro pueda resultar una acción ofensiva de manera par. Así por ejemplo escupir en la cara a una persona puede resultar humillante en cualquier parte del país. Igual el tocar las partes íntimas de una persona, sin perjuicio de que para ciertos sujetos esa acción resulte insignificante”.

[...]

Por lo anterior, se observa que, contrario a lo expuesto en la demanda de casación, el Tribunal, al afirmar que “ninguno de los testigos manifestó que hubiera percibido algún comportamiento inadecuado de la víctima frente a la compañera del señor E”, no incurrió en el error por falso juicio de identidad que le fue atribuido, pues no tergiversó ni cercenó el contenido material de las pruebas testimoniales citadas, por lo siguiente:

i) El menor Y.M.Q. le habló al oído en repetidas oportunidades a la señora CC y, al hacerlo, le puso la mano sobre el hombro;

ii) Presuntamente se acercó, aunque no se sabe pues ninguno escuchó qué le decía puntualmente, a decirle que acostara al bebé, sin que esté acreditado que se tratara de acciones ofensivas o con intenciones sexuales, pues ello no

fue advertido por los testigos presentes (JPQ, CDJCH, JMG y la propia víctima); y

iii) La señora CC dijo sentirse acosada por la insistencia en ese comportamiento y lo manifestó a viva voz.

No es posible decir que CG comenzó a gritarle a la mujer y amenazó con matarlos a ambos - aparentemente a la señora C y al menor-, pues la señora lo niega categóricamente.

Tampoco se advierte que hubiese errado el ad quem al señalar que “en el juicio simplemente se probó que el señor E tiene una personalidad impulsiva [...] una personalidad predispuesta a sentirlos [celos] sin ningún motivo real”.

Ello, debido a que CDJCH fue enfático en que “este señor estaba como loco [...] era como que lo enloqueció el trago”, con lo que no le hizo decir algo distinto.

Por el contrario, lo que pretende el libelista es imponer su criterio frente a la valoración que debía dársele a las pruebas, para concluir que, en realidad, EDCG advirtió una situación de incomodidad de parte de su compañera permanente -que, en su mente, obedecía a un coqueteo- y, en este sentido, atacó al menor por celos, con lo que su motivo no fue insignificante, esto es, no fue fútil.

Lo anterior es suficiente para que el cargo no prospere.

Adicionalmente, aunque la Corte se alejara del falso juicio de identidad propuesto y, en gracia de discusión, se involucrara con la valoración probatoria, no es válido afirmar que hablarle al oído a una mujer, en un espacio donde hay música a alto volumen, implique necesariamente un acto de coqueteo y, aunque se reconozca que ello le generó incomodidad a la señora C, quien se sintió acosada, no es acertado, como lo hace el casacionista, acudir a los celos para plantear una posible relación de proporcionalidad entre el motivo y el hecho, es decir, como algo normal en la sociedad, pues ello supondría admitir que, para alguien que tiene las características de un agresor de tipo celoso-enfermizo, la conducta es menos reprochable, siendo que en la jurisprudencia se ha dicho todo lo contrario.

Puntualmente, en la sentencia T-967 de 2014, la Corte Constitucional estableció que:

“[E]l maltrato psicológico a las mujeres está relacionado con el no acatamiento de órdenes, rebeldía percibida en las mujeres que obstaculiza el ejercicio de su autoridad e infidelidad o percepción de ésta (Ramos, 2006) ... La necesidad que aparece en mayor grado asociada a ambos tipos de violencia [física y psicológica] es la de

confiar en su pareja, relacionada con celos e infidelidad. Los problemas de comunicación ocupan el segundo lugar de incidencia, pero están asociados mayoritariamente a la violencia psicológica, seguidos por el sueño de ser buen padre y a la expectativa de que la esposa asuma bien las labores domésticas. Lo anterior ratifica que las creencias culturales dominantes de la sociedad patriarcal, la socialización y la construcción de identidad masculina, contribuyen a que se instale la violencia en las relaciones de pareja, dado que se considera a la mujer propiedad del hombre (Medina, Durán & Arévalo, 2013)”

FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación: el recurrente debe evidenciar el desconocimiento de principios de la lógica, reglas de la experiencia o leyes de la ciencia / **FALSO RACIOCINIO** - Técnica en casación: el recurrente debe evidenciar la forma y el elemento de la sana crítica desconocidos por el juzgador / **FALSO RACIOCINIO** - Regla de la experiencia: el recurrente debe demostrar el fundamento de la que fue ignorada por el juzgador / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Falso raciocinio: no lo constituye la discrepancia de la apreciación probatoria

«[...] para acreditar la existencia del yerro, el censor debe: i) señalar la prueba o la inferencia en la cual recayó el error; ii) identificar el principio lógico, la máxima de experiencia o el postulado científico que, en concreto, el juzgador desconoció en el proceso de valoración probatoria; y iii) indicar, de manera clara y precisa, las razones por las cuales su aplicación resultaba necesaria para la corrección de la conclusión cuestionada en el caso concreto.

Ahora, en tanto referente de valoración probatoria, la lógica concierne a la corrección del proceso completo del pensamiento. Tal disciplina comprende, entonces, el estudio de los métodos y principios que se usan para distinguir el razonamiento bueno (correcto) del malo (incorrecto), en cuanto a que los errores de razonamiento, en términos de lógica formal, se denominan falacias o silogismos aparentes o sofisticos, los cuales no implican cualquier yerro en el raciocinio o una idea falsa, sino errores típicos en las relaciones lógicas entre las premisas y la conclusión.

A su vez, la ciencia corresponde a un “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados, de los que se deducen principios y leyes generales” por lo que las máximas científicas, a partir de las cuales se generalizan e interpretan los fenómenos, se formulan a partir

del cómo y el por qué un hecho se realiza de determinado modo, pues, para que el sistema de conocimientos, en un área de la ciencia, deduzca una ley o un principio con carácter universal, los métodos cognoscitivos dirigidos a ese fin deben encontrar fundamento en conceptos exactos, cuya veracidad sea comprobable y demostrable mediante métodos aceptados y estandarizados.

De otro lado, las reglas de la experiencia no pueden invocarse de cualquier manera. La construcción de una máxima fundada en el ordinario devenir de los acontecimientos de la vida en sociedad requiere de una estructura general y abstracta, definida por la Corte en los siguientes términos:

“[L]a experiencia forma conocimiento y los enunciados basados en ésta conllevan a la generalización, lo cual debe ser expresado en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre se da A, entonces sucede B”

Por lo tanto, el punto de partida formal para analizar la incursión en falso raciocinio es la formulación de una proposición con estructura de regla, apta para ser aplicada en términos generales y abstractos, con pretensión de universalidad, para así verificar si, al analizar el mérito de las pruebas, el razonamiento del juzgador deviene falso.

A la luz de tales premisas, el segundo cargo subsidiario por violación indirecta de la ley sustancial, formulado por el defensor de CGG, no tiene vocación de prosperar.

Esto, debido a que, como se ha dicho hasta el momento, el Juzgado de primera instancia condenó al procesado como autor del delito de lesiones personales dolosas con deformidad física de carácter permanente, agravado por la situación de indefensión de la víctima y por motivo fútil, en los mismos términos de la acusación.

En consecuencia, le impuso las penas de 42.66 meses de prisión, multa equivalente a 46.21 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad.

En este sentido, a EDCG no se le imputo ninguna conducta punible en donde el sujeto pasivo fuera un menor de edad, es decir, que la edad fuera un elemento normativo de la tipicidad, como sucede, por ejemplo, con el acceso carnal en persona menor de catorce años.

Tampoco le fue aplicada alguna circunstancia de agravación punitiva que supusiera un mayor desvalor de resultado por el simple hecho de que la conducta delictiva recaiga en un menor de edad.

Por el contrario, los agravantes por los cuales se acusó y, asimismo, se condenó, como se vio antes, fueron por el motivo fútil y por la indefensión de la víctima -en el sentido de que le pegó el botellazo por la espalda, sin que Y.M.Q. pudiera, siquiera, esquivarlo-»

ERROR DE TIPO - Configuración: implica un problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal / **ERROR DE TIPO** - Supone la falta de conocimiento de los ingredientes del tipo / **ERROR DE TIPO** - No se configura

«[...] tampoco quedó acreditado cómo el desconocimiento de la edad de la víctima (17 años y 4 meses) contiene la existencia un error de tipo.

Lo anterior, porque el error de tipo está descrito en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, de la siguiente manera:

“10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa”.

Además, esta Sala ha señalado que esta categoría jurídica:

“[H]ace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario) (CSJ SP, 10 abr. 2013, rad. 40116)”.

Así, “[e]sta figura se define como la discordancia entre la conciencia del sujeto activo y la realidad. Internamente este error consiste en una falta de representación o en una representación falsa sobre uno o varios de los elementos que describen la conducta penal”.

Con esto, no tiene ningún sustento acusar a la sentencia por no haber analizado un presunto

error de tipo, cuando el desconocimiento de la edad no tiene incidencia, en ningún sentido, en un elemento normativo del tipo penal de lesiones personales por el que fue condenado, ni sobre las circunstancias de agravación que condicionaron su pena».

Inicio

7. CONCILIACIÓN - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas: debe ser aprobada previamente por el Comité de Conciliación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Puede presentarse como delito medio en el peculado por apropiación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Sustitutiva de la prisión: cuando el imputado o acusado sea mayor de 65 años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió los recursos de impugnación especial presentados y sustentados por los abogados defensores de los procesados, contra la sentencia de casación CSJ SP089-2023, por la cual se revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y, en su lugar, se condenó a GVVQ, por los delitos de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con peculado por apropiación a favor de terceros, y a ÁIAC, como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

La Corte confirmó la Sentencia impugnada, al discurrir que, con la suscripción del acta de conciliación del 23 de febrero de 2005 que resultó manifiestamente contraria a la ley, ya que comprometió al ente territorial a la realización de unos pagos, que al final resultaron en una apropiación de recursos públicos, los procesados cometieron, de manera dolosa, los delitos por los que se les acusó, según los siguientes motivos:

(a) El exalcalde procesado no convocó el Comité de conciliación del municipio, cuando estaba en la obligación jurídica de hacerlo por estar suscribiendo un acuerdo económico (conciliación o transacción), a un mecanismo alternativo de terminación de los procesos judiciales;

(b) No atendió que con el gasto público se afectaba el patrimonio municipal, por el pago de dineros en procesos laborales que no habían terminado, pues de los 7 procesos existentes, 4 de ellos no contaban con sentencia de condena ejecutoriada; es decir, con posibilidad de continuar actuación judicial, incluso hasta agotar el recurso de casación;

(c) Al momento de proceder a la suscripción del acuerdo, los procesados sabían que no contaban con los poderes especiales otorgados por los pensionados demandantes; ni tampoco analizaron la situación jurídica de cada demandante para: i) determinar si siquiera cumplían con los requisitos para acceder al ajuste y ii) elaborar las correspondientes liquidaciones para justificar el monto que se acordó a pagar, y no con posterioridad pretender justificar el cumplimiento de estas exigencias;

(d) No es de recibo que el exalcalde pretenda justificar que su obrar contó con la asesoría previa que le brindó el equipo de trabajo del municipio, pues en gracia de discusión, su deber funcional era constatar si el procedimiento adoptado correspondía a la normativa que regula el trámite;

(e) La cuantía que se estaba comprometiendo con el acuerdo exigía cumplir a cabalidad con los requisitos establecidos en la ley, y no desconocer un trámite que hubiera impedido continuar con la suscripción del pacto y proceder a la toma de otras medidas a favor del municipio, como agotar el trámite judicial de los procesos laborales, incluido el recurso de casación;

Finalmente, la Corte descartó que el procesado GVVQ, hubiera incurrido en un error de tipo invencible y, afirmó que, no se cumplen a cabalidad los presupuestos -ser mayor de 65 años y naturaleza y modalidad del delito- para determinar que dicho procesado cumpla la pena en su lugar de residencia y no en establecimiento penitenciario.

SP084-2024(63725) de 31/01/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 23 de febrero de 2005, GVQ, entonces alcalde (e) de San José de Cúcuta, celebró acta de conciliación sobre el pago diferido de procesos en vía de ejecución y pago anticipado de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, todo sobre reajustes pensionales de Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, con el abogado ÁIAC, quien fungía como apoderado de 130 pensionados.
2. Por virtud del acuerdo contenido en el acta de conciliación, el municipio se obligó, para con el abogado, a pagar la suma única de \$7.985'856.757,84, en 4 cuotas.
3. Entre marzo de 2005 y octubre de 2007, San José de Cúcuta le entregó a ÁIAC la suma de \$5.286'464.189, mediante la realización de 7 pagos.
4. Como consecuencia del incumplimiento parcial de ese pacto, el abogado ÁIAC demandó a la entidad territorial e inició proceso ejecutivo laboral.
5. El 11 de noviembre de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta declaró la nulidad de todo lo actuado y negó el mandamiento de pago por ilicitud del objeto del acuerdo señalado.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY 890 DE 2004 - Aumento de penas art. 14: inaplicación, en proceso adelantado por la Ley 600 de 2000, evolución jurisprudencial / **LEY 890 DE 2004** - Aplicable a procesos de Ley 600 de 2000: requisitos

«Conforme la Sala lo analizó en la sentencia de casación impugnada, si bien la línea jurisprudencial indicaba que el incremento del quantum punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 no aplicaba en el marco de la Ley 600 de 2000, la Corte varió la jurisprudencia en la providencia CSJ SP379-2018, 21 feb, rad. 50472, al reconocer la aplicación del incremento a los procesos adelantados bajo esta ley de procedimiento penal. [...]

En esa oportunidad, si bien la Corte no tuvo en cuenta el cambio jurisprudencial con relación al caso que estaba resolviendo, lo fue porque el acusado ya había aceptado los cargos por sentencia anticipada, momento en el que se encontraba vigente el criterio jurisprudencial anterior que propendía por la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a casos

tramitados por Ley 600 de 2000. Es decir, la nueva postura jurisprudencial, que indica que la Ley 890 de 2004 aplica en el marco del proceso reglado por la Ley 600, cuando el acusado no ha aceptado cargos. Criterio reiterado en la providencia (CSJ SP1022-2021, 24 mar., rad. 52835, CSJ AP3050-2020, 11 abr., rad. 56732).

En esta última providencia, la Corte consideró que en los hechos ocurridos después del 1º de enero de 2005, bajo el procedimiento reglado en la Ley 600 de 2000, resulta aplicable la Ley 890 de 2004.

De acuerdo con lo anterior, en la sentencia de casación que se ocupó del caso en estudio, la Corte encontró que los delitos imputados a los procesados GVQ y AIAC se materializaron con posterioridad a enero de 2005 y la audiencia pública de juzgamiento culminó después del cambio jurisprudencial (febrero 2018); oportunidades en las que resulta aplicable el aumento de penas de la Ley 890 de 2004, y porque se ha admitido que a casos de Ley 600 de 2000 se pueden aplicar los beneficios que por colaboración con la justicia contempla la Ley 906 de 2004; sin consideración a la fecha de entrada en vigencia de esta última ley en cada distrito judicial, o “a la dinámica propia del sistema acusatorio” (CSJ SP, 18 ene. 2012., rad. 32764; CSJ SP, 23 de mayo de 2012; SP 5 de septiembre de 2012, rad. 36947; entre otras).

[...]

Por esta vía, en la sentencia de casación -ahora objeto de estudio por el recurso de impugnación especial- la Sala precisó la viabilidad de dar aplicación al incremento generalizado de penas, previsto en la Ley 890 de 2004, a procesos regidos por la Ley 600 de 2000, según los términos trazados en la jurisprudencia desde 2018, siempre que en el asunto se verifique que:

La conducta haya sido cometida con posterioridad a enero 1º de 2005.

La sentencia haya sido adoptada con posterioridad a febrero 21 de 2018, “salvo que antes de la fecha de la aludida providencia -21 de febrero de 2018-, el procesado hubiese aceptado los cargos formulados”.

La imputación jurídica contenida en la resolución de acusación haya hecho expresa mención del quantum punitivo debidamente incrementado.

Lo anterior, se reitera, se cumple a cabalidad, porque desde la resolución de acusación se indicó que los hechos tuvieron ocurrencia el 23 de febrero de 2005 y que la pena a imponer por el delito de prevaricato por acción oscilaba entre 48 a 144 meses, y por el peculado por

apropiación a favor de terceros de 96 a 270 meses de prisión, esto, con el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y porque en las diligencias de indagatorio se informó a los procesados el derecho a someterse a los mecanismos de terminación anticipada previstos en la Ley 600 de 2000, sin que ninguno de los procesados recurrieran a estos. Es decir, en el caso concreto se cumplen los tres presupuestos indicados con anterioridad.

Por lo anterior, no es posible aplicar por favorabilidad la jurisprudencia de la Sala Penal, pues no puede dejarse de lado el aumento punitivo previsto en la Ley 890 de 2004, por no darse ninguno de los factores determinantes para su inaplicación, según los presupuestos anteriormente indicados.

[...]

Este análisis de la defensa no procede, por concluirse que la Ley 890 de 2004 sí aplica en la resolución del caso, entonces la pena sobre la cual se calcula la prescripción de la acción penal no son 96 meses de prisión sino 144 meses, pena que al ser aumentada por la calidad de servidor público del procesado VQ, asciende a 192 meses de prisión; es decir, desde el momento de la ejecutoria de resolución de acusación se contaría la mitad, 96 meses, lo que significa que cuando la Corte dictó la sentencia de casación con la que se interrumpe el término de prescripción, aun el delito de prevaricato por acción sigue incólume frente a la prescripción de la acción penal».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Entre la indagatoria y la resolución de acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia / **NULIDAD** - Congruencia: acusación y sentencia

«No es cierto que los procesados no tuvieron oportunidad de defensa en la diligencia de indagatoria, respecto al trámite que debió surtirse en el proceso de conciliación o transacción, [...]

El indagado VQ limitó las respuestas a los motivos que le llevaron a suscribir el acuerdo y se abstuvo de explicar los fundamentos jurídicos que tuvo en cuenta en la suscripción del acta de conciliación o transacción; es decir, si bien el acusado no refirió específicamente lo relacionado con la convocatoria del Comité de conciliación, no significa que esta situación quedara por fuera de la indagatoria, pues lo que ocurre es que, en sus respuestas solo le interesó explicar las razones generales que le llevaron a suscribir el acuerdo, dejando de lado explicar por qué no convocó el Comité; a saber, contrario a la crítica de la

defensa, respecto a que no había tenido oportunidad de referirse a este punto.

De modo que, desde la diligencia indagatoria y en el curso del proceso penal adelantado conforme a la Ley 600 de 2000, en el cual la prueba tiene el carácter de permanente, el procesado y la defensa gozaron de las oportunidades procesales para desde su estrategia referirse a esta situación de cargo; de manera que nada importó incumplir las exigencias previstas en la ley, no siendo una ligereza u olvido, sino un propósito, lograr un acuerdo para efectuar el desembolso de los recursos públicos, para cubrir obligaciones que aún estaban en discusión ante las autoridades judiciales.

En segundo lugar, en lo que concierne al procesado AIAC, sobre la falencia que se cometería en la resolución de acusación, tal como también se consideró con relación al procesado VQ -pese a que el abogado A no sería responsable por el delito de prevaricato por acción- en la diligencia de indagatoria también tuvo oportunidad de referirse al trámite de suscripción del acta de conciliación.

[...]

Por tanto, no asiste razón, para que, como consecuencia de una nulidad, que no se advierte, se proceda a la revocatoria de la sentencia del 15 de marzo de 2023 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por inexistencia de falta de congruencia entre la resolución de acusación y el fallo condenatorio.

Por lo anterior, las presuntas falencias que los recurrentes anotan no corresponden exclusivamente a la Fiscalía en los distintos actos procesales, sino también a los procesados y sus defensas en el deber que tenían de dar las explicaciones sobre la manera como procedieron para lograr el desembolso de los recursos del Estado; en este escenario la suscripción de un acto contrario a la ley, el cual tenía un propósito criminal, abrir el camino para apoderarse de los recursos del municipio de Cúcuta; sin que ahora la defensa, de forma insólita quiera hacer ver la ausencia de congruencia a partir de factores no atendidos por el procesado al momento de expedir el acto que facilitó la apropiación indebida de los recursos del Estado.»

CONCILIACIÓN - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, definición / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, integración / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funcionamiento / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción

administrativa, Comité de Conciliación, funciones / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral / **CONCILIACIÓN** - Diferente a la transacción / **CONCILIACIÓN** - Similitud con la transacción / **TRANSACCIÓN** - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Ante la jurisdicción laboral / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas: debe ser aprobada previamente por el Comité de Conciliación

«El Comité de conciliación: se define como una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, a la que le corresponde decidir en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos.

En las ciudades capitales de departamento se integra: por el alcalde o su delegado; el ordenador del gasto, o quien haga sus veces; el jefe de la oficina jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad; dos funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica del ente.

Entre sus funciones: fija las directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, determina la procedencia o improcedencia de la conciliación y señala la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Además, las decisiones que adopte el Comité de conciliación son de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad.

[...]

Por tanto, los argumentos de la defensa en cuento a que el acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 no fue una conciliación sino una transacción, no tiene ninguna relevancia jurídica en defensa de los procesados, pues ambas formas de terminación anticipada de los procesos judiciales requieren de la convocatoria del Comité de conciliación, el cual en cumplimiento de sus facultades debió estudiar los pormenores que le permitiera al exalcalde procesado GVQ determinar los efectos jurídicos y financieros de dicho acuerdo, como también al procesado AIAC al hacer caso omiso de esa condición de legalidad,

para aprovecharse económicamente de las resultas del ilegal pacto firmado.»

CONCILIACIÓN- Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: análisis de la experiencia profesional y estudios

«Previo a la suscripción del acuerdo por acta de conciliación, los pormenores que integraban la negociación debieron someterse al escrutinio del Comité de conciliación; sin embargo, el exalcalde procesado GVQ concurrió con el abogado acusado AIAC en el desconocimiento de la ley, a sabiendas de las consecuencia de su conductas, se apartó de su deber funcional de cumplir la normatividad que regula el Comité de conciliación, y por la voluntad individual y arbitraria suscribió el acta que comprometió el patrimonio del municipio de San José de Cúcuta.

No se advierte justificación razonable y suficiente sobre la conducta desplegada por el exalcalde procesado, pues pese a su condición de abogado egresado de la Universidad Libre de Bogotá, tener una experiencia de 23 años para el momento de los hechos, además de la adquirida en el sector asegurador -lo que indica que se trata de un servidor público con conocimientos jurídicos que le permitía saber los pormenores en la configuración del acto que compromete los intereses del municipio- decidió en concurrencia con el abogado AC firmar un acuerdo económico que exponía la suma de \$7.985.856.757,84 millones de pesos del ente territorial, con el propósito de favorecer al segundo y a algunos pensionados que recibieron el ajuste ilegal de la pensión.

El procesado V a sabiendas de la ilegalidad de su comportamiento y sin validar -respetar- el cumplimiento de los requisitos normativos propios en ese tipo de actos, acordó y ordenó el desembolso de dineros para cubrir ese irregular compromiso; por eso no es justificable que en la indagatoria sostenga que otros funcionarios fueron los encargados de preparar la documentación, pues en el ámbito de la observancia de sus funciones, su deber funcional era velar por no poner en riesgo el patrimonio público territorial, al producir un acta manifiestamente ilegal, cuando se sabía que la finalidad del Comité de conciliación y defensa judicial es el estudio de los asuntos con fines de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

El interviniente en la conducta delictiva de prevaricato por acción, el abogado AC, según la

indagatoria que rindió, desde mediados de 2004 conocía las dificultades financieras del municipio de San José de Cúcuta; por esa razón, adelantó acercamientos con la administración municipal - con el exalcalde encargado VQ a finales de 2004-, para luego suscribir el acta de conciliación, en la que se dice se tuvo en cuenta la situación por la que pasaba el ente territorial y la existencia de 98 liquidaciones de cada uno de los pensionados demandantes del ajuste acordado. Sin que sea de recibo que AC no actuó a sabiendas de la ilegalidad del acto, porque él concurrió a la negociación cuando ya estaban embargadas las cuentas bancarias del municipio. Es decir, al suscribir el acta de conciliación ya sabía que era necesario cumplir con los presupuestos contemplados en la ley, entre estos la convocatoria del Comité de conciliación.

[...]

En este sentido, si se hubiera convocado el Comité de conciliación se habría permitido que se pronunciara sobre la legalidad de someter el asunto a un mecanismo de terminación anticipada de los procesos judiciales - conciliación o transacción-, con mayor razón por las falencias derivadas de la comprobación de los poderes especiales para tranzar otorgados por los demandantes, la verificación de la existencia de cada una de las liquidaciones del ajuste a favor de los pensionados, la necesidad y conveniencia de comprometer en el sistema financiero los intereses patrimoniales de la ciudad e incluso la venta de activos del ente territorial, entre otros aspectos que se podían analizar en ese comité.»

RESPONSABILIDAD FISCAL - Es independiente de la responsabilidad penal / **PROCESO PENAL** - Finalidad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Puede presentarse como delito medio en el peculado por apropiación

«Frente a la cuestión de no haberse tenido en cuenta el fallo de responsabilidad fiscal, proferido el 8 de junio de 2010 (expediente 2004-006), por la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Cúcuta, en que se concluye sobre la inexistencia de daño para el patrimonio público, porque la conducta de GVQ se ajustaba a las decisiones de los juzgados laborales que conocieron los procesos de reajuste previstos en la Ley 6ª de 1992; además, porque la parte civil no mostró interés en buscar una reparación, el recurrente incurre en varios desaciertos:

Desconoce que el patrimonio del Estado requiere de especial protección, siendo uno de los mecanismos el proceso penal, no solo por la reparación económica que pueda surgir, sino por

el derecho de las víctimas -directas o indirectas, determinadas o indeterminadas- a la verdad, a la justicia y garantía de no repetición, por conductas corruptas que afectan a la sociedad, también entendida la estabilidad económica institucional;

Los juicios y decisiones a los que pueda llegarse en un proceso de responsabilidad fiscal, no envuelven la valoración que la Corte debe realizar sobre las pruebas que comprometen la responsabilidad penal de los procesados, pues se trata de procesos autónomos, independientes y con efectos diversos;

La falta de interés de la parte civil en busca de una reparación tampoco tiene incidencia en la resolución del proceso penal, porque no se está ante un delito que por sus hechos constituya una condición de procedibilidad -no es querellable sino oficioso- y porque la reparación de las víctimas tiene varios motivos y efectos.

Por tanto, si bien para efectos de la responsabilidad fiscal la decisión de la Contraloría Municipal de Cúcuta cobra relevancia, no ocurre lo mismo en el marco de procedimiento penal, no solo por la independencia y autonomía de los resultados de cada uno de los procesos judiciales y administrativos, sino porque de su contenido no se advierte un aporte probatorio que demuestre la inexistencia material de un daño contra la administración municipal, debido a que el ente de control fija su determinación en el presupuesto de legalidad de las decisiones judiciales proferidas por los jueces laborales; pero es claro que, deja de tener en cuenta que por lo menos en cuatro (4) de los siete (7) procesos judiciales no se había proferido sentencia definitiva, además, por la falta de interés del Estado en perseguir un daño material ocasionado con la infracción fiscal.

A diferencia de los argumentos del defensor impugnante, en cuanto a la trascendencia de las pruebas que se habrían dejado de valorar, con las que probaría la legalidad del acuerdo suscrito entre su defendido GVQ -exalcalde de Cúcuta- y AIAC -abogado representante de los pensionados-, lo cual no sucedió, según se estudió con anterioridad, lo cierto es que en el evento de que no se hubieran valorado, tampoco ofrecen la trascendencia para demostrar la legalidad del acuerdo de conciliación o transacción surtido, y en consecuencia, que el ente territorial tuviera la obligación de desembolsar los dineros.

De tal forma, no es admisible la afirmación que hace el defensor de GVQ, en cuanto a que presupone que la única forma de demostrar el

peculado por apropiación a favor de terceros es que el procesado AIAC se hubiera apropiado de los recursos, lo cual no habría demostrado la Fiscalía General de la Nación, descartando que con la prueba aportada al proceso se demuestra que la comisión del delito de prevaricato por acción se constituyó en el medio ideal para la comisión del delito de peculado por apropiación.

Lo anterior lleva a otra conclusión que, a diferencia de lo afirmado por el abogado recurrente, representante legal de VQ, se demostró, como lo argumentó la Sala Penal al decidir en sentencia de casación, que el delito de prevaricato por acción no se centró solo en el reconocimiento de los ajustes sino en la forma cómo se procedería con el pagó, tal como lo advierte la defensa al cuestionar el fundamento de la Corte.»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, suscrito con quien no tiene la capacidad para celebrarlo / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes / **PRUEBA** - Valoración probatoria / **INFORME TÉCNICO** - Valoración probatoria

«Sobre el primer cuestionamiento de la defensa, la no concurrencia de los pensionados demandantes a la suscripción del acta de conciliación y la inexistencia de poderes especiales: más allá del argumento de la Corte sobre la desatención al artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, o como lo sostiene el recurrente que la autoridad judicial era la llamada a verificar la legalidad de la transacción o acta de conciliación, o que dentro del proceso ejecutivo laboral 2005-254 aparecen las copias de las actas de terminación de procesos, expedidas por los juzgados laborales, lo grave son las contradicciones para establecer sin equívoco quienes son los 130 demandantes que serían beneficiarios del ajuste económico, lo cual tampoco se precisa con la relación de nombres elaborada por el municipio -que apareció posteriormente al acuerdo-, y aquellos que se enlistan como demandantes en los procesos laborales.

El defensor del procesado AC relaciona en el recurso de impugnación especial, el radicado de cada uno de los siete (7) procesos laborales, junto con el total de demandantes; sin embargo, las cifras mostradas no se corresponden con el número anunciado en el acta de conciliación. En contraste, en el acta de conciliación se anuncia un número total de 130 demandantes, sin discriminar quienes, cuyos poderes

corresponderían a los que aparecen en los procesos laborales, pero en el recurso se muestra una cifra superior, 147 beneficiarios; es decir, 17 demandantes más.

Esta contradicción no es menor, por un lado, porque existe un número superior al 15% de los supuestos demandantes beneficiarios del ajuste pensional, con lo cual no se cumple ni siquiera con el objeto mínimo de la conciliación o la transacción, el cual es resolver efectivamente el conflicto judicial con la totalidad de los demandantes, lo que sería un perjuicio económico significativo para el municipio.

La anterior imprecisión era evidente desde un comienzo y fue derivada por la inexistencia de los poderes especiales de los demandantes que serían acogidos con el acuerdo, lo que tampoco es intrascendente, ya que antes de proceder, correspondía al municipio de Cúcuta tener precisión de las personas supuestamente beneficiadas. Por tanto, no es un equívoco que la Corte en la sentencia de casación indique que para la conciliación era necesario contarse con los poderes especiales, entre los requisitos para proceder a acordar.

Por otra parte, el acta de conciliación tampoco analiza la situación particular de cada demandante para determinar con la claridad, así sea de forma sumaria, si cumplía si quiera con los supuestos requisitos para acceder al ajuste pensional. Ni mucho menos cuenta con un cálculo actuarial de los ajustes (liquidaciones) que especifique con certeza y claridad los montos que se reconocen a cada pensionado para justificar la suscripción del acta de conciliación por \$7.985.856.757,84, garantizar el efectivo desembolso a los demandantes y resolver efectivamente el conflicto judicial.

Llama la atención que, solo a través del recurso de impugnación especial se quiera demostrar en forma general quienes son las personas que se beneficiarían con el acuerdo, con un listado que correspondería a los demandantes en los procesos laborales, pero sin la determinación concreta de como los recursos económicos fluyeron hacia ellos. Inconcreción que llevó a la existencia de futuros procesos que comprometerían el patrimonio de la entidad territorial, como ocurrió con el proceso ejecutivo laboral, radicado 2005-254, con el que se pretendía el giro de los dineros por incumplimiento de lo pactado con el municipio, pero que con el estudio que hizo la Sala Laboral del Tribunal Superior se decretó la nulidad de la actuación por demostrarse que el acta de conciliación del 23 de febrero de 2005 era ilegal.

De tal forma, la inexistencia de los poderes especiales para tranzar o conciliar con el municipio de San José de Cúcuta eran indispensables, por eso, una de las inconsistencias que indica que de haberse cumplido con los requisitos mínimos de la conciliación no se habría comprometido los recursos del Estado a favor de terceros; sin que baste entonces advertir que se cumplió con los presupuestos de ley vigentes para el momento de los hechos, pues para negociar con el municipio era necesario saber a qué personas se beneficiaban, esto es conocer los efectos concretos del acto suscrito [...]

De otra parte, la legalidad de los ajustes pensionales alegados por la defensa de AC no se corresponde con la realidad, en la medida que, si bien el acta de conciliación tuvo sus efectos ante los juzgados laborales, lo cierto es que, al ser resuelto el recurso de apelación, interpuesto por el defensor de AC, terminó en el decreto de la nulidad del acto -acta de conciliación del 23 de febrero de 2005- por considerarla ilegal.

Por lo anterior, no puede concluirse, como lo hace la defensa, que los jueces laborales verificaron la legalidad de las transacciones, cuando en realidad el acta de conciliación que las contenía resultó ilegal; todo esto derivado de la conducta manifiestamente ilegal del exalcalde procesado VQ, cuando con la intervención de abogado acusado, AC, suscribieron el mencionado acto.

De interés, para el análisis que adelanta la Sala Penal en la resolución de los recursos de impugnación especial presentados por los abogados defensores de los procesados, resultan las conclusiones a las que llegó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta -decisión del 11 de noviembre de 2008 que fue confirmada en reposición el 10 de diciembre de 2008-, las cuales motivaron la compulsión de copias para investigar a los servidores públicos y abogados que habrían incurrido en conductas penales.

[...]

Sobre la elaboración y presentación de las liquidaciones por cada pensionado que reclamaba el reajuste y su plena identificación: contrario a lo expuesto por el recurrente, quien sostiene que sí se realizó la liquidación e identificación por cada beneficiario, según constaría en el cuaderno de anexos del proceso laboral 2005-254, las cuales, en su decir, fueron objeto de peritaje por el Cuerpo Técnico de Investigación, lo cierto es que esos argumentos no cuentan con la profundidad suficiente para darlos por aceptados.

En primer lugar, porque son variadas las irregularidades que se dieron durante el trámite del acta de conciliación -como las que hasta ahora se han analizado-, y porque los efectos patrimoniales llevaron a que el procesado AC recibiera millonarias sumas de dinero, e incluso, ante un incumplimiento de pago a cargo del municipio de Cúcuta, iniciara el proceso ejecutivo 2005-254, el mismo, con el que se declaró la ilegalidad del acta de conciliación del 23 de febrero de 2005.

Para el efecto, no resulta suficiente el informe número 001578 del 7 de septiembre de 2009, emitido por el CTI de la Fiscalía, el cual complementó el numerado 00897 del 26 de junio de 2009; con estos informes la defensa de AIAC pretende explicar que en todos los casos se contaba con la correspondiente liquidación de los valores a pagar por ajuste pensional a favor de los beneficiarios. En este sentido, como el mismo recurrente lo advierte, sustenta su argumento en el muestreo realizado en ese informe sobre cuatro (4) casos, que, en todo caso, lo único que muestra es que corresponde a liquidaciones que validaron los juzgados laborales en los procesos que cuentan con sentencia de condena ejecutoriada [...]

Se destaca que en estos cuatro (4) procesos se hace relación a demandantes cuyas sentencias fueron proferidas por los correspondientes juzgados en el 2002 y 2003, antes de suscribirse el acta de conciliación del 23 de febrero 2005, esta particular situación no demuestran los presupuestos que presenta el recurrente, en cuanto a que existen todas las liquidaciones de los pensionados; pues el informe del CTI apenas señala esos cuatro (4) casos de personas que habrían recibido dineros por valor de \$138.555.662,00., tal como se observa en los cuadros anteriores.

De manera que, si bien el recurrente señala que los cuatro (4) casos corresponden a una muestra elaborada por el CTI de la Fiscalía, no ofrece la razón suficiente sobre la distribución de los recursos obtenidos, además de ser el resultado del acta de conciliación que fue declarada ilegal por el La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

Ahora, como complemento al querer demostrar la existencia de la totalidad de liquidaciones, lo único que aparece es una serie de cuadros resumen, donde se relacionan los juzgados laborales, los potenciales pensionados beneficiarios, los descuentos y valores que recibirían, pero sin acompañar las correspondientes liquidaciones; cuestión crítica cuando se advierte que el valor indicado al sumar

los valores relacionados en esos cuadros es de \$4.860.460.441, lo que resulta inferior a la suma pactada en el acta de conciliación, \$7.985.856.757,84. Además, sin que se conozca que aquel valor liquidado fue entregado en su totalidad a los pensionados que demandaron el ajuste.

El anterior ejercicio no solo muestra las inconsistencias que se derivaron del acta de conciliación o acuerdo de transacción suscrito entre los procesados, por no cumplirse con las exigencias de ley antes analizadas, sino también que el delito de prevaricato por acción fue utilizado como delito medio para acotar el punible de peculado por apropiación a favor de terceros.»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Cumplimiento de un deber legal: no se configura

«De manera adversa a los argumentos que exponen los recurrentes, lo que se observa es que el motivo para constituir el delito de prevaricato por acción como medio para apropiarse de recursos del Estado, se explica en que para ejecutar la cuantía acordada \$7.985.856.757,84., se estableció como estrategia varios momentos de entrega del dinero, así el procesado AC, durante la gestión del exalcalde encargado VQ, recibió la suma de \$1.437.454.216.40, con posterioridad, en otros pagos hasta octubre de 2007, el valor adicional de \$3.849.009.973,00., para un total de \$5.286.464.189,40.

Con el propósito de establecer como fluyeron estos recursos, al revisar la documentación aportada al expediente, la Corte observa la existencia de información contenida en unas tablas de ilustración, donde se recogen los valores del ajuste pensional y los nombres de los beneficiarios, que suman \$4.860.460.441, valor que comprenderían los siete (7) procesos que, según el procesado VQ, la información se la había entregado el Jefe de la oficina jurídica de la alcaldía de Cúcuta, MEHL, cuantía inferior a la pactada al suscribirse el acta de conciliación, la cual se calculó en \$7.985.856.757,84 [...]

De los datos anteriores se concluye que no solo existen falencias jurídicas en el proceso de elaboración y suscripción del acta de conciliación, tal como lo declaró la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta y se demostró en el proceso penal, sino también desde lo financiero se presentan las inconsistencias

anteriormente descritas; las cuales demuestran que no solo se actuó sobre la base de un acto manifiestamente ilegal, sino que en este se consolidaron una serie de valores que implicaron la afectación del patrimonio del ente territorial.

Además, sin que las explicaciones de los procesados tengan el cuerpo suficiente para concluir que actuaron conforme a la ley, que cumplieron con los presupuestos materiales desde la perspectiva de los cálculos financieros y que, en todo caso, habrían incurrido en ligereza o imprudencia no constitutiva de delito; por el contrario, el contexto en que se desarrollaron los hechos implica que la conducta se cometió con conocimiento de su ilegalidad y con la finalidad de apropiarse de los dineros a favor de terceros, al estar probado que el procesado hasta el mes de octubre de 2007 había recibido la suma de \$5.286.464.189,40.

En este sentido, queda probado que los recursos salieron de las arcas del Estado y que los mismos fueron recibidos directamente por el abogado procesado AIAC, como consecuencia del acuerdo suscrito con el exalcalde GVQ; como probado también está que el medio utilizado para la apropiación de los recursos fue el acto manifiestamente ilegal, instrumento utilizado para alcanzar su propósito, lograr empobrecer el erario público a través del delito fin, peculado por apropiación, en la medida que los procesados concurren en la realización de esas conductas.

Si bien en principio, se reitera, se informa la existencia de los poderes suscritos por los pensionados demandantes para adelantar el proceso laboral y la expedición de algunas liquidaciones por los juzgados laborales, lo cierto es que algunos de los potenciales beneficiarios habrían recibido cierto valor del ajuste; por cuanto que de la mayoría de ellos únicamente se tienen las tablas donde aparece la liquidación propuesta por la alcaldía municipal, y que de acuerdo con los derechos de petición presentados por los pensionados demandantes, solo se conocen hasta mayo de 2005; lo que significa que al momento de suscribir el acuerdo no se contaba con esos valores, y razón suficiente para afirmar que, en teoría, apenas logra explicarse la cuantía contenida en las tablas, sin saberse qué pasaría con los recursos.

De otra parte, con la finalidad de clarificar el argumento del recurrente que representa al procesado GVQ, respecto a la determinación de la cuantía girada mientras este se desempeñaba como alcalde de San José de Cúcuta, es cierto que el desembolso no fue por el valor calculado en el acta de conciliación, sino por una cifra inferior, esto es la suma de \$1.437.454.216.40.

Sin embargo, esto no quita que la afectación fue millonario para el municipio, y el hecho que sea una parte menor la que ordenó girar, no significa que los recursos estuvieron fuera de riesgo, pues lo que se ha demostrado es que se entregaron producto de un acuerdo ilegal al abogado AIAC, quien supuestamente los destinaría para el pago del ajuste pensional de los pensionados demandantes, pagos que tampoco se demostraron en el proceso ni se tiene certeza que la totalidad de los supuestos beneficiados cumplieran los requisitos para su reconocimiento, puesto que se probó que cuatro (4) de los siete (7) procesos laborales no contaban con sentencia ejecutoriada que obligara al ente territorial a pagar los ajustes demandados y en el acuerdo tampoco se analiza la situación jurídica de cada demandante para hacerlo acreedor del ajuste pensional.

[...] esas meras expectativas que en opinión del recurrente estaban refrendadas en las decisiones judiciales emitidas en primera y segunda instancia, no solo están referidas a los cuatro (4) procesos de los siete (7) en cuestión, sino que las resultas y consecuencia económicas se dictaron con base en el acto transaccional o acta de conciliación ilegal, porque resultó manifiestamente contraria a la ley.»

CONDENA EN COSTAS - Procedencia / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, costas procesales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** – Dolo

«Frente a esta cuestión, en la sentencia de casación no se niega la posibilidad de acordar las costas procesales, lo que se cuestiona es que se pactó una rebaja del 5% en el radicado 2002-213 y de 10% en los procesos 2003-226, 2003-387; 2003-241, los cuales carecían de sentencia ejecutoriada, lo que constituye un proceder contrario a la ley, porque no se cumplió con los requisitos normativos para su configuración, haber sido vencido en juicio, y porque fue considerado como una renuncia o concesión real y reciproca de una de las partes en la transacción desventajosa e ilegal para los intereses del municipio de San José de Cúcuta.

[...]

Razón asiste en la sentencia de casación cuando consideró que si el propósito del acta de conciliación del 23 de febrero de 2005 era “resguardar el patrimonio municipal”, evitar “el crecimiento inmoderado de las condenas”, no se entiende por qué razón el municipio aceptó el pago de costas, si esa erogación no resultaba

obligatoria en esa negociación, ni beneficiaba las finanzas del municipio y, más bien, podía ser una de las renunciaciones o concesiones de los demandantes; es decir, lo que se observa es que en el ilegal acuerdo conciliatorio pesó el querer deliberado de los procesados, para abstenerse de explicar la procedencia de la condena en costas y los motivos para determinar los porcentajes y proceder a apropiarse de un recurso público.

Por tanto, este proceder resultó manifiestamente contrario a la ley y demostrativo del obrar doloso de los acusados, en punto de la emisión de una decisión abiertamente ilegal y de la apropiación ilícita de recursos públicos; pues, el pago de costas manifiestamente improcedentes era, por un lado, el interés del abogado procesado -AC- de apropiarse de los dineros del municipio, por ese concepto, y por otro, el procesado VQ permitiendo deliberadamente esa apropiación injusta a favor de un tercero, pues de forma ilegal obligó al municipio de Cúcuta a ese pago.»

PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros: se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación en favor de terceros

«[...] los procesados acudieron a diferentes estrategias, como hacer constar en los documentos realidades no verificadas, dar por ciertas facultades no conferidas, suponer la exigibilidad del reajuste, no discriminar los montos a pagar con remisiones inexactas y sin analizar, ratificar poderes, entre otros; todo para lograr la apropiación de los recursos públicos, bajo una falsa apariencia de legalidad. Esto, sin observar con diligencia los principios de legalidad, probidad y transparencia en el manejo del patrimonio público.

En este contexto, se insiste que, el abogado AIAC, durante la gestión del alcalde encargado GVQ, recibió la suma de \$1.437.454.216.40 y, en pagos posteriores, que van hasta octubre de 2007, el municipio de San José de Cúcuta le giró \$3.849.009.973., para un total de \$5.286.464.189,40. Es decir que, contrario a la conclusión de los abogados defensores, sí se tiene demostrado el detrimento patrimonial al ente territorial.

Ahora, si bien el Concejo Municipal de San José de Cúcuta expidió los Acuerdos números 039 de 2004, 043 de 2004, 026 de 2005 y 029 de 2005, por los cuales se autorizó a la administración municipal para enajenar bienes, entregarlos en garantía y gestionar créditos con la banca local, con destino a cubrir la obligación del reajuste a los pensionados municipales, esto no justifica la

conducta de los procesados; pues el municipio adquirió unas obligaciones derivadas del actuar ilegal de los procesados, y que para hacerlas efectivas fue necesario acudir a distintas estrategias, una de ellas, comprometer bienes del municipio y obtener créditos bancarios para cubrir el irregular desface financiero.

Es importante destacar que esta práctica por la que se ha investigado y juzgado a distintos burgomaestres de Cúcuta, en su oportunidad, no justificaba a VQ, para con la intervención de AC, incurrir en las mismas conductas ilegales, pues para el caso en estudio los procesados contaban con suficiente información sobre la ilegalidad del acuerdo a suscribir, como se estudió en la sentencia de casación y en esta providencia que resuelve el recurso de impugnación especial.

En consecuencia, en el proceso penal seguido contra los procesados se probó que para el 23 de febrero de 2005, fecha en la que se suscribió el acta de conciliación, el procesado GVQ tenía la condición de servidor público, alcalde del municipio de San José de Cúcuta; por consiguiente, fungía como ordenador del gasto, con capacidad para contratar, de acuerdo con el presupuestal municipal, es decir, con el deber de custodiar y disponer del patrimonio económico municipal -disponibilidad material y jurídica de los dineros de Estado-.

Por eso, aprovechándose de estas facultades y circunstancias comete el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, como también lo realiza el acusado AIAC en condición de autor interviniente, por carecer de la calidad especial exigida de servidor público para la comisión del delito que afecta el patrimonio del ente territorial, los procesados optaron por una estrategia en la que fue fundamental la suscripción del acuerdo transaccional o conciliatoria del 23 de febrero de 2005, el cual resultó manifiestamente contrario a la ley, pero efectivo para apropiarse de los recursos públicos.

Consecuente con la anterior, como lo argumentó la Corte en la sentencia de casación, las pruebas aportadas al proceso ofrecen la razón suficiente para probar que GVQ, acusado por el delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con peculado por apropiación a favor de terceros, y AIAC, igualmente acusado como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, cometieron los delitos de manera dolosa.

[...]

En el caso objeto de estudio, el dolo de los procesados se infiere por su formación y experiencia profesional para obrar conforme a

ley, dado que ambos son abogados y practican su ejercicio.

Debido a ello, en el acuerdo suscrito el dolo es palpable debido a que, como juristas, debían como mínimo garantizar que el acuerdo diera realmente por terminado el conflicto jurídico con la totalidad de los demandados, para lo cual debían individualizarlos, analizar su situación jurídica particular, reconocer el monto de los ajustes que supuestamente le correspondía a cada uno de ellos y garantizar la terminación de los procesos judiciales.

Sin embargo, lo anterior no ocurrió porque el interés de ambos procesados era lograr la efectiva apropiación del recurso público a favor de terceros, por lo que omitieron cumplir con los requisitos de ley y suscribieron un acuerdo ilegal e irregular para lograr su cometido.

En cuanto a VQ, no es plausible que se alegue que no era experto en administración pública porque ejercía en el sector privado, en el sector asegurador, cuando en realidad esa usanza por más de dos décadas le permitía obrar diligente y correctamente.

Respecto del acusado, abogado AQ, se trata de un experto en derecho público, penal y otras áreas del derecho, cuenta con estudios superiores y ejercicio de su carrera por años; es decir, juntos tenían la capacidad de saber que la conducta que asumían era delictual e injustificada.»

ERROR DE TIPO - Invencible: demostración, exige probar la ausencia absoluta de dolo / **ERROR DE TIPO** - Invencible: sus efectos se aplican, cuando el sujeto activo cree obrar justificadamente / **ERROR DE TIPO** - Invencible: no se configura / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Error invencible sobre la licitud de la conducta: no se configura / **ATIPICIDAD OBJETIVA** - No se configura

«En el estudio que adelanta la Sala, corresponde analizar la pretensión subsidiaria, la cual dirige la defensa a querer demostrar que el procesado GVQ, incurrió en un error de tipo invencible al momento de suscribir el acuerdo de transacción del 23 de febrero de 2005, consistente en que era una persona sin experiencia y conocimiento en materia de administración pública, pero que por la situación que tenía que resolver obró creyendo que lo hacía conforme a derecho.

[...] de conformidad con el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, es causal de ausencia de responsabilidad, cuando “se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad”, y

“para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

El error invencible se presenta cuando a pesar de que el actor ha sido cuidadoso no logra prever las consecuencias de su accionar, siendo invencible la imprevisibilidad del comportamiento, hipótesis en la que no se encontraba el procesado VQ, por cuanto que es claro que al momento de suscribir el acta de conciliación del 23 de febrero 2005, si bien lo acompañaba su equipo de trabajo, contó con un concepto jurídico y la intervención directa del procesado AQ.

Sin embargo, dejó de lado cualquier circunstancia para verificar y tener certeza de que con su comportamiento no estaba poniendo en riesgo el patrimonio público del municipio de San José de Cúcuta; pues como se estudió, se presentaron una serie de circunstancias -aquellas indicativas de su comportamiento doloso, arriba consideradas- que le obligaban en su condición de servidor público diligente a verificar no solo la información que recibía, sino también las normas que regulan ese tipo de mecanismos de terminación de los procesos judiciales, ampliamente analizados.

No basta argumentar que actuó cuidadosamente, cuando en realidad no lo hizo, toda vez que no se aprecia tal cuidado, inclusive en su indagatoria indica que se limitó a lo que supuestamente le informaba el Director jurídico -estar todo listo para la firmar-, sin atender que con su conducta exponía un capital cuantioso en el acuerdo que suscribía.

Además, VQ no es un funcionario que pudiera actuar como cualquier otra persona presta a servir por solidaridad o simpatía, pues se trata de un jurista con experticia en el campo de los seguros, disciplina que también exige diligencia, lo que permite inferir que tenía capacidad para saber, tener conciencia que con su actuar estaba poniendo en riesgo un capital cuantioso del municipio.

Por tanto, no se trataba de cualquier situación en la que no se requeriría de un cuidado especial, que no lo tuvo el procesado, cuál era verificar el cumplimiento de los procedimientos y exigencias antes de proceder a la suscripción de un acto por el cual ponía en riesgo los recursos del municipio. Esa experiencia y capacidad jurídica no la aplicó

al desempeñar el cargo de alcalde en encargo; tampoco puede decirse que resulte exonerado por estar transitoriamente frente a la alcaldía y sin experiencia jurídica en administración pública, todo lo contrario, como lo señala la causal de ausencia de responsabilidad invocada, VQ tuvo oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.»

PRISIÓN DOMICILIARIA - Imprudencia: cuando haya sido condenado por los delitos enlistados en el art. 68A de la Ley 599 de 2000 / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Sustitutiva de la prisión: cuando el imputado o acusado sea mayor de 65 años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia

« [...] contrario a lo expuesto por el defensor de VQ, si bien el procesado es mayor de 65 años, la naturaleza y modalidad del delito para cumplir la pena en el lugar de residencia -prisión domiciliaria- no se estructuran; toda vez que la gravedad de la conducta se funda en delitos de alta de corrupción, ya que en la comisión de la conducta se forjó una estrategia para apropiarse de los recursos del Estado, o sea, no se trató de un delito de peculado por apropiación menor, sino de un mecanismo que combinó la elaboración de un acuerdo -acto manifiestamente contrario a la ley- y la estructuración de un escenario para defraudar en varios momentos el patrimonio económico del Estado, el erario del municipio de San José de Cúcuta.

Recuérdese que, como consecuencia del acta de conciliación suscrito se posibilitó un primer ‘gasto’ de \$1.437.454.216., cuando VQ fungía como alcalde, y el mismo acto jurídico facilitó otros pagos, para un total de \$5.286.464.189 a octubre de 2007, suma que recibió el procesado AC, según se analizó en precedencia. Un comportamiento doloso en el que no atendió las diversas circunstancias del derecho dirigidas a la protección de los recursos públicos, deber funcional a cargo del procesado GVQ, en su condición de burgomaestre.

Lo anterior es significativo para afirmar que no se cumplen a cabalidad los presupuestos -ser mayor de 65 años y naturaleza y modalidad del delito- para determinar que el procesado cumpla la pena en su lugar de residencia y no en establecimiento penitenciario».

Inicio

- 8. CONCURSO** - Dosificación punitiva: límites del incremento hasta en otro tanto / **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

La Sala de Casación Penal se pronunció, de manera oficiosa, frente a la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la impartida por el Juzgado 42 Penal del Circuito con función de conocimiento de la misma ciudad, mediante la cual condenó, vía preacuerdo, a SLAM, EKCM, SMMB e IAB, a título de coautoras, y a EDRH como determinador, del delito de lesiones personales dolosas.

En tal sentido, la Corte casó oficiosa y parcialmente la sentencia de segunda instancia, para redosificar la pena de prisión imponible a los procesados; al considerar que, el juez de primera instancia, al momento de asignarla por los delitos concursantes de manera homogénea, desconoció la regla de “hasta en otro tanto”; al superar el doble de la sanción fijada para el delito más grave, con lo que infringió el principio de legalidad.

SP091-2024(62266) de 31/01/2024

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

- El 15 de octubre de 2017, en vía pública, EDRH y JLAB -quienes tienen una hija en común de tres años, pero no conviven, discutieron y aquel le dijo a JLAB, entre otras cosas, “ahora es que se ponga a ofrecer la niña a los hombres, perra”. Lo que motivó que esta le propinara una bofetada.
- En ese instante, intervino SLAM - compañera sentimental de EDRH - y le dio un golpe en la cabeza a JLAB con una botella. De manera inmediata, ÁMA, quien acompañaba a su hermana JLAB, intentó defenderla. A la reyerta se sumaron EKCM, IAB y SMMB.
- JNA y el menor J.A.A. -padre y hermano de JLAB-, intervinieron y resultaron lesionados
- La fiscalía precisó que, durante el curso de las agresiones, EDRH incitó a las mujeres para

que mataran a JLAB, porque así podía quedarse con la niña.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEGALIDAD DE LA PENA - Límite máximo / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: límites del incremento hasta en otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta / **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

«[...] para la dosificación de delitos que concurren de manera homogénea u heterogénea, el legislador, amparado en el principio de proporcionalidad, sometió la dosificación de las respectivas penas a unos límites específicos, que obligan a que i) el incremento respectivo no supere el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave y ii) no se supere el monto de 60 años de prisión.

Ahora, recientemente, en cuanto a la regla de “hasta en otro tanto” en la tasación del concurso de conductas punibles, la Corte no solo ratificó la prohibición legal de imponer una sanción que supere el otro tanto de la sanción señalada para el delito base -el individualizado con la pena más alta-, sino que, precisó, a su vez, a partir de una hermenéutica estrictamente atada a la legalidad, 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» (CSJ SP322-2023, rad. 59683).

Así, se concluyó que, 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 que lo exceda infringe el principio de legalidad»

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad de la pena / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena: para aplicar en debida forma la expresión “hasta en otro tanto”

«Tal como quedó plasmado en los antecedentes de esta decisión, SLAM, EKCM, SMMB, IAB y EDRH, fueron condenados como coautoras y determinador, respectivamente, del delito de lesiones personales dolosas, en concurso homogéneo, a las penas principales de cuarenta (40) meses de prisión, y trece punto treinta y dos

(13.32) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Para el efecto, el fallador unipersonal, una vez individualizó las penas para cada uno de los ilícitos, seleccionó como delito base el punible ejecutado sobre JNAL relativo a una incapacidad médico legal superior a los 30 días (40 días) dado que lo tasó en 16 meses de prisión, a los que le sumó 8 más por el mismo reato cometido en YLAB derivado de una incapacidad médico legal de 35 días, otros 12 por la conducta que recayó

en el menor de edad J.A.A.B. y, por último, adicionó 4 meses por el injusto cometido en ÁMAB, para un total de 40 meses.

Lo anterior, significa que agregó un total de 24 meses de prisión, por razón del concurso de conductas punibles, siendo que, de acuerdo con la anotada regla de “hasta en otro tanto”, habría podido añadir al punible base, máximo, otros 16 meses, que corresponde al doble de la sanción fijada para el delito más grave».

Inicio

9. CONCUSIÓN - Bien jurídico tutelado: administración pública / **CONCUSIÓN** - Sujeto pasivo: el Estado en abstracto, pero también el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Objeto material: de carácter personal y recae sobre el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Elementos / **CONCUSIÓN** - Elementos: temor del poder público

La Corte Suprema de Justicia decidió los recursos de casación interpuestos por el apoderado de AFBG y el Procurador 177 Penal Judicial de Valledupar, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la referida ciudad, confirmatoria de la decisión de primera instancia que condenó al procesado como autor del delito de concusión.

La Sala declaró desistido el recurso de casación invocado por el Procurador 177 de Valledupar y no casó el fallo impugnado, al considerar que, a través del material probatorio legalmente aportado en el juicio, existe conocimiento, más allá de toda duda, acerca de la comisión del delito de concusión que le fue atribuido a AFBG y de la consiguiente responsabilidad penal por el mismo.

Al respecto, estableció que, los cargos aducidos por la defensa carecen de prosperidad, ya que no se presentó ningún error en la valoración probatoria efectuada por los jueces de instancia, en tanto se demostró que, AFBG activó el contacto con el Juez EG, condujo al abogado y cerró la puerta de dicha oficina en donde permanecieron por varios minutos.

Además, concluyó que, riñe con la prueba allegada, considerar que AFBG pudo solicitar dinero a la manera de una estratagema dirigida a establecer los actos corruptos del Juez, cuando obra que su actuar fue inequívoco en la mancomunada realización de la conducta punible en plena connivencia con el Juez EG.

SP448-2023(55241) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 6 de diciembre de 2010, el abogado RPC, actuando como apoderado de JSF y VRM, privados de la libertad por los delitos de secuestro y lesiones personales, acudió al Centro de Servicios Judiciales de Valledupar para presentar una solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que los afectaba, siendo atendido por la escribiente DEMH, quien aprestándose a radicar la misma fue interrumpida por AFBG, Secretario de dicha oficina, persona que salió a la antesala y condujo al peticionario ante RAEG, Juez Segundo Penal Municipal de Control de Garantías y Coordinador del Centro de Servicios del Sistema Acusatorio, a quien le expresó que el abogado pretendía una revocatoria y tras anunciar que debían ayudarle en esa “vuelta”, le expresó al abogado que le costaría “cuatro barras”, esto es, cuatro millones de pesos, oferta que el litigante no aceptó.

2. Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación por los magistrados del Tribunal Superior de Valledupar, dado que, a uno de ellos, AFBG narró, a su manera, lo sucedido con el abogado RPC, por lo que procedieron a recibir informalmente las explicaciones por parte del Juez RAEG, quien no solamente reconoció su delictiva intervención en los mismos, sino que precisó que el negocio ilegal habría sido convenido con el secretario AFBG.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Concepto / **CONCUSIÓN** - Configuración

«Como una de las especies en los atentados contra la administración pública, en su acepción amplia referida a la salvaguarda de aquel conjunto de organismos, bienes y funcionarios del Estado orientados a la realización de los fines gubernamentales, la Ley ha previsto en el Código Penal, Título XV, Capítulo II, el delito de concusión; se trata de uno de los reatos más representativos de aquellos abusos en que puede estar incurso una autoridad pública, consistente como se sabe en aquella conducta de acuerdo con la cual con desafuero de su cargo o de sus funciones, el servidor oficial constriñe, o induce a dar o prometer, al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita, conducta que merece en la ley una sanción básica que puede llegar hasta los 15 años de prisión.

El artículo 404 de la Ley 599 de 2000 contempla esta figura delictiva en estos términos:

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

La tipología inherente a esta especie de atentados, en su conceptualización dogmática nos permite recordar que la conducta propia de concusión, inscrita en los abusos de autoridad como se dijo, está orientada a suscitar temor en el sujeto pasivo para dar o prometer algo, lo que se procura no sólo bajo amenazas de una consecuencia injusta, sino cualquiera otra manifestación del servidor público dirigida a determinar la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o entregar lo que se pide sin causa o fundamento legal.

Esta conducta se desarrolla o expresa de manera explícita, cuando la solicitud va acompañada de la admonición de una consecuencia o efecto adverso sobre los intereses del sujeto pasivo y de modo implícito cuando pese a no aludirse a dicho efecto negativo, se deja latente el temor de que ese sería el desenlace de no accederse al proceder sugerido, mismo que, en cualquiera de tales casos, no supone el sometimiento de la voluntad para que se repute consolidada la conducta»

CONCUSIÓN - Bien jurídico tutelado: administración pública / **CONCUSIÓN** - Delito

pluriofensivo / **CONCUSIÓN** - Sujeto activo calificado: servidor público / **CONCUSIÓN** - Sujeto pasivo: el Estado en abstracto, pero también el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Objeto material: de carácter personal y recae sobre el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Elementos / **CONCUSIÓN** - Elementos: temor del poder público

«[...] tiene este delito por bien jurídico protegido a la administración pública en el sentido y alcance indicados, aun cuando se trata sin duda de un reato pluriofensivo, habida cuenta que esta especie de delincuencia vulnera otra suerte de bienes tales como la autonomía o libertad individual, el patrimonio y eventualmente la propia administración de justicia, entre otros.

Al tiempo que ostenta como sujeto activo a un servidor público, en principio tiene por sujeto pasivo en abstracto al Estado, pero como se ha glosado, también al ciudadano que es sometido al poder intimidatorio de la actuación pública corrupta.

El objeto material en la concusión es de carácter personal y recae sobre el ciudadano respecto del cual se ejerce la metus públicae potestatis.

A su turno, dadas las diversas especies de proceder que puede desarrollar la conducta concusionaria, considerado el múltiple contenido expresado en los verbos rectores que la describen, se trata de un comportamiento alternativo que bien puede estar dirigido a constreñir, esto es a compeler a través de fuerza física o moral o a inducir o persuadir soterradamente con la finalidad pretendida o solicitar directamente, lo que supone un requerimiento dentro del contexto del exceso o abuso de la función pública.

De este modo, la conducta que desborda la esencia del servicio público con ilegales propósitos, se realiza por tanto bajo el ropaje de la investidura oficial y se afianza en el temor o preeminencia que la misma representa en relación con la situación concreta en que se ejerce o se puede ejercer»

CONCUSIÓN - Demostración / **CONCUSIÓN** - Se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, se cumple

«Conforme fue reseñado, las sentencias en sus dos instancias encontraron acreditado más allá de toda duda racional tanto la confluencia del delito de concusión que fue materia de acusación, como la responsabilidad recaída en el procesado AFBG, en su calidad de servidor público en la Rama Judicial.

[...] encuentra la Corte que, ciertamente, a través del testimonio acopiado en desarrollo del juicio y rendido por el abogado RFPC (sesión del 6 de abril de 2017), se conoce con detalles de especial significación en mérito de su contrastada veracidad, cómo tuvieron desenlace los hechos que determinaron adelantar las investigaciones penales en contra del Juez RAEG (condenado por la Sala de Casación Penal a través de decisión de segunda instancia fechada el 5 de septiembre de 2018 a la pena principal de 117 meses, 1 día de prisión, multa de 86.2 S.M.L.M. y 96 meses, 1 día de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como responsable del delito de concusión, Rad. 48855) y la seguida a su vez en este asunto por los mismos hechos, en contra del Secretario del Centro de Servicios Judiciales de Valledupar AFBG.

El relato del jurisconsulto da cuenta de haber hecho presencia en la Secretaría del Centro de Servicios el 6 de diciembre de 2010, en orden a presentar memorial solicitando se revocara la medida de aseguramiento que pesaba sobre sus mandantes JS y VR.

Aun cuando inicialmente fue atendido por la escribiente DEMH, irrumpió en el acto BG y lo condujo hasta la oficina del Juez EG, en cuyo interior, previamente cerrar la puerta y anunciar las pretensiones del litigante, el propio Secretario dijo en voz alta “E vamos a ayudar a P, pero esto cuesta como cuatro paquetes” (0:05”), a lo cual hubo de simplemente preguntar el Juez si aquél tenía pruebas que sustentaran su petición.

Para la Corte, la secuencia fáctica de que da cuenta el abogado PC, en coincidencia analítica de su incidencia probatoria en este caso, pone incontrovertiblemente de presente la dinámica corrupta articulada con particular sincronía entre el Secretario y el Juez; o lo que es igual, que el hecho referido por el testigo da fe en forma nítida del acuerdo delictivo existente entre ambos funcionarios, en forma tal que la pasividad del titular de la oficina no desentonaba, sino que se acoplaba con el modus operandi o rol que cada quien cumplía en la comisión delictiva.

El valor que tiene lo depuesto por el testigo en relación con la manera en que ocurrieron los hechos obtiene respaldo en la construcción de su secuencia y desarrollo a través de las declaraciones rendidas por la escribiente MH, así como a través del relato dado por ÁERM, quien como hermano de uno de los detenidos por quien se abogaba, acompañó a Palacio a radicar el memorial buscando su libertad el día de los hechos y reveló que una vez aquél salió del despacho judicial le manifestó que “A” le había pedido dinero para dar trámite a la revocatoria»

TESTIMONIO - Valoración probatoria / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - No se configura

«Bajo la especie de falso juicio de identidad, acusa la demanda en el primer cargo que el testimonio del Magistrado SC se falseó como consecuencia de no aludir a otros aspectos del mismo que se asumen de interés al procesado, tales como que el Secretario le narró que fue el Juez E quien negoció la libertad, o haber calificado la grabación tomada por el acusado como “ilícita”, o exhibir el testigo “prejuicios subjetivos” para declarar contra el imputado, cuando recalzó tener el “convencimiento moral” de que el responsable era B, o que el Juez E llamado por los Magistrados aseguró que obró en connivencia con A.

En realidad, en ningún momento se desapercibió cuál fue la versión que en principio le dio B al Magistrado, sólo que la misma pronto se encontró desvirtuada, cuando toda la información acopiada indicaba que había faltado a la verdad en su relato.

Dado que la varias veces aludida grabación nunca fue exhibida, es indiferente la calificación que sobre la misma podía tener desde el punto de vista de su idoneidad probatoria. Al fin y al cabo, respecto de la tantas veces aludida grabación de los hechos, a la que se ha dado una importancia superlativa por la defensa, ese carácter preponderante sólo lo posee teóricamente en la medida en que se trata de un elemento que probatoriamente no tuvo existencia.

Y en relación con la convicción moral que el Magistrado dijo obtener, no es tal estado de sus reflexiones interiores lo determinante a la hora de esclarecer la realidad de este caso, ni a través de ellas se ha construido el fundamento de la responsabilidad penal.

La sentencia no aludió a lo revelado por el Juez EG delante de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Valledupar, en relación con la participación de A en el delito y, por lo tanto, tal aparte del testimonio de SC no fue valorado como prueba de cargo dado el carácter de prueba de referencia que el mismo tendría, aspecto que no puede pretenderse útil en defensa del procesado cuando precisamente tal extracto de ese relato por el contrario obraría en su contra.

Tampoco es cierto que se cercenaran aspectos relevantes del testimonio rendido por el Magistrado CJ. Ciertamente, éste afirmó que el Juez E sostuvo en su presencia que A llevó al abogado hasta su oficina para que “escuchara la propuesta” ilegal, pero así como sus afirmaciones no son claras, subyace a cualquier equívoco en

relación con los hechos, que quien condujo hasta el interior del Juzgado a PC fue B y de acuerdo con el letrado fue éste quien activó la propuesta corrupta mientras el Juez se mostraba pasivo, conforme se ha indicado.

Pese al relato de la empleada judicial M, sobre la secuencia de los hechos y la afirmación respecto de quién fue la iniciativa para ingresar ante el Juez, nada a través de su relato se opone al hecho según el cual quien activó el contacto con EG fue B, condujo al abogado y cerró la puerta de dicha oficina en donde permanecieron por varios minutos.

Es claro que quien determinó la reunión entre P y Emiliani fue A. Luego es evidentemente necio pretender que sin mediar su voluntad corrupta en el hecho, éste no se produjera. A no fue un simple “facilitador” del diálogo entre el litigioso y el Juez. Su conducta no fue, de ninguna manera pasiva, se trató de una intervención activa y convenida dentro del desarrollo del iter corrupto.

Si, como se pretende, el pacto ilícito se hubiera producido entre el Juez y el abogado, en ningún momento A habría tomado parte activa en su ejecución. Sería inaudito que el Juez obrara conforme procedió sin la coautoría delictiva del Secretario, en cuyas manos estaba hacer operativo el funcionamiento de la coordinación, sabido que aquél siempre estaba en su oficina y éste era quien determinaba la asignación de los distintos asuntos y mantenía el trato directo con los abogados».

FALSO RACIOCINIO - No se configura por desacuerdo en la valoración probatoria / **TESTIMONIO** - Valoración probatoria

«El acusado falso raciocinio que se aduce como segundo reproche, no pasa sino por construir expresiones de inconformidad en relación con los criterios para apreciar las pruebas sin opción de derruir la racionalidad de dicho ejercicio en la sentencia impugnada.

Afirmar que a partir del testimonio de PC se podría explicar la conducta del secretario B pero en el sentido que habría facilitado la reunión entre aquél y el Juez para grabar el hecho corrupto, cuando quiera que, como se ha advertido, no se acreditó la existencia de dicha grabación, es una alegación evidentemente deleznable; máxime cuando precisamente, el hecho de conocerse en su integralidad el alcance delictivo de la conducta concusionaria, explicó la razón por la cual el pregonado registro sonoro del acto corrido al interior del Juzgado, de haberse dado, nunca fue presentado.

Es cierto que el abogado PC no denunció los hechos que lo hacían víctima de la exigencia ilegal. Pero esta circunstancia no desdice de la veracidad de su testimonio.

Dado el carácter sorpresivo de esta clase de conductas, quien se ve presionado por el servidor público no solamente está desprovisto de una inmediata reacción defensiva, sino que regularmente se encuentra en una situación de desventaja probatoria que disuade cualquier intención de poner en conocimiento de las autoridades el hecho.

En su lugar, el abogado PC se sostuvo en los procesos judiciales adelantados contra el exjuez EG, haciendo lo propio al enfrentar la presente actuación.

Está ampliamente desvirtuado que la única motivación del secretario BG fuera hacer conocer del Magistrado SC actos de corrupción en el Centro de Servicios Judiciales y que, por tal motivo, la sentencia esté incurso en el error de extraer del testimonio de PC conclusiones en su contra “por el simple hecho de ser AB quien facilitó la conversación entre su jefe y el defensor”, toda vez que bajo la gravedad del juramento, prestado como se ha advertido en diversos procesos judiciales, tal litigante expresó sin lugar a equívocos cuál fue el papel cumplido por el secretario y el Juez al interior de la oficina judicial y sobre la indubitable constricción de que fue objeto en dichas circunstancias, al solicitársele una suma millonaria para dar curso a sus pretensiones procesales de libertad.

A BG no le había encomendado el Magistrado SC ninguna labor o tarea relacionada con el propósito de desvelar actos de corrupción que se venían presentando en el Centro de Servicios en el cual obraba como Secretario, precisamente; mucho menos de manera específica, como lo pretendió con su versión, específicamente para el día de los hechos habían convenido ninguna actuación orientada en dicho sentido.

Ya se advirtió que la forma como actuó el procesado, despeja cualquier incertidumbre en relación con la dinámica corrupta que caracterizaba el ejercicio de la función pública en unión con el Juez EG.

En definitiva, no es que a través de lo narrado por BG se conozca que efectivamente el Magistrado le había encargado de actuar conforme procedió, cuando fue el propio Dr. SC quien lo negó enfáticamente. Riñe con la prueba allegada, considerar que BG en efecto pudo solicitar dinero a la manera de una estratagema dirigida a establecer los actos corruptos del Juez, cuando en contra de semejante hipotética abstracción de

los hechos obra que su actuar fue inequívoco en la mancomunada realización de la conducta punible en plena connivencia con EG, haciéndose

ostensible el entendimiento que en esta clase de procederes mantenían al interior de dicha oficina judicial».

Inicio

10. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, no se puede entender cumplida con la sola aplicación de la tecnología / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por la mera aplicación de una tecnología novedosa / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por tratarse de un típico contrato de obra pública / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratación directa: procede para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, las dudas sobre la catalogación de esas actividades, debe aclararlas
COLCIENCIAS

La Sala Penal dictó sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada en nombre de MGGS, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la declaratoria de responsabilidad de aquélla, a título de autora del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Sala no casó la sentencia impugnada por los cargos formulados, pero casó oficiosa y parcialmente el fallo de segunda instancia, para suprimir la condena a inhabilidad intemporal prevista en el art. 122 inc. 5° de la Constitución, ya que el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales no concierne a la protección del patrimonio público.

Ahora bien, respecto de la configuración del delito por el que fue condenada la recurrente, la Sala concluyó que, en el trámite contractual bajo investigación no había justificación para seleccionar directamente al contratista, por no tratarse la prestación a convenir de transferencia tecnológica, sino de un típico contrato de obra pública.

Aunado a lo anterior, considero que, la falta de análisis y verificación seria de la idoneidad del proponente bajo la óptica de la capacidad financiera y la experiencia para la ejecución del

objeto contractual, implicó el quebranto de los principios de transparencia y selección objetiva, esenciales a la fase precontractual.

Por último, indicó que, el dolo se infiere de la participación directa y activa de la acusada en el trámite contractual, especialmente en el comité de contratación, en el que pudo evidenciar la falta de idoneidad del proponente, así como las múltiples razones fácticas y jurídicas que impedían considerar el objeto a contratar como una transferencia tecnológica.

SP185-2024(58661) de 14/02/2024

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. MGGS, directora de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá (UAERMV), tramitó y celebró el contrato N° 638 de 2013, con GPC S.A.S., con inobservancia de requisitos esenciales en ambas etapas.

2. Por concernir el objeto contractual al mantenimiento correctivo de la malla vial de la ciudad mediante reparcho de vías, el contrato a celebrar era de obra pública con selección del contratista por licitación. Sin embargo, la señora MGGS artificiosa e injustificadamente tramitó un contrato de ciencia y tecnología, en la modalidad de transferencia tecnológica, en el que se camufló la verdadera naturaleza del objeto (obra pública) a fin de eludir la licitación y seleccionar directamente a GPC S.A.S., sin pluralidad de ofertas. Además, el contrato se celebró con esa sociedad, por un valor de \$11.822'000.000, con fundamento en un precario estudio de conveniencia y oportunidad, así como con elusión de un análisis serio de la idoneidad del proponente, quien evidentemente carecía de capacidad financiera y experiencia técnica para cumplir con el objeto del contrato.

3. La directora de la UAERMV celebró el contrato con GPC S.A.S. -por \$11.822'000.000 y pactando la entrega de un anticipo del 50%- pese a: i) la ínfima capacidad económica de esa sociedad, pues tenía un capital pagado de \$5'000.000; ii) el proponente carecía de experiencia habilitante específica, dado que no acreditó la celebración de contrato similar ni

ejecución de obra alguna, sino que fue una sociedad creada para adjudicarle el contrato concernido, y iii) carecía de derechos de propiedad industrial sobre el método y la tecnología a aplicar, dado que apenas ostentaba titularidad de los derechos de autor sobre el manual de uso de las máquinas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Configuración: el análisis del cumplimiento de los requisitos legales, tiene en cuenta lo acreditado en el trámite contractual

«[...] el ad quem dio respuesta congruente y suficiente, cifrada en que “a pesar de que el recurrente alegue que solo se hizo alusión al certificado de existencia y representación legal aportado por el fiscal, expedido en octubre de 2013, en el que efectivamente se verifica un capital pagado de \$5'000.000, y no las modificaciones a dicho certificado, lo cierto es que, al momento en que se suscribió el contrato 638 de 2013, ese fue el presupuesto que ofreció [...] para una obra de \$11.822.552.148, lo que resulta incoherente y sospechoso”.

Es que, como ya había advertido el a quo, el proponente aportó al trámite contractual, entre otros documentos, el certificado de existencia y representación legal N 000355, en respuesta a los requerimientos de la entidad, consignados en los estudios previos. De donde se sigue que ese certificado fue el que tuvo a su alcance la procesada a la hora de seleccionar al proponente como contratista, no los incorporados al proceso penal tiempo después. A esa razón subyace el desenfoco de lo alegado por el censor, como se extrae del razonamiento del tribunal»

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN - Concepto / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN** - Elaboración / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN**- Composición: presupuesto de rentas, de gastos y disposiciones generales / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN** - Presupuesto de gastos: composición / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Contenido / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Fines / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Conformación / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Conformación: entidades descentralizadas, establecimientos públicos, características / **DERECHO ADMINISTRATIVO**

- Ley 29 de 1990: inclusión de apropiaciones presupuestarias para planes y programas de desarrollo científico y tecnológico, por parte de establecimientos públicos del orden nacional, requiere consulta con COLCIENCIAS, con el fin de racionalizar el gasto público / **DERECHO ADMINISTRATIVO** - Ley 29 de 1990: inclusión de apropiaciones presupuestarias para planes y programas de desarrollo científico y tecnológico, por parte de establecimientos públicos del orden nacional, requiere consulta con COLCIENCIAS, no es exigible a los entes territoriales

«Según el art. 7 de la Ley 29 de 1990 por medio de la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico, la inclusión de apropiaciones presupuestarias para planes y programas de desarrollo científico y tecnológico, por parte de establecimientos públicos del orden nacional, se hará en consulta con el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas", COLCIENCIAS, con el fin de racionalizar el gasto público destinado a este efecto.

Constitucionalmente hablando, el presupuesto (art. 346) es un instituto perteneciente al régimen económico y de la hacienda pública; es decir, hace parte de la política económica del Estado, en la que la pre-fijación de los gastos o ley de apropiaciones (art. 347) es parte esencial.

El art. 347 de la Constitución preceptúa que el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueron suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.

Conforme a su Ley Orgánica, el presupuesto general de la Nación está conformado por el presupuesto de rentas, el de gastos y las disposiciones generales. El segundo es también llamado ley de apropiaciones y no sólo constituye un estimativo sino una autorización, al tiempo que debe contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Según el art. 16 de la Ley Orgánica (179 de 1994), el presupuesto de gastos está compuesto por: a) los gastos de

funcionamiento; b) del servicio de la deuda pública y c) de los gastos de inversión.

De otro lado, como clarifica la jurisprudencia constitucional (cfr., entre otras, sent. C-167 de 2021), uno de los propósitos de una ley de presupuesto es el de:

apropiar el valor requerido para atender los gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública del Presupuesto General de la Nación durante la vigencia fiscal de cada año, según el detalle que en la misma se contempla. En tal caso, las apropiaciones que se incluyen en el Presupuesto General de la Nación son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso da a los organismos y entidades destinatarios del sistema presupuestal y expiran el 31 de diciembre de cada año, razón por la cual, la ley de apropiaciones debe contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva, debe tener un componente denominado gasto público social que agrupa las partidas de tal naturaleza, según la definición hecha por la ley orgánica de presupuesto, y, no puede incluir partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo, puesto que no puede aceptarse que la ley que ordena un gasto sea precisamente la misma ley de presupuesto.

Bien se ve, entonces, que la apropiación presupuestaria es un acto complejo que deriva de una proposición gubernamental y se consolida en una medida de orden legislativo, si se trata del orden nacional. Ese acto de concreción legislativa tiene un equivalente funcional en el orden territorial, pues la Constitución (art. 352) reconoce un margen de regulación por parte de las entidades territoriales, ya que en los arts. 300-5 y 313-5 ídem le asigna a las asambleas departamentales y a los concejos municipales las competencias para expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y municipal, respectivamente, y para aprobar mediante ordenanza o acuerdo, respectivamente los presupuestos anuales de rentas y gastos (cfr., sent. C-036 de 2023).

Por otra parte, según el art. 39 de la Ley 489 de 1998, la Administración Pública se integra por:

los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

A su turno, según el art. 68 ídem, son entidades descentralizadas del orden nacional los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Los establecimientos públicos, a tono con los arts. 38-2 lit. a) y 70 ídem, son organismos del sector descentralizado por servicios que se encargan principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características: a) personería jurídica; b) autonomía administrativa y financiera y c) patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los

casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.

A su vez, el art. 39 inc. 4 idem señala que al nivel territorial pertenecen las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos (organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel). Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Pues bien, develada la naturaleza de los actos de apropiación presupuestaria, en los que la inclusión es, en un primer momento, una propuesta de un ente gubernativo y, luego, cuando se aprueba por el organismo legislativo (en el nivel nacional) o su equivalente en los órdenes territoriales, se torna en un rubro fijado en el respectivo presupuesto, salta a la vista que dicho trámite para nada concierne a la actividad contractual del Estado, sino al ámbito económico y de hacienda pública, que predetermina la aplicación futura y abierta de inversiones y gastos en el giro ordinario de las competencias administrativas.

De ahí que, evidentemente, el tribunal se equivocó al invocar el art. 7 de la Ley 29 de 1990, para extraer de allí una supuesta exigencia de trámite contractual no prevista por la ley, cuya inobservancia enrostró a la acusada como fundamento de la tipicidad objetiva de su conducta.

Desde luego, la utilización concreta de las apropiaciones que son autorizaciones máximas de gasto en rubros específicos, para ser comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva comporta actuaciones y procedimientos que pueden tener lugar con miras a la actividad contractual o en el marco de ésta, como la expedición de certificados de disponibilidad presupuestal y de registros presupuestales, respectivamente.

En esa línea podría interpretarse, por una parte, que la alusión a “inclusión” de apropiaciones se refiere a la afectación preliminar del presupuesto, mediante certificados de disponibilidad presupuestal, a fin de garantizar la existencia de apropiación presupuestal disponible para la asunción de compromisos con cargo al presupuesto de la respectiva vigencia fiscal, mientras se perfecciona el compromiso que

puede ser contractual; por otra, que concierne al registro presupuestal, el cual sirve al aseguramiento del pago de una obligación ya existente, con definición del valor y el plazo en virtud de un contrato celebrado.

Sin embargo, como lo tiene definido la Sala en consonancia con la jurisprudencia contencioso-administrativa (cfr. CSJ SP12159-2016; SP712-2017, rad. 48.250; SP004-2023, rad. 62.766 y SP038-2023), tales son requisitos de la ejecución del contrato, que no constituyen condiciones de perfeccionamiento ni validez. Por ende, su inobservancia no genera inexistencia ni nulidad del convenio, sino una irregularidad administrativa que deriva en responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato.

Además, como con razón lo alega el censor, si se tratare de asuntos de ciencia y tecnología, la inclusión de la apropiación en un certificado destinado a un contrato de tal naturaleza en consulta con COLCIENCIAS es un deber inexigible a la aquí acusada, pues la entidad por ella dirigida no es un establecimiento público del orden nacional, sino una unidad administrativa distrital.

Así que, en el asunto bajo examen, ninguna opción interpretativa permite entender la consulta previa a COLCIENCIAS como un requisito esencial a la tramitación o a la celebración del contrato concernido. Por ese motivo, de la estructura del juicio de adecuación típica ha de suprimirse el aserto fijado por el tribunal en el sentido que, a la luz del art. 7 de la Ley 29 de 1990, “si bien la modalidad de contratación directa se puede utilizar para celebrar contratos de desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, previamente debe estar demostrado que lo que se contrata realmente cuenta con esas características, razón por la cual la entidad pública que se enfrente a este tipo de situaciones debe someter el objeto del contrato a revisión por parte de COLCIENCIAS para que éste, en ejercicio de sus funciones y conocimientos, rinda concepto al respecto, deber que fue omitido por la procesada”.

No obstante, con miras a la evaluación de la trascendencia del mencionado yerro de juicio normativo, éste es insuficiente para lograr que se case la sentencia por la causal de violación directa, pues la supresión de ese aspecto integrante de la tipicidad objetiva no altera las demás premisas en que se soporta, bajo la óptica

de la adecuación típica, la inobservancia de requisitos legales esenciales de trámite y celebración contractuales.

Además, ha de aclararse que la eliminación de tal equivocada razón de orden normativo para nada afecta los razonamientos probatorios que, en punto de la valoración del dolo, realizó el a quo. En ese sentido, al pronunciarse sobre la tipicidad subjetiva, el juez consideró que, junto a otros hechos indicadores (cfr. num. 54.9.1. supra), la ausencia de consulta a COLCIENCIAS, teniendo la acusada la posibilidad de hacerlo, en vista de las dudas surgidas del comité de contratación, corrobora su actuar doloso»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, normativa /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, concepto /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, actividades constitutivas /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, propósito /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, no se puede entender cumplida con la sola aplicación de la tecnología / **DERECHO ADMINISTRATIVO** - Ley 1286 de 2009: Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia, fines

«[...] desde la perspectiva del valor social, la ciencia y la tecnología son medios al servicio de la comunidad y la prosperidad general, en tanto fines esenciales del Estado (art. 2 Const. Pol.). Por ello, son deberes estatales la promoción de la investigación, la ciencia y el desarrollo (art. 70 ídem), la inclusión del fomento a las ciencias en los planes de desarrollo y la creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología (art. 71 ídem).

Entonces, el valor de ese compendio de conocimientos obtenido mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios

y leyes generales, con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente (ciencia), así como del conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento del conocimiento científico y de instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto (tecnología), no es auto justificado, sino que, por mandato constitucional, sirve al desarrollo y la prosperidad de la sociedad, la cual evoluciona en la medida en que produce conocimiento y se tecnifica.

En efecto, la función social y cultural de la ciencia son valores que destacan y sobresalen. Su cometido y sentido tiene varias facetas que se valoran de manera positiva, promoviendo la modernización y madurez de una sociedad y siendo motor del crecimiento económico y condición para mantener vivo el sector productivo de la economía y competir en el mercado internacional. Mas en esos procesos es fundamental la apropiación del conocimiento, que permita a una sociedad desarrollarse a partir de la aplicación de aquél por sí misma y en su propio beneficio.

Desde esa perspectiva es que el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia, a la luz del art. 1 de la Ley 1286 de 2009, se funda en el propósito de lograr un modelo productivo sustentado en la ciencia, la tecnología y la innovación, para darle valor agregado a los productos y servicios de nuestra economía y propiciar el desarrollo productivo y una nueva industria nacional.

Ese avance o progreso productivo, impulsado por el “desarrollo del conocimiento científico, el desarrollo tecnológico y la innovación”, se consolida mediante objetivos específicos, entre ellos los de “fortalecer una cultura basada en la generación, apropiación y divulgación del conocimiento y la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación y el aprendizaje permanentes” (art. 2-1 ídem)

En conjunción con tales propósitos, el art. 3 ídem también da lineamientos sobre las bases para la consolidación de una política de Estado en ciencia, tecnología e innovación, dentro de las cuales, como factores de desarrollo, se destacan el valor agregado, la productividad y la competitividad, así como la transformación y modernización del aparato productivo:

[...]

En consonancia con ello, el art. 17 ídem alude a los objetivos de generar y usar el conocimiento científico y tecnológico, así como apropiarse la ciencia, la tecnología y la innovación, [...]

Todo ello, en sintonía con las actividades de promover el mejoramiento de la productividad y competitividad nacional, así como velar por la generación, transferencia, adaptación y mejora del conocimiento científico, desarrollo tecnológico e innovación (art. 18 num. 2 y 3 ídem).

[...]

En esa misma línea, del art. 2-2 de la Ley 1951 de 2019 por cuyo medio se crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y se fortalece el SNCTI se extracta que, dentro de los deberes estatales en materia de desarrollo en esos ámbitos, “que consolidan los avances hechos por la Ley 29 de 1990 y 1286 de 2009”, la de transferencia de ciencia, tecnología e innovación, para la consolidación de una sociedad basada en el conocimiento, está ligada a la apropiación social de ellas.

Así, pues, la identificación de los referentes conceptuales basilares del régimen especial de ciencia y tecnología, así como sus propósitos esenciales, es el marco sistemático en el que, enseguida, se fijará la comprensión que debe dársele al proceso de transferencia tecnológica, desde una teleología consecuente con esa constelación normativa y compatible con los factores en ella influyentes.

De entrada, se advierte que la propuesta interpretativa del censor, cifrada en la equiparación de transferencia a una opción de mera aplicación, sin importar las condiciones en que ésta tenga lugar y los fines a los que sirve, es precaria, asistemática e inconsulta con aquellos propósitos. La simple definición literal del vocablo aplicar, que en últimas no es nada distinto a usar, emplear o poner en práctica algo, es del todo ajena a las razones que habilitan la excepción de contratar directamente por tratarse de una prestación de “ciencia y tecnología”, a la vez que es nada armónica con el referido régimen especial.

Si de armonizar se trata, el primer factor a considerar es que el art. 2-5 del Decreto 591 de 1991 enlista una serie de actividades constitutivas de “transferencia tecnológica”, en tanto modalidad de procedimientos “científicos y tecnológicos”. Esto quiere decir que las opciones de “negociación, apropiación, desagregación,

asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras” deben connotarse en referencia a la actividad principal que se erige como “causal”, esto es, la transferencia.

Transferir, entre otras significaciones, tiene la de pasar o llevar algo desde un lugar a otro; también implica ceder a otra persona el derecho o atribución que se tiene sobre algo. La transferencia comporta un traspaso, una entrega, una cesión, un traslado o transmisión, así como un pago. A esas significaciones les es inherente una dinámica de entrega, en la que hay un emisor y un receptor. El primero se desprende de algo, mientras que el segundo se apropia, lo asume como suyo o lo incorpora a sí.

[...]

Así, pues, la aplicación de tecnología ha de servir a propósitos de integración de aquélla, a fin de poder aportar valor social en los términos del régimen especial bajo estudio. No se trata de aplicar cualquier tecnología por aplicarla, ni hacerlo de cualquier manera o en el contexto de otro objeto contractual, sino en condiciones compatibles con el desarrollo científico o tecnológico, que es lo previsto por el art. 2-4 lit. e) de la Ley 1150 de 2007. Esa es la teleología subyacente a la causal de aplicación tecnológica, en la que la utilización de determinada tecnología, por implicar un uso previsto para el desarrollo posterior de actividades de innovación o avance científico o técnico, constituyen transferencia tecnológica. Si la ley contempla la aplicación de tecnología con finalidades de transferencia como una actividad que avala la contratación directa, es porque sirve preponderantemente a un objeto de desarrollo científico o tecnológico propio, cuyo propósito esencial es el logro de una prestación tecnológica que genere valor agregado, que a su vez expanda las posibilidades de transformación y modernización de la propia actividad en ciencia y tecnología. Es a estas actividades (objeto principal) a las que sirve la contratación directa, no a otros objetos o prestaciones en los que la tecnología es apenas una ventaja accesoria.

Pensar que la mera utilización sin más de cualquier método, proceso o adelanto tecnológico en el marco de otro objeto contractual llámese obra, adquisición de bienes o prestación de servicios implica transferencia de tecnología, conduciría a un efecto absurdo, del todo discordante con los principios de transparencia y

selección objetiva, que apuntan a la garantía de objetividad e imparcialidad en la selección del contratista. Ello trastocaría la regla de la licitación o el concurso público, pues la tecnología puede ser un factor que ponderar en el mayor o menor rendimiento de cualquier prestación.

Tal comprensión es sistemáticamente concordante con lo previsto en el art. 19 del Decreto 591 de 1991, conforme al cual, “cuando la naturaleza del contrato así lo exija, se pactarán las medidas conducentes para los efectos de la transferencia tecnológica, conforme a los lineamientos que defina el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología”.

En esa dirección, si la mera utilización o aplicación comportara transferencia, sin factor alguno de incorporación que permita un posterior desarrollo tecnológico, carecería de sentido el anterior mandato, que exige especificar de qué manera se transferirá la tecnología en cuestión.

Piénsese también de manera ilustrativa que, en la necesidad de dotar el parque automotriz de cualquier entidad, en cuantía que amerite licitación o concurso, pudiera prescindirse de éstos porque algún proponente invoca un adelanto en algún sistema mecánico o electrónico de los vehículos. La tecnología, especialmente en el ámbito comercial automotriz, es un factor de competición entre las marcas que, a su vez, representaría un aspecto a ponderar en la valoración de la adecuación de las propuestas, pero no un habilitante para contratar directamente»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Modalidades de selección: escogencia del contratista, por regla general se efectúa a través de licitación pública / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por la mera aplicación de una tecnología novedosa / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por tratarse de un típico contrato de obra pública

«[...] al contrastar los parámetros interpretativos aquí desarrollados en relación con las características que la aplicación de tecnología

debe tener para poder entenderse como transferencia tecnológica y, así, justificar la contratación directa, con el entendimiento que de esa causal tuvieron los juzgadores de instancia, se concluye que éstos no incurrieron en yerro hermenéutico alguno. En efecto, además de que la prestación pactada (objeto principal) correspondía a una obra pública, por tratarse del mantenimiento de la malla vial, según el a quo (cfr. num. 54.5.2. al 54.5.4. supra), en concordancia con el concepto rendido por COLCIENCIAS por solicitud de la Veeduría Distrital, la prestación pactada por las partes tampoco podía conducir a transferencia tecnológica porque, si bien el parcheo por inyección neumática con mezcla en frío era un método novedoso en Colombia, la carencia de derechos de propiedad industrial en el proponente impedía implementar o incorporar la tecnología a la UAEMRV, pues no se le estaba cediendo ninguna prerrogativa para el uso de ella, por cuenta propia ni por sus propios medios en el marco de sus procesos productivos.

Tal conclusión es a todas luces compatible con la hermenéutica extractada del régimen especial de ciencia y tecnología, mientras que, se reitera, la propuesta interpretativa del censor carece de solidez, por basarse en una mera lectura literal de la cláusula normativa, en nada armoniosa con los propósitos constitucionales y legales asignados a la ciencia y tecnología, en tanto valores sociales.

Por consiguiente, el reproche en cuestión es impróspero, lo cual implica mantener la conclusión cifrada en que, desde el plano de la tipicidad objetiva, en el trámite contractual bajo investigación no había justificación para seleccionar directamente al contratista, por no tratarse la prestación a convenir de transferencia tecnológica, sino de un típico contrato de obra pública.

No sobra recalcar que el razonamiento del demandante también es inapropiado al sostener que “no hay norma que prohíba efectuar la reparación de la malla vial por vía de la contratación directa”. La regla general para el contrato de obra pública, se resalta, es la licitación (art. 2-1 de la Ley 1150 de 2007 y art. 32-1 de la Ley 80 de 1993), mandato que no podía eludirse en la medida en que no estaban dados los presupuestos para aplicar la excepción de la contratación directa (art. 2-4 lit. e de la Ley 1150 de 2007)»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Requisitos habilitantes: son obligatorios para todos los contratos administrativos /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Requisitos habilitantes: son obligatorios para todos los contratos administrativos, al margen de la forma de acreditación

«[...] según el censor, la valoración de la capacidad financiera y experiencia del proponente “no son requisitos esenciales a la contratación directa”. Ello por cuanto, a la luz del art. 6 de la Ley 1150 de 2007, en dicha modalidad de selección del contratista “no se exige el registro único de proponentes”.

Tal aserto carece por completo de solidez, por lo que mal podría evidenciar la interpretación errónea de dicha norma. Antes bien, es la hermenéutica propuesta en la censura la que se aviene equivocada, pues i) parte de un presupuesto inaplicable, como es la ya descartada procedencia de la contratación directa en el convenio cuestionado; ii) se basa en un desatino argumentativo y iii) desconoce que, a tono con la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ SP2552-2020, rad. 56.609), la verificación de dichos requisitos habilitantes pertenece a la esencia de todo trámite contractual al margen de la forma de acreditación, que es asunto distinto, por ser una concreción de los principios de transparencia y selección objetiva.

En cuanto a lo primero, la propuesta interpretativa ab initio está cerrada a consideración, pues supondría aceptar que el contrato concernido podía tramitarse y celebrarse por la vía directa, algo que, como se vio, era improcedente en el presente asunto, por no comprender el objeto contractual ni la prestación convenida una transferencia tecnológica, sino la ejecución de obra pública (mantenimiento de la malla vial).

Sin perjuicio de ello, la Sala no puede pasar por alto la incorrección de lo propuesto por el censor, quien con una lectura tergiversada de la norma reclama un efecto que no se deriva del supuesto normativo traído a colación. Aun suponiendo hipotéticamente que estuviera legitimada la contratación directa, ello no implica que la administración se encuentre facultada para omitir la verificación de las condiciones de los proponentes, máxime si se trata de requisitos habilitantes.

A ese respecto, si bien el art. 6 inc. 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el art. 221 del Decreto 19 de 2012, preceptúa que no se requerirá del RUP ni de clasificación en los casos de contratación directa, también es verdad que el último enunciado de la norma clarifica que, en todo caso, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la verificación de las condiciones de los proponentes. La no obligatoriedad del RUP no quiere decir que la entidad estatal no debe establecer requisitos habilitantes, sino que su acreditación y verificación deberá hacerse mediante otros mecanismos y las particulares reglas definidas en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Ese deber es ineludible y recae, desde luego, sobre aspectos esenciales al trámite contractual, en concreción de los principios de transparencia y selección objetiva. En ese sentido, en sentencia del 14 de julio de 2020, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación puntualizó, de cara a la urgencia manifiesta, en tanto causal de contratación directa, que el carácter expedito de dicha vía de selección no implica la pérdida de vigencia de los principios que rigen la contratación estatal.

[...]

En conclusión, la falta de análisis y verificación sería de la idoneidad del proponente bajo la óptica de la capacidad financiera y la experiencia para la ejecución del objeto contractual, en la conocida magnitud y cuantía, implicó el quebranto de los principios de transparencia y selección objetiva, esenciales a la fase precontractual. Ese aserto, dada la improsperidad del reproche bajo análisis, se mantiene incólume como fundamento del juicio positivo de tipicidad objetiva».

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se configura / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** – Demostración

«[...] es inapropiado afirmar que el otrosí contiene cláusulas modificatorias del objeto contractual, pues ello implica una alteración del contenido objetivo de la prueba. Ese yerro deriva de una tergiversación de expresiones contenidas en el aparte de “consideraciones fácticas y jurídicas”, en cuyo numeral sexto, alusivo al incumplimiento por no constitución de la garantía única, se aclara que el amparo ha de

recaer “sobre el servicio prestado, no sobre los bienes y equipos suministrados”.

[...]

Por ello, es tergiversado entender que, por esa alusión “al servicio” cambió la tipología contractual, no solo porque al margen de que ello sea injustificado en el convenio modificativo se sigue haciendo referencia a un “contrato de ciencia y tecnología”, sino debido a que i) dicha norma del Decreto 734 de 2012 aludía a la garantía única, no al contrato de prestación de servicios, y ii) el concepto rendido por el abogado EM consultor externo de la UAERMV, que se integró al otrosí, equipara los contratos de ciencia y tecnología a los de prestación de servicios en su origen normativo, pero ello lo hace a fin de avalar la exigencia de la aseguradora, de amparar la calidad del servicio a prestar, no para variar en el texto la naturaleza del convenio de “transferencia tecnológica”.

Empero, el advertido yerro de apreciación es en todo caso intrascendente y, por ende, insuficiente para provocar que se case la sentencia, pues la supresión de esa afirmación tampoco afecta el juicio positivo de adecuación típica, por lo que quedaría en el vacío la aplicación indebida de la ley sustancial (art. 410 del C.P.).

Ello es así por cuanto la supuesta modificación del contrato de “ciencia y tecnología” a “prestación de servicios”, pese a ser una conclusión errónea, no se adecuó al tipo objetivo del art. 410 del C.P., bajo el entendido que ello constituye la infracción de un requisito esencial a la celebración de ese convenio modificatorio. Lo que en esencia se extrajo de la valoración de ese documento, fue que su expedición es evidencia que corrobora las irregularidades del trámite contractual, sin que se hubiera catalogado como un defecto con aptitud, en sí mismo, para constituir una irregularidad esencial de celebración.

Y en ello coincide la Corte, pues la observación completa del otrosí, como pasa a exponerse, incluso permite extractar más información que apunta a la ilegalidad del trámite del cuestionado contrato, cifrada esencialmente en que el objeto correspondía materialmente a la ejecución de una obra pública, no a transferencia tecnológica alguna. Además, la necesidad de modificar el contrato en punto del pago del precio y la constitución de la garantía única igualmente corrobora la precariedad tanto de los estudios

previos como del análisis de la idoneidad del proponente para serle adjudicado el contrato.

En cuanto a lo primero, en las “consideraciones fácticas y jurídicas”, si bien se destaca la causal de “transferencia tecnológica” y se sigue aludiendo a un contrato “de ciencia y tecnología”, en el extenso estudio que antecede a la modificación de las cláusulas también se advierten múltiples referencias a las competencias legales de la UAERMV para la ejecución de obras de mantenimiento vial y la necesidad de aquéllas para conjurar la crisis de la malla vial por huecos. A su vez, la modificación de la forma de pago del contrato, a precios unitarios, más que compatibilizarse con un proceso de transferencia de tecnología, se aviene a un factor clasificatorio de los tipos de contratos de obra.

[...]

Tales aspectos coinciden tanto con las funciones de la unidad dirigida por la acusada, como con la prestación real pactada y la modificación de la forma de pago.

En cuanto a lo primero, en el otrosí así como en los estudios previos y en el contrato mismo se refiere que la UAERMV: i) según el Acuerdo 257 de 2006, tiene por objeto “programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento de la malla vial local” y ii) en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación N 009 de 2011 suscrito con el IDU, deberá “realizar obras de conservación, acciones de movilidad de la malla vial y atención de emergencias en la ciudad de Bogotá, D.C.”

Yendo más allá, en el otrosí por cuyo medio se modificó el convenio inicial se dice que

la UAERMV tiene como misión la de mantener y rehabilitar preventiva y correctivamente la malla vial local, producir mezclas asfálticas, atender situaciones imprevistas y brindar apoyo interinstitucional para garantizar una mejor movilidad en beneficio de la ciudad y, como visión en 2017, la UAERMV proyecta ser reconocida como la entidad que ha recuperado y mantiene en buen estado la totalidad de la malla vial local, con capacidad de reacción inmediata, personal experto e infraestructura moderna; líder en procesos de producción de mezclas asfálticas e insumos para su autoabastecimiento, la generación de excedentes para su comercialización y la prestación de servicios que

garanticen su autosostenibilidad. Además, cuenta con equipos técnicos, experiencia técnica y administrativa requerida para garantizar la eficaz ejecución del objeto que se alude en el contrato y a destinar los recursos eficazmente para el cumplimiento del objetivo contractual.

De cara al “pago del valor del contrato”, la cláusula sexta modificada indica que “la UAERMV pagará al contratista el valor de este contrato de acuerdo con la aplicación de mezcla asfáltica fría por m3 compactado”, convención del todo compatible con la modalidad clasificatoria de los contratos de obra, atrás descrita (num. 117.1. supra). A ese respecto, a renglón seguido, las partes estipularon: “FORMA DE PAGO: previa programación del Plan Anual de Caja, se cancelará mensualmente por período vencido y m3 compactado recibido a satisfacción, con la presentación del acta de recibo parcial juntamente con la factura”.

Aunado a lo anterior, la necesidad de modificar el contrato mediante otrosí, cuya causa no fue otra que la imposibilidad de iniciarlo por ausencia de expedición de la garantía única pactada, efectivamente ratifica la precariedad de los estudios previos, así como la ligereza del análisis de la idoneidad del proponente para serle adjudicado el contrato.

El mentado documento es evidencia clara de que las aseguradoras no expidieron pólizas de garantía por la insuficiente capacidad financiera del contratista, algo que permitía prever el alto riesgo de amparar la entrega de anticipos a un contratista con tan limitado capital. No de otra manera se explica que en el otrosí se destacara, en relación con la garantía única, que el contratista, “por costos, no estaba en disponibilidad de constituir la, toda vez que se afectaba su modelo financiero”, así como que la aseguradora “igualmente solicita eliminar la cláusula que le otorga el anticipo al contratista”.

Sobre la insuficiente capacidad financiera del entonces proponente, en el comité de contratación del 20 de diciembre de 2013 presidido por MGGs, en el que se ajustaron los estudios previos, varios de sus asesores advirtieron la desproporción entre el cuantioso valor del contrato y el ínfimo capital que, para ese momento, acreditaba GPC.

[...]

Sobre ese particular, el ingeniero JCMF, subdirector técnico de producción e intervención

de la UAERMV, interpeló a quien sostuvo que ellos (el proponente) “son exclusivos, son los únicos en el mundo que hacen eso”. A esto, el señor MF respondió: “No. Eso es falso que sean los únicos en el mundo. En Colombia es diferente; en el mundo lo hace mucha gente (...) esa tecnología la tienen en el mundo varias empresas”.

Esta última opinión es del todo fundada, pues es coincidente con el documento denominado “Actividades de Parcheo o Bacheo Eficientes. Análisis de Información y Comparación de Alternativas”, producido por el Grupo de Investigación y Desarrollo del IDU, en colaboración con la UAERMV, en agosto de 2013. En el num. 5, alusivo a las “técnicas de inyección”, se advierte que “a nivel mundial se pueden encontrar diferentes marcas y equipos existentes en el mercado internacional, que se convierten en alternativas viables para atender de manera eficiente la reparación de capas de rodadura en pavimentos”, entre ellas, [...]

Al describir las prestaciones ofrecidas por dichas empresas, de acuerdo con sus métodos y tecnologías, en el documento se precisa: “generalmente, son vehículos equipados con las herramientas para limpieza, lanzado y compactación (que puede ser...a manera de inyección a presión). Adicionalmente, pueden almacenar mezcla asfáltica en caliente o fría, agregados y emulsión. Los tanques de almacenamiento de mezcla...incluyen el sistema de limpieza a presión e irrigación de emulsión para liga. El rendimiento del tapado o cubrimiento de un hueco o bache es de 15 min. aprox.; en algunos casos se reporta rendimiento de 2 min. por hueco”.

Adicionalmente, como lo estableció el a quo, esa información encuentra respaldo en el oficio del 10 de septiembre de 2013, procedente de la empresa [...] y la consulta web efectuada a la empresa [...], con sede en Bogotá, en las cuales se describen características y precios, evidenciando que para entonces existían otras compañías que ofrecían la maquinaria a través del método propuesto por [...]: “parcheo por inyección a presión neumática”. En ese sentido, además, se pronunció el testigo JCCR, empleado de [...], quien aseveró que esta compañía cuenta con una máquina idéntica a la denominada Velocity Patching.

Esa información es igualmente compatible con las evidencias N 51 y 52, apreciadas por los

juzgadores de instancia, en las que algunas de las mencionadas empresas y otras más ([...]) describen las prestaciones de sus máquinas bacheadoras, que al contrastarse con la propuesta de [...], en relación con la tecnología Velocity Patching, permite concluir que el método genérico para parcheo, distinto al tradicional, se denomina “inyección a presión neumática” y, como especie, puede haber mezclas “en caliente o frío”.

Ambas especies comparten las mismas fases de aplicación, a saber: i) limpieza de impurezas con compresor; ii) aplicación de la emulsión que cubre y sella la superficie en reparación; iii) compactación uniforme con presión neumática a mayor o menor velocidad y iv) última aplicación de emulsión y aditivos para aceleración de secado, con apertura de tráfico. Velocity apenas presenta una ventaja comparativa en el tiempo de secado, por utilizar mezcla en frío. Este factor, si bien implica innovación y representa una ventaja comparativa, es apenas accesoria e insuficiente para constituir una tecnología absolutamente novedosa o extraordinaria.

Ahora bien, en cuanto al ligero examen de la experiencia del proponente [...], en la realización de obras públicas de mantenimiento vial en Colombia, lo cierto es que tal factor, como se desprende de lo discutido en el Comité, llevado a cabo el 20 de diciembre de 2013, se presupuso cumplido sin una rigurosa verificación.

En la reunión se aludió a un capital de \$5.000.000, así como a una empresa cuyo representante legal es un actor de televisión (JPP, quien constituyó la sociedad [...] como accionista único el 5 de junio de 2013). Ello indica que la documentación con la que se analizó el asunto en ese momento también era precaria y desactualizada, pues, según el certificado de existencia y representación legal del 23 de diciembre de 2013 (N [...]), el 11 y 18 de noviembre de ese año hubo reformas estatutarias en la composición societaria, la representación legal y los montos de capital (autorizado, suscrito y pagado). Estos dos últimos aspectos son allí verificables, pues el representante legal titular ya no era el señor P, sino VDD, y el capital pagado ascendió a \$105.000.000. Empero, tal información era desconocida por la acusada y sus asesores, quienes en todo caso adoptaron decisiones.

Pero más allá, el contrato se suscribió con la convicción de que a [...] estaban asociadas las

empresas extranjeras que poseían los derechos de propiedad industrial del método y la tecnología ofrecidos, aplicados por ellas en el exterior. Sin embargo, ello no podía verificarse adecuadamente con la documentación integrante del expediente contractual al momento de la suscripción del convenio, pues al respecto no se aportaron actas ni certificados aptos para acreditar tal aspecto, sino una constancia suscrita por VD, representante legal de [...], quien, careciendo de potestad certificadora, informó sobre “la experiencia” de los accionistas [...] y [...]

Mas lo cierto es que dichas compañías no figuran como accionistas en el certificado de existencia y representación legal [...] ni en el certificado de inscripción, clasificación y calificación [...] de la microempresa [...], documentos con los que, se insiste, fue que se seleccionó al proponente y se suscribió el contrato. Y así hayan hecho parte de [...], lo trascendente es que, de cara a la ilegalidad nuclear que vicia tanto el trámite contractual como la celebración del contrato, no se pactó objeto alguno de transferencia tecnológica sino acciones de mantenimiento constitutivas de obra pública»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -
Contratación directa: procede para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, las dudas sobre la catalogación de esas actividades, debe aclararlas COLCIENCIAS / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** – Dolo

«El dolo, en verdad, se infiere de la participación directa y activa de la acusada en el trámite contractual, especialmente en el comité de contratación, en el que pudo evidenciar la falta de idoneidad del proponente, así como las múltiples razones fácticas y jurídicas que impedían considerar el objeto a contratar como una transferencia tecnológica. Además, como acertadamente lo analizaron los juzgadores, la procesada fue advertida por varios de sus asesores de la inviabilidad de contratar directamente y, en el comité, se “maquinaron” eventuales defensas en escenarios penales.

En ello va a profundizar la Corte. La dinámica de discusión dada en esa reunión muestra que, en lugar de asesorarse adecuada, objetiva e imparcialmente, a fin de establecer cuál era la vía jurídica correcta para contratar y ejecutar las obras de mantenimiento de la malla vial

requeridas en la ciudad, la acusada había decidido ya que [...] sería seleccionado para ello y, a como diera lugar, se buscaron argumentos para “defender” esa irresponsable y terca determinación.

A la supresión de las exigencias de capacidad financiera, decidida y aplicada en el comité, junto a las advertencias de emprender una acción “suicida” si se contratara directamente y de no ser cierto que [...] fuera la única empresa capaz de ofrecer la tecnología de parcheo por inyección a presión neumática, hay otros aspectos que vale la pena analizar, en punto del propósito de la reunión y la intencionalidad subyacente a las medidas de contratación adoptadas.

En primer lugar, no es cierto, como lo dice el censor, que la secretaria general de la unidad “asintió” sobre la viabilidad de contratar directamente. Finalmente suscribió los estudios previos, pero lo que dicha funcionaria expresó en el comité fue inquietud por eludir la licitación pública: “yo sí le tengo temor a la figura...yo tengo muchos amigos abogados y les he enviado información. Otro abogado me decía, C, no vaya a firmar porque el criterio general es que obra pública es licitación pública. No sé si de pronto el objeto está muy dirigido a obra pública”.

Como segunda medida, si bien uno de los raseros a evaluar en la actividad contractual del Estado es el respeto de los límites legales, entre ellos el ámbito sancionatorio, más que una sana discusión sobre la operatividad en la función administrativa, abierta a optar por la opción ajustada a la ley, varios participantes idearon argumentos para eludir declaratorias de responsabilidad, ya con la convicción de que se abrirían espacios de posible comisión de delitos.

Sobre el particular, MCA anticipó que “eso se va pa’ (sic) Fiscalía” y luego instó al equipo a tener “unidad de criterio al momento de la defensa, porque uno no puede llegar allá a decir ‘ah, fue porque me obligaron o porque no sabía’”. En ese sentido, ante el argumento de “prevalencia del interés público”, expuesto por el abogado M, uno de los asistentes cuestionó: “¿ese interés público desmonta el dolo? Porque ellos van a tratar de encarar el dolo tanto desde el punto de vista fiscal como penal...Los órganos de control, lo primero que van a decir, es que eso es una celebración de contrato sin requisitos legales”.

En tercer orden, si del comité surgieron tantas dudas sobre la procedencia de la contratación

directa por ciencia y tecnología, máxime que en el trámite contractual el abogado JDCG, experto en propiedad industrial, conceptuó que [...] no podía transferir tecnología por no ser titular de los derechos para ello, la acusada, pudiendo hacerlo, se abstuvo de consultar a COLCIENCIAS.

Si bien, se insiste, no tenía el deber de obtener un aval de esa entidad para proseguir con el trámite de selección directa, también es verdad que conocía de la competencia consultiva (art. 20 de la Ley 1286 de 2009) de tal organismo perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, a fin de clarificar si el objeto contractual podía considerarse como actividad científica o tecnológica. Mas pese al espinoso panorama advertido en el comité, prefirió no acudir a dicho ente, con cuya asesoría podía zanjar las discusiones al respecto.

En efecto, en la consideración N 8 del contrato se citó la Circular N 6 de 2013, expedida por Colombia Compra Eficiente, alusiva al listado de actividades de ciencia y tecnología que se podían contratar directamente. Sin embargo, el inc. 2 del num. 1 de la circular también especifica que “las dudas de las entidades estatales ejecutoras sobre la catalogación de actividades científicas, tecnológicas y de innovación, debe aclararlas el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación-COLCIENCIAS, autoridad competente en la materia”.

Empero, la procesada prefirió proseguir con la contratación sin acudir a esa autoridad. Fue luego de suscrito el convenio y retrasada su ejecución que maximizó su interés consultivo, ante la emisión de un concepto rendido el 11 de febrero de 2014 por la Dirección de Desarrollo Tecnológico e Innovación de COLCIENCIAS, dirigido a la Veeduría Distrital, que optó por requerir un concepto del abogado ERG, emitido el 12 de marzo de 2014, para contradecir lo concluido por COLCIENCIAS, en punto de la imposibilidad de que [...] transfiriera tecnología a la UAEMRV.

Ese concepto, valga aclarar, no fue inobservado por los juzgadores, como lo insinúa el demandante. Es éste quien recorta su contenido objetivo, pues es cierto que COLCIENCIAS opinó que la tecnología en cuestión era novedosa, por no haberse aplicado en Colombia. Mas a renglón seguido aclaró, en concordancia con las precisiones conceptuales aquí desarrolladas (cfr. num. 97 supra), que los términos del contrato no

configuran transferencia de tecnología a la UAERMV, máxime que esa tecnología ya estaba siendo comercializada.

Por último, es evidente que el concepto jurídico rendido por el abogado EM -acorde con el cual la mera aplicación de la tecnología ofrecida por el proponente en la ejecución de obras de mantenimiento vial constituía un proceso de transferencia habilitante de la contratación directa- es errado (cfr. num. 97-98 supra). Pero esa equivocada asesoría dada a la acusada en manera alguna diluye el dolo, pues aquélla tuvo a su alcance opiniones jurídicas contrarias, que insistían en la imposibilidad de transferencia tecnológica y en la necesidad de la licitación.

Además, tenía conocimiento de múltiples factores de irregularidad en el trámite, de los que se infiere su conocimiento de impulsar y perfeccionar un proceso contractual con incumplimiento de requisitos esenciales, el cual pretendió “blindar” con un concepto jurídico deleznable, a saber: i) la incapacidad financiera del proponente; ii) la ausencia de titularidad de

aquél de los derechos de propiedad industrial sobre el método y la tecnología; iii) la inviable apropiación o incorporación de tecnología o conocimiento para aplicarse a futuro en los procesos productivos a cargo de la unidad; iv) la advertencia de que [...] no era la única empresa que ofrecía el método de parcheo por inyección a presión neumática y v) la advertencia de traspasar límites que podían comportar responsabilidad penal si se adoptaba la contratación directa.

Todos esos hechos indicadores, articulados y valorados en un solo tejido, permiten a la Corte concluir, en sintonía con los juzgadores de instancia, que la acusada no violó los requisitos esenciales de trámite y celebración determinada en error por la opinión de su asesor, sino que esa asesoría, más que un medio objetivo para determinar la vía de contratación adecuada, se tornó en la exploración de estrategias para defenderse de escenarios sancionatorios, ya anticipados por varios participantes del proceso precontractual».

Inicio

- 11. DEBIDO PROCESO** - Unidad defensiva: abogado y procesado pueden actuar en conjunto o separadamente / **DEBIDO PROCESO** - Unidad defensiva: autonomía del imputado para interponer recursos / **NULIDAD** - Principio de unidad de defensa / **NULIDAD** - Derecho de defensa: se vulnera, cuando por fallas tecnológicas en el desarrollo de las audiencias, el imputado no conoce la decisión de fondo

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, mediante la cual confirmó la proferida en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, que condenó a MMCG como autor de concierto para delinquir agravado.

En este asunto, la Sala casó la sentencia impugnada y decretó su nulidad parcial, en relación con la situación del procesado MMCG. En consecuencia, dispuso la remisión de la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal

para que resuelva de fondo, lo más pronto posible, el recurso de apelación interpuesto y sustentado directamente por aquel.

Lo anterior por cuanto, MMCG no tuvo la oportunidad de impugnar la decisión que le fue desfavorable y con ello se le vulneró el derecho de defensa; pues el juez de primer nivel, pese a los evidentes problemas técnicos y de conexión, no constató que el procesado hubiere conocido en su totalidad la decisión condenatoria.

Aunado a lo visto, la Sala destacó como equivocada la interpretación de que, como el defensor de MMCG, en la audiencia de 26 de abril de 2023, expresó que no interponía recursos, entonces aquél ya estaba obligado a plegarse a la voluntad de su mandatario, pues tal comprensión de la norma desconoce la doctrina decantada acerca de la unidad de defensa y sus efectos; según la cual, el imputado o acusado no solo conforma con su abogado una unidad defensiva, sino que posee autonomía, en lo que al aspecto material compete, para hacer valer individualmente sus derechos.

SP516-2023(64879) de 29/11/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 30 de octubre de 2014, en la finca LG, hicieron presencia en una motocicleta dos sujetos, uno de ellos, MMCG, exigiendo a su propietario la suma de \$ 10'000.000, pretextando ser emisarios del grupo armado ilegal conocido como Las Águilas Negras.

2. Por esos hechos, ante un juez con función de control de garantías, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura y formulación de imputación, por extorsión agravada, en grado de tentativa, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir, agravado.

3. El 30 de noviembre de 2015 se llevó a cabo en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Yopal, la audiencia de formulación de acusación. En la audiencia preparatoria MMCG se allanó al cargo formulado por el delito de extorsión en grado de tentativa, razón por la que el juicio ordinario continuo respecto de él solo por concierto para delinquir, agravado.

4. Agotado el juicio oral, público y concentrado, el 26 de abril de 2023 el funcionario de conocimiento, en armonía con el sentido del fallo, dictó sentencia. En la audiencia de lectura, llevada a cabo por videoconferencia, el defensor de MMCG indicó no interponer recursos. Pese a ello, cuando se surtió el traslado al acusado para los mismos fines, este no pudo manifestarse por cuanto se perdió la comunicación de audio y voz con la sala de audiencias, y en consideración a ese inconveniente el juez ordenó remitir al centro penitenciario donde estaba recluso aquel, copia del fallo para su conocimiento, y cerró la diligencia.

5. Enviado el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, el aludido juez colegiado, declaró desierto el recurso de apelación sustentado por MMCG, con base en que en la audiencia de lectura del fallo de primer grado aquél no se manifestó y su defensor expresamente indicó no interponer recursos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEBIDO PROCESO - Unidad defensiva: abogado y procesado pueden actuar en conjunto o separadamente / **DEBIDO PROCESO** - Unidad defensiva: autonomía del imputado para interponer recursos / **NULIDAD** - Principio de unidad de defensa / **NULIDAD**- Derecho de

defensa: se vulnera, cuando por fallas tecnológicas en el desarrollo de las audiencias, el imputado no conoce la decisión de fondo / **SENTENCIA** - Principio de publicidad / **DOBLE INSTANCIA** - Alcance: constituye una garantía del debido proceso / **DERECHO SUSTANCIAL** - Prevalencia: defecto procedimental por exceso ritual manifiesto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Imputado: atribuciones / **CASACIÓN** - Garantiza el derecho de impugnación de sentencias condenatorias / **CASACIÓN** - Procedencia: irregularidades sustanciales

«Una vez revisado el fundamento de la queja, en contraste con el devenir procesal y lo resuelto en la sentencia objeto de cuestionamiento, la Sala observa, de manera contraria a lo pregonado por el Delegado de la Fiscalía ante esta sede, que la irregularidad denunciada es manifiesta, y acarreó lesión a las garantías fundamentales del procesado, en concreto, a su derecho a controvertir (Constitución Política, artículos 29 y 31) las decisiones que le son adversas.

[...]

En el asunto revisado el recurso de casación no es, en estricto rigor, contra la decisión de declarar desierta la apelación, plasmada en la sentencia de segunda instancia del pasado 9 de agosto, sino contra el supuesto fáctico en el que se apoya esa decisión, con el que fue cercenado el derecho fundamente del debido proceso en relación con el acusado CG; irregularidad que, pese a ser materialmente corregida, con acierto, por el juez de conocimiento, de nuevo fue actualizada con la sentencia de segunda instancia, al declarar desierta la alzada con base en el equivocado entendimiento de lo ocurrido en la actuación. [...]

De cara a esa realidad, es palmario que el derecho de defensa, como arista autónoma e integral del debido proceso, en su expresión material máxima, esto es, el ejercicio inalienable del derecho a impugnar las decisiones desfavorables, en especial la sentencia condenatoria, fue vulnerado, pues no se garantizó en este asunto en la diligencia del 26 de abril de 2023, dado que el juez de primer nivel, pese a la objetiva evidencia de la no realización cabal de los fines de publicidad del fallo de primer grado, sin constatar que el procesado conoció en su totalidad la decisión, así como la actuación de su asistencia técnica frente a la misma, para, merced a ello, disponer de sus prerrogativas como a bien tuviera, cerró el acto, sin ningún miramiento.

[...]

Ahora bien, impera destacar que en la actuación no hay constancia acerca de cuándo o en qué momento, de manera efectiva, fue remitida al centro carcelario donde está recluso CG, la copia del fallo anunciada en la audiencia del 26 de abril de 2023. Luego del acta que, de manera parca, recoge el desarrollo de tal diligencia, aparecen: (i) las constancias de “TRASLADO A LOS RECURRENTES” —del 27 de abril al 4 de mayo; inhábiles 29 y 30 de abril y 1° de mayo— y de su remisión, vía correo electrónico —con un link de acceso al expediente— a las partes e intervinientes, entre ellas, la dirección o e-mail del penal en el que está privado de la libertad el citado procesado; (ii) el memorial de renuncia del defensor de este, allegado, el 2 de mayo siguiente; (iii) en su orden, los memoriales de sustentación de la apelación por parte de la asistencia técnica de la acusada MRR, y el que, en su propio nombre, remitió desde el centro penitenciario CG, ambos con constancia de recibido del 4 de mayo de 2023; y (iv) el memorial con el que el últimamente citado confirmó poder al abogado que hoy funge como demandante, adosado el 18 de mayo.

Frente a ese devenir, es ostensible que el enjuiciado CG, para efecto de ejercer su derecho de contradicción, ninguna oportunidad tuvo, distinta a la de aprovechar el traslado concedido a la otra procesada, cuyo defensor impugnó en tiempo; de ahí que encuentre la Sala que el juez de primer grado, tácitamente, reparó o corrigió el agravio a las garantías fundamentales del primero de los aludidos, cuando, a través de la secretaria, entendió, por lo ocurrido en la diligencia del 26 de abril de 2023, que el procesado quiso apelar oportunamente el fallo y por eso, en el respectivo oficio remisorio resaltó: “el señor MMC sustentó el recurso a nombre propio, **el cual se le da trámite** en virtud a que el día de la lectura de sentencia se ordenó correr traslado de la copia de la sentencia, debido a la falta de audio con la penitenciaría” (negritas ajenas al texto).

El señalado proceder se advierte congruente con las normas rectoras del código de procedimiento penal, de acuerdo con las cuales, tanto al juez de control de garantías como al de conocimiento, les asiste la obligación de “corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”, así como el deber de ceñir el ejercicio de su potestad a “criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

Destaca la Sala que es equivocado sostener, frente al recapitulado devenir de la presente

actuación, como lo pregonó el Delegado de la Fiscalía ante la Corte —y al parecer, así también lo entendió el Tribunal—, que como el defensor de CG, en la audiencia del 26 de abril de 2023, expresó que no interponía recursos, entonces aquél ya estaba obligado a plegarse a la voluntad de su mandatario, con sujeción a la previsión contenida en el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, según la cual “...de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado, prevalecen las de aquella”, pues una tal intelección de la norma desconoce la doctrina decantada por esta Sala acerca de la “unidad de defensa” y sus efectos, traída a colación en un fallo de tutela, cuyos supuestos fácticos, son, en mucho, también semejantes a los aquí debatidos [...]

Recapitulando, la decisión de abstenerse de resolver el Tribunal la controversia propuesta por la parte con interés, está afianzada en una aprehensión, incompleta o imprecisa del devenir procesal; porque, si bien es cierto, en la oportunidad legal el profesional del derecho que representaba a CG manifestó no interponer recurso contra el fallo de primer nivel, igualmente es verdad, que aun cuando el procesado estuvo “presente” por conexión virtual, minutos antes de que el juez terminara de leer el fallo, quedó sin recepción de audio y retorno de voz, por lo que no se enteró de la decisión de su defensor de confianza de no interponer apelación, ni recibió los requerimientos del fallador en el sentido de correrle traslado para ejercer su derecho material de contradicción de la sentencia, que por primera vez lo condenó por la hipótesis punible atribuida.

Lo anterior se traduce en que el procesado no pudo ejercer por sí mismo la prerrogativa superior de contradicción de la primera sentencia condenatoria, debido a los problemas técnicos de conectividad evidenciados; y tan consciente de ello fue el juez de primer grado que, en la misma diligencia, ordenó remitir copia del fallo al penal donde se encontraba recluso el procesado, para su conocimiento, y como quiera que en el término de traslado para sustentar la apelación interpuesta por la defensa de la coprocesada MRR, aquel allegó el escrito en el que expresó su inconformidad con la sentencia, al remitirse el expediente al Tribunal, corrigió la irregularidad destacada.

Empero, el Tribunal de Yopal privilegiando el simple hecho de la presencia virtual del procesado en la audiencia de lectura del fallo, sumado a la manifestación de su defensor de entonces, en el sentido de no interponer recursos, concluyó, equivocadamente, que el sujeto pasivo de la acción penal “extemporáneamente” había ejercido su derecho

de contradicción, rigorismo formal, con prescindencia de la realidad procesal, con el que el juez plural olvidó que “...si bien las normas procesales han sido instituidas para garantizar el derecho al debido proceso, no pueden convertirse en un límite infranqueable para la consecución del derecho subjetivo en discusión. Por expresa disposición constitucional y legal, el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal es una norma rectora de la ley procesal, y de obligatoria observancia para las autoridades judiciales. De manera que, cuando un juez

adopta una decisión que desconoce el citado principio, viola el derecho fundamental al debido proceso de la parte”.

En otras palabras, el Tribunal “...convirtió las formas en obstáculo y no en instrumento para la satisfacción de derechos sustantivos, y con ello incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto que lesionó las garantías fundamentales” de la parte aquí demandante».

Inicio

12. DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: prescripción, reglas jurisprudenciales / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, en los asuntos en los que la Sala de Casación Penal debe resolver el recurso de impugnación especial contra la primera condena, proferida en el trámite del recurso extraordinario de Casación / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, también cuando el fallo es susceptible del recurso de impugnación especial / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, reglas jurisprudenciales / **DEBIDO PROCESO** - No se vulnera: por establecer que el término para sustentar la impugnación especial es igual al término del recurso de apelación

La Corte Suprema de Justicia decidió los recursos de impugnación especial interpuestos por BAC y su apoderado en contra de la sentencia SP4624-2020 de 11 de noviembre de 2020, mediante la cual, la Sala de Casación Penal, revocó la providencia absolutoria emitida por el Tribunal Superior de Pereira que confirmó la providencia de primera instancia del Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma sede, y en su lugar, condenó al procesado, por primera vez, como autor del delito de acceso carnal violento.

La Sala confirmó la sentencia SP4624-2020, al encontrar demostrado, más allá de toda duda razonable, que BAC es penalmente responsable a título de autor de la conducta mencionada.

En esta ocasión, la Corte recordó que, el enfoque de género es un mandato constitucional y legal para los funcionarios judiciales de no fundamentar sus razonamientos probatorios en falsas premisas o reglas de la experiencia cargadas de prejuicios machistas y contrarios a

la igualdad y a la libre autodeterminación de la mujer.

De otra parte, al estudiar la prescripción de la acción penal del delito de acceso carnal violento en materia de impugnación especial, la Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia y como intérprete autorizado y máximo tribunal en materia penal, estableció que la prescripción de la acción penal se suspende por 5 años luego de proferida la primera sentencia condenatoria en sede de casación, cuando se interpone el recurso de impugnación especial en asuntos regidos por la Ley 906 de 2004.

Al respecto, argumentó que, el término de 5 años constituye un tiempo razonable y suficiente para resolver el recurso de impugnación especial interpuesto contra la primera sentencia condenatoria proferida en sede de casación, en consonancia con el Acto Legislativo No. 01 de 2018 y el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, con el fin de evitar la prescripción de aquellas decisiones que están llamadas a ser resueltas por vía de impugnación especial y ante la ausencia de desarrollo legal en la materia.

Aunado a ello, indicó que, los plazos para interponer el recurso extraordinario de casación se encuentran consagrados en el artículo 183 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004, mientras que, jurisprudencialmente, se encuentra definido que, los términos de la impugnación especial son aquellos previstos en el artículo 179 del mismo estatuto procesal para interponer el recurso de apelación.

SP126-2024(61317) de 07/02/2024

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 26 de octubre de 2012, JALV tenía 19 años de edad y había terminado sus estudios de bachillerato en el colegio ED de la ciudad de Pereira, donde residía. Además, por esa época había puesto fin a la relación sentimental que por cerca de ocho meses sostuvo con BAC, quien era profesor de esa institución y fue su docente de sistemas.
2. Alrededor del medio día de la fecha mencionada, JALV acudió a las instalaciones del colegio para encontrarse con BAC, con el fin de entregarle una suma de dinero correspondiente a un excedente de una beca que él le había ayudado a conseguir y para que él le expidiera un aval relacionado con ese beneficio académico.
3. Ambos se encontraron en el salón de sistemas. Luego de que JALV le entregó lo convenido a BAC, ella intentó abandonar el recinto, pero él la tomó por la fuerza, la besó contra su voluntad y le reclamó por haber terminado su relación. A continuación, la arrastró hacia un escritorio, se puso un condón y la penetró por la vía vaginal. Luego la forzó a realizarle sexo oral.
4. Adicionalmente, durante la agresión sexual, BAC le ocasionó a la víctima varias heridas corporales, entre ellas, hematomas y mordeduras en el cuello y la cabeza. Estas lesiones le generaron una incapacidad médico legal de 14 días.
5. El 30 de abril de 2016 el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira profirió sentencia absolutoria a favor de BAC, decisión que fue apelada por la representante de la víctima, la Fiscalía y el Ministerio Público.
6. El 24 de mayo de 2018, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó la sentencia de primera instancia. La Fiscalía y la representante de la víctima interpusieron demandas de casación.
7. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia SP4624-2020 casó la sentencia de segunda instancia, y en su lugar condenó a BAC, como autor del delito de acceso carnal violento y le impuso las penas de 13 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.
8. Contra esta decisión, BAC y su apoderado interpusieron los recursos de impugnación especial, de los cuales se corrió traslado a los no recurrentes.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: la Sala extiende los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional, a todas las personas sin fuero constitucional, condenadas por primera vez desde el 30 de enero de 2014, por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia o en el marco del recurso extraordinario de casación / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: reglas de acceso al recurso, todas las sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado en la sentencia SU-146 de 2020, se encuentran en firme, y el ejercicio de la garantía no reactiva la contabilización del término de prescripción / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: prescripción, no se da en los asuntos en los que la Sala de Casación Penal debe resolver los recursos de impugnación especial presentados en contra de las primeras sentencias condenatorias que se encuentran ejecutoriadas y que fueron dictadas en sede de casación y segunda instancia por esta Corporación y los Tribunales Superiores de Distrito o el Tribunal Militar entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018 / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: prescripción, reglas jurisprudenciales / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, en los asuntos en los que la Sala de Casación Penal debe resolver el recurso de impugnación especial contra la primera condena, entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018 / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, en los asuntos en los que la Sala de Casación Penal debe resolver el recurso de impugnación especial contra la primera condena, luego de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, en los asuntos en los que la Sala de Casación Penal debe resolver el recurso de impugnación especial contra la primera condena, proferida en el trámite del recurso extraordinario de Casación / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, también cuando el fallo es susceptible del recurso de impugnación especial / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, reglas jurisprudenciales / **PRESCRIPCIÓN** - Término a tener en cuenta: recurso de impugnación especial

«Hasta el momento, la Sala se ha ocupado de dos grupos de casos en materia de prescripción de la acción penal en desarrollo de la garantía de la doble conformidad. El primero concierne a las personas con fuero constitucional o sin él que fueron condenadas por primera vez por la Corte

Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, día anterior a cuando empezó a regir el Acto Legislativo 01 de 2018; y el segundo respecto a los sentenciados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en asuntos regidos por la Ley 906 de 2004, luego de la entrada en vigencia del acto legislativo.

Frente al primer grupo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-146 del 21 de mayo de 2020 determinó que la garantía de la doble conformidad reconocida en la providencia C-792 de 2014 era exigible en el ordenamiento jurídico colombiano para los sentenciados en única instancia desde el 30 de enero de 2014, fecha en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, dictaminó que ese Estado le violó al demandante, ex ministro de ese país condenado en única instancia por la Corte Suprema de Surinam, el derecho a impugnar ante un superior funcional la primera condena dictada en su contra.

Posteriormente, con apoyo en el derecho a la igualdad y para evitar favorecimientos judiciales a alguien en particular o a una parte privilegiada de ciudadanos, la Sala de Casación Penal, mediante el auto AP 2118-2020 del 3 de septiembre de 2020 dentro del radicado 34017, extendió los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional a todas las personas sin fuero constitucional que resultaron condenadas desde el 30 de enero de 2014 por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia o en el marco del recurso extraordinario de casación y por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar.

Para todos estos casos, “ante la falta de un dictado jurisprudencial o de una norma legal que regule el fenómeno en su integridad” se establecieron requisitos puntuales para la presentación del recurso de impugnación especial, dentro de los que se encontraba la extensión de una petición expresa de interposición del recurso en el término de 6 meses, contados a partir del 21 de mayo de 2020 fecha de emisión de la sentencia SU-146 de 2020, los que vencieron el 20 de noviembre de 2020. Si no se realizó la solicitud dentro de ese lapso, “se entiende que el ciudadano condenado declina el ejercicio del derecho”.

También se puntualizó que las sentencias condenatorias emitidas en las actuaciones penales descritas se encontraban en firme, y, por lo tanto, **“no se reactiva la contabilización del término de prescripción de la acción penal. Y**

tampoco, como consecuencia de impugnar, se produce la libertad de quien se encuentra privado de ella.” (Negrillas fuera del texto).

En conclusión, no hay lugar a la prescripción de la acción penal en los asuntos en los que la Sala de Casación Penal debe resolver los recursos de impugnación especial presentados en contra de las primeras sentencias condenatorias que se encuentran ejecutoriadas y que fueron dictadas en sede de casación y segunda instancia por esta Corporación y los Tribunales Superiores de Distrito o el Tribunal Militar entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, por cuanto el recurso de impugnación especial no existía dentro de estos procesos penales mientras fueron adelantados. Además, las providencias que le pusieron fin a estos asuntos adquirieron firmeza, conforme a las normas vigentes para el momento de su proferimiento.

El segundo grupo de casos, respecto al cual la Sala de Casación Penal se ha pronunciado sobre la prescripción de la acción penal, corresponde a los asuntos en los cuales los Tribunales Superiores de Distrito emiten una condena por primera vez en segunda instancia en asuntos regidos por la Ley 906 de 2004, luego de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018.

En estos asuntos, la impugnación especial constituye un recurso que se encuentra a disposición de los sentenciados en segunda instancia dentro del proceso penal, y, en consecuencia, la prescripción de la acción penal es aplicable.

Para estas situaciones, la Sala estableció en el auto AP1942-2021 del 19 de mayo de 2021 dentro del radicado 58403, que al dictarse sentencia de segunda instancia en procesos regidos por la Ley 906 de 2004 se suspende el término de prescripción penal por 5 años, conforme al artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, pues si bien este artículo hace parte de la regulación de la casación, también es aplicable a la impugnación especial.

[...]

En conclusión, por vía jurisprudencial se estableció que la prescripción de la acción penal se suspende por 5 años, para resolver la impugnación especial contra la primera sentencia condenatoria emitida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en asuntos tramitados bajo la Ley 906 de 2004.

Resuelto lo anterior, se encuentra que hasta el momento esta Corporación no ha analizado si se interrumpe el término de prescripción de la

acción penal para los asuntos, como el presente, en el que luego de surtidas la primera y la segunda instancia, la Sala de Casación Penal en sede de casación emite una sentencia condenatoria por primera vez y contra esta providencia se interpone el recurso de impugnación especial.

La Sala en su función de unificación de la jurisprudencia y como intérprete autorizado y máximo tribunal en materia penal, considera que la prescripción de la acción penal se suspende por 5 años luego de proferida la primera sentencia condenatoria en sede de casación, cuando se interpone el recurso de impugnación especial en asuntos regidos por la Ley 906 de 2004, por las siguientes razones:

En primer lugar, es claro que, ante la falta de regulación legal sobre los términos, requisitos y el conteo del tiempo de prescripción de la impugnación especial, es necesario que éstos sean determinados a través de la jurisprudencia.

En segundo lugar, el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, aplicable en materia de casación, establece que el término de prescripción se suspende por 5 años desde que se profiere la sentencia de segunda instancia.

Esta Corporación ha señalado que, el legislador consagró la suspensión de la prescripción, con el fin de impedir que por virtud del trámite de casación la acción penal se extinguiera y, en consecuencia, se generara la correspondiente impunidad. Sin embargo, cuando fue proferida esta norma, no se previó que en el término de 5 años además de resolver el recurso de casación, la Sala tuviera también que adelantar los trámites, realizar los traslados y estudiar un mecanismo judicial adicional presentado contra la sentencia de casación.

En tercer lugar, resultaría absurdo que garantizar el derecho a la doble conformidad comportara una contribución a la impunidad que estructuralmente se quiso evitar en la Ley 906 de 2004, a lo cual indefectiblemente se llegaría si no se permite que la Corte tenga el tiempo suficiente para resolver el recurso de impugnación, luego de que emite en sede de casación la primera sentencia condenatoria.

En cuarto lugar, la prescripción no solamente es un derecho del procesado sino también es una sanción al Estado por su inactividad, que opera cuando los funcionarios encargados del ejercicio de la acción penal dejan vencer el plazo señalado por el Legislador para el efecto sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal.

Sin embargo, en casos como el presente, es irrefutable que las autoridades encargadas de la investigación y el juzgamiento del delito no han sido negligentes ni han omitido adelantar las acciones requeridas para determinar la responsabilidad del posible infractor. Simplemente, las autoridades judiciales deben resolver un recurso adicional no contemplado en la Ley 906 de 2004 al momento en que se profirió esta norma. Por tal motivo, nada justificaría que se les castigue con el decaimiento del poder sancionatorio.

En quinto lugar, la no configuración de un término razonable de la suspensión de la prescripción de la acción penal que permita resolver la impugnación especial resultaría contrario a la comprensión lógica y transversal de un sistema procesal penal como el nuestro, que busca ponderar de un lado el derecho del imputado a que su situación se defina en un término razonable y de otro lado, el derecho de las víctimas y la sociedad a que se haga justicia, si la consagración de una garantía procesal en beneficio del primero (la doble conformidad) se diseña o interpreta en una manera tal que ocasione, por permitir o facilitar que una buena parte de casos prescriban, una afectación significativa a los segundos.

Es claro, que el recurso de impugnación especial fue creado en beneficio de los condenados por primera vez por los jueces penales, para que tuvieran la oportunidad de que su sentencia sea revisada por un superior jerárquico, y de esta forma satisfacer el derecho a la doble conformidad. No obstante, para materializar esta garantía los funcionarios judiciales deben contar con el tiempo suficiente y razonable para resolver el recurso.

En ese sentido, resulta contrario al espíritu de la garantía de la doble conformidad que la Sala de Casación Penal deba resolver los recursos de casación y de impugnación especial dentro del término de 5 años estipulado inicialmente para el primero, so pena de declarar la prescripción de la acción penal, y con ello generar impunidad y la afectación de los derechos de las víctimas y la sociedad.

Finalmente, el término de 5 años también se considera adecuado, en la medida en que es el tiempo que, por ejemplo, el Legislador ha considerado razonable para que la Corte pueda decidir el recurso de casación. En este caso, no se trata de un recurso técnico, pero que igualmente supone una revisión amplia de toda la evidencia. Por lo tanto, el mismo margen, desde el punto de vista de la razonabilidad del

plazo, es conveniente para la resolución de la impugnación especial.

Por todo lo anterior, considera la Sala que el término de 5 años constituye un tiempo razonable y suficiente para resolver el recurso de impugnación especial interpuesto contra la primera sentencia condenatoria proferida en sede de casación, en consonancia con el Acto Legislativo No. 01 de 2018 y el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, con el fin de evitar la prescripción de aquellas decisiones que están llamadas a ser resueltas por vía de impugnación especial y ante la ausencia de desarrollo legal en la materia»

PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, en los asuntos en los que la Sala de Casación Penal debe resolver el recurso de impugnación especial contra la primera condena, proferida en el trámite del recurso extraordinario de Casación / **PRESCRIPCIÓN** - Término a tener en cuenta: recurso de impugnación especial / **PRESCRIPCIÓN** - Acceso carnal violento / **PRESCRIPCIÓN** - No se configura

«A juicio del defensor, desde el 24 de mayo de 2018 hasta la actualidad, el expediente ha permanecido durante más de 5 años en la Sala de Casación Penal, lo que derivaría en la declaración de la prescripción de la acción penal y la libertad del procesado.

No obstante, omite el impugnante que, efectivamente los recursos extraordinarios de casación interpuestos contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal de Distrito fueron resueltos por esta Corte en la sentencia SP4624-2020 del 11 de noviembre de 2020, antes de que se cumpliera el término de 5 años.

Ahora bien, con el criterio aclarado en esta decisión, la Sala cuenta con 5 años desde el proferimiento de la primera sentencia condenatoria en contra del acusado el 11 de noviembre de 2020 para resolver los recursos de impugnación interpuestos por el defensor y su prohijado. Tiempo que aún no se ha cumplido.

Con esta determinación, se satisface de un lado, la garantía de la doble conformidad de ACA para que su impugnación sea estudiada y de otro lado, se evita la impunidad derivada de la prescripción, con el fin de proteger los derechos de las víctimas y de la sociedad»

DEBIDO PROCESO - No se vulnera: por establecer que el termino para sustentar la impugnación especial es igual al término del recurso de apelación

«No existió vulneración a los derechos del procesado, al no otorgarle los mismos términos para interponer la impugnación especial frente a los tiempos que tuvieron quienes recurrieron en casación la sentencia absolutoria. Lo anterior, en virtud de que se trata de dos recursos independientes que tienen términos diferentes para su sustentación y trámite.

Los plazos para interponer el recurso extraordinario de casación se encuentran consagrados en el artículo 183 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004, mientras que esta Sala jurisprudencialmente definió que, los términos de la impugnación especial son aquellos previstos en el artículo 179 del mismo estatuto procesal para interponer el recurso de apelación.

Efectivamente, estos tiempos varían para cada uno de estos recursos. Sin embargo, esto por sí solo no constituye irregularidad alguna, dada la naturaleza jurídica distinta de ambos mecanismos judiciales y que en todo caso las partes tuvieron la oportunidad de controvertir la sentencia con la que no estaban de acuerdo. Así, tanto el defensor como el procesado interpusieron y sustentaron oportunamente los recursos de impugnación especial que son objeto de estudio»

DEFENSA MATERIAL - No se vulnera / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de lealtad procesal y buena fe: se vulnera / **NULIDAD** - Indebida notificación: no se configura

«No constituyó irregularidad alguna, el hecho de que el implicado no haya sido notificado personalmente de la condena en su contra, debido a un error en su dirección de notificaciones. Por cuanto, desde el inicio del juicio oral el procesado suministró sus datos de contacto y en caso de que existiera algún error en las comunicaciones, durante la actuación no lo corrigió, aún más siendo abogado. Con lo anterior la parte defensiva afectó el principio de buena fe y lealtad procesal y además pretende ahora con su alegato en este estado procesal aprovecharse indebidamente de su propia culpa.

El sentenciado no estuvo incomunicado dentro de la actuación porque le otorgó poder a un abogado de confianza, con quien se agotaron los actos de publicidad, con lo cual se garantizó su derecho a ejercer su defensa material.

Además, AC conoció oportunamente la existencia de la sentencia condenatoria e interpuso por sí mismo el recurso de impugnación especial contra ésta»

NO RECURRENTES - Intervención en casación: el procesado puede oponerse a las pretensiones

del recurso por medio de su abogado / **NULIDAD**
- Debido proceso: no se configura, por no haber advertido al sentenciado, como no recurrente, la posibilidad de oponerse a los argumentos del recurso interpuesto

«[...] no resultó irregular que no se le haya advertido al sentenciado como no recurrente la posibilidad de refutar y oponerse a los argumentos de los recursos de casación interpuestos en contra de la sentencia absolutoria del Tribunal. Por cuanto, conforme a las normas relativas a la casación en la Ley 906 de 2004, el procesado puede oponerse a las pretensiones del recurso extraordinario por medio de su abogado bajo el derecho de postulación, como en efecto ocurrió, puesto que su defensor presentó un escrito como no recurrente frente a los argumentos expuestos por los casacionistas en sus demandas»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Estipulaciones probatorias: no puede versar sobre prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**
- Estipulaciones probatorias: exclusión

«[...] la Sala considera que le asiste razón a BAC y a su defensor, en el sentido de que las entrevistas rendidas por YMM y JYMP fueron incorporadas irregularmente a la actuación a través de una estipulación probatoria que fue avalada equivocadamente por el juez de primera instancia. No obstante, la consecuencia jurídica es su exclusión y no la anulación del juicio como lo pretende el apoderado del acusado.

En efecto, la estipulación probatoria acordada entre la fiscal y la defensa durante el juicio incumplió con los requisitos decantados por esta Sala para su admisión, toda vez que no versó sobre hechos sino pruebas. Esta situación, también conllevó a que el acuerdo probatorio no fuera claro, por cuanto, al estipular estos medios de prueba, no hubo certeza si el convenio se refirió al contenido de las entrevistas o a los hechos narrados allí.

Adicionalmente, el acuerdo probatorio no exonera a la parte interesada de agotar el trámite para la admisión de la prueba de referencia. Así, la Fiscalía no agotó dicho procedimiento, pues no solicitó la incorporación de esas declaraciones a título de prueba de referencia, no fue argumentada su pertinencia y no se enunció y demostró la causal excepcional de admisibilidad del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, máxime si se tiene en cuenta que en la audiencia preparatoria optó por presentar a YMM y JYMP como testigos en el juicio oral.

Por consiguiente, las declaraciones previas de MM y MP no podían ser valoradas dentro de la

actuación. Esta decisión, se hace extensiva a la entrevista rendida por MCRR el 15 de julio de 2014, por las mismas razones esbozadas anteriormente. En consecuencia, estos medios de prueba no serán tenidos en cuenta para estudiar la responsabilidad del acusado en la presente sentencia.

Finalmente, como en este caso la estipulación probatoria analizada no constituyó un acuerdo que comprometiera la responsabilidad del acusado en el delito de acceso carnal violento y con lo cual se le impidiera ejercer su derecho a la defensa, no hay lugar a declarar la nulidad del proceso desde el juicio oral, tal como lo pretendió el abogado defensor»

TESTIMONIO - Víctima de delito sexual: apreciación probatoria, en conjunto con los demás elementos de prueba / **TESTIMONIO** - Corroboración de la prueba testimonial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: de corroboración periférica, dictamen pericial y testimonio del perito / **PRUEBA PERICIAL** - Registro fotográfico: apreciación / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Demostración

«Al contrastar lo manifestado por LV con lo declarado por su madre GEVC dentro del juicio y el examen médico legal que le fue practicado el día de los hechos, la Sala concluye que, la víctima fue consistente en señalar las razones por las cuales el 26 de octubre de 2012 acudió al colegio [...] a encontrarse con BAC y al narrar los detalles de la agresión sexual de la que fue víctima por parte del acusado.

Ahora bien, como se determinó en el apartado anterior, las entrevistas de YMM y JYMP no fueron introducidas adecuadamente al expediente, y en consecuencia no podían ser valoradas. Sin embargo, su exclusión no afecta la providencia condenatoria proferida en contra del acusado.

Lo anterior, por cuanto en la sentencia SP4624-2020 del 11 de noviembre de 2020, estas declaraciones fueron tenidas en cuenta para corroborar que JALV el día de los hechos presentó mordeduras y moretones en su cuerpo producto de la violación y que, tras la salida del colegio, la víctima junto con uno de sus amigos se dirigió a la casa de la perjudicada y a continuación llamaron a su madre. Sin embargo, estas circunstancias, como se expuso en párrafos precedentes, también fueron corroboradas por el testimonio de la madre de LV y el dictamen médico legal practicado a la afectada el día de los hechos.

En tercer lugar, la prueba de corroboración periférica allegada al plenario otorga datos

secundarios que hacen más probable que JALV sufrió el asalto sexual.

Así, con los testimonios de LV, su madre GEVC y BAC se probó que efectivamente entre la víctima y el acusado existió una relación sentimental durante 8 meses y que éste le ayudó a conseguir una beca para que ella realizara estudios universitarios, la cual consistía en el apoyo mensual de dinero. Con esto, resulta creíble que sí había razón para que ambos se encontraran el día de los hechos en el colegio [...], con el fin de que la afectada le entregara al docente el excedente de un dinero que le había sido consignado y éste le diera el aval del beneficio académico.

Igualmente, con el testimonio de GEVC se probó que el día de los hechos su hija sufrió afectaciones físicas y emocionales, pues cuando ella llegó a su vivienda encontró a JA con moretones y mordeduras y además ella “estaba baja de ánimo” y “no hacía sino llorar”.

En igual sentido, el médico forense JFGV declaró en el juicio oral que al momento de la valoración JALV estaba “ansiosa y angustiada”.

También, se verificó que, la víctima y su agresor sí pudieron estar a solas al momento en el que se cometió la conducta. En efecto, fue estipulado por las partes que el 26 de octubre de 2012 las labores académicas se adelantaron solamente entre las 6:30 y 9:30 de la mañana porque los profesores tenían permiso para participar en unos comicios del sindicato de docentes de Risaralda que se celebraron ese día.

Por tal razón, al momento de los hechos, la víctima y su agresor pudieron estar a solas en el salón de informática del colegio [...], dada la situación de anormalidad académica.

Asimismo, los álbumes fotográficos incorporados por las partes indicaron claramente que las instalaciones del colegio [...] eran amplias. Por tal razón, era plausible que un día en el que no había estudiantes en el claustro y la mayoría de los profesores se encontraba en las votaciones que se desarrollaban en otra institución, AC y LV se encontraran solos en el salón de informática del colegio.

Entonces, los elementos de corroboración periférica reseñados anteriormente complementan la versión de JALV y conducen al convencimiento, más allá de toda duda, sobre la existencia de la agresión sexual que ella sufrió por parte de su antigua pareja sentimental BAC en el salón de informática del colegio [...]

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: evento en que hay ánimo protector con el procesado /

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: contradicciones, evento en que son trascendentes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hipótesis alternativas plausibles: no se demostraron

«Tal como se consignó en la sentencia condenatoria que ahora se controvierte, estas tesis defensivas no alcanzan a constituir una duda razonable que permita declarar la absolución en favor de BAC, por los hechos por los que fue acusado.

En efecto la supuesta orden dada por la rectora MCRR, consistente en que JALV tenía prohibida la entrada al colegio [...] fue sustentada con la entrevista rendida por RR ante la Policía Judicial el 15 de julio de 2014 y el testimonio del vigilante de la institución educativa, JMOC.

Sin embargo, como se explicó en el acápite anterior, la declaración por fuera del juicio oral de RR no puede ser valorada porque fue introducida irregularmente al plenario como prueba de referencia, a través de una estipulación probatoria irregular.

Adicionalmente, el testimonio del guarda de seguridad del colegio, JMOC, carece de total credibilidad. Por cuanto, en su declaración se reveló un ánimo de favorecer al procesado, al parecer en razón de su relación de amistad con él y su declaración tiene graves contradicciones con lo narrado por el también testigo de la defensa CAZZ.

Así, JMOC declaró en el juicio oral que tenía una relación de amistad con BAC. También, refirió que para el 26 de octubre de 2012 se desempeñaba como vigilante del colegio [...], el cual tenía solamente una puerta para entrar y salir y él era el único que tenía las llaves de la misma. Agregó que, por orden de la rectora, en la institución educativa le estaba prohibida la entrada a LV.

Además, manifestó reiteradamente que el día de los hechos él estaba de turno y cuando los profesores se fueron a los comicios, en el colegio únicamente permanecieron él y la aseo. Explícitamente declaró: “Ese día todo el mundo se fue de nueve a nueve y media porque tenía una votación en secretaría de educación y yo solamente quedé con la aseo y mi persona nada más.”

Lo dicho por OC fue notoriamente contradicho por el testigo de la defensa CAZZ, quien afirmó que el 26 de octubre de 2012 se desempeñaba como coordinador general y administrativo de la institución educativa.

Señaló que, ese día se celebraron las elecciones de los docentes para la mesa directiva del sindicato y como a él le correspondió votar en la jornada de la tarde, estuvo en el colegio [...] desde las seis y media de la mañana hasta la una de la tarde. Indicó que, estuvo casi todo el tiempo junto con la rectora MCRR en la oficina de la rectoría, atendiendo asuntos de la marcha del claustro educativo, entre estos, la elaboración del himno de la institución.

Agregó, que ese día también tuvo que atender a los funcionarios de la empresa de alarmas Diesel que fueron a reparar unos daños en el colegio, quienes permanecieron allí entre 20 y 30 minutos. Asimismo, reseñó que en el lugar también permanecieron el celador, la aseo y los maestros que no pertenecían al sindicato, los cuales eran muy pocos.

Por último, el docente ZZ aseveró que en el momento en el que salió del colegio [...] a la una de la tarde, el vigilante “M” estaba de turno y lo observó.

De lo reseñado anteriormente, la Sala encuentra que JMOC incurrió en profundas contradicciones con el también testigo de la defensa CAZZ, las cuales le restan credibilidad a su dicho y revelan su intención de favorecer al procesado. Además, del testimonio del docente se concluye que el día de los hechos OC y la aseo no eran las únicas personas que se encontraban en la institución educativa.

De otro lado, con el testimonio de DAAG la defensa intentó demostrar que AC al momento de la comisión de la conducta punible se encontraba en el colegio [...] en los comicios del sindicato de docentes.

No obstante, el declarante manifestó que estuvo con el acusado durante las votaciones entre las 9 y 45 de la mañana hasta que se despidieron antes de las 12 del mediodía, más precisamente a las “11 y 40” de la mañana. Igualmente, aseguró que el colegio [...] se encuentra muy cerca del claustro [...] y para llegar allá, en transporte, puede tomar entre 5 y 10 minutos.

Conforme a lo anterior, contrario a lo afirmado por la defensa, no resulta incompatible que AC haya participado en las votaciones en el colegio [...] y haya llegado al [...] al mediodía, momento en que ocurrieron los hechos aquí investigados, dada la cercanía entre ambas instituciones educativas.

Las pruebas recaudadas también explicaron por qué el asalto sexual no fue percibido por otras personas, toda vez que la agresión tuvo lugar dentro del salón de informática, momento en el cual se encontraban pocas personas en el colegio,

pues a las 9:30 de la mañana habían acabado las clases.

Además, el testigo de la defensa CAZZ refirió que, si bien estuvo en el colegio hasta la una de la tarde, tuvo que permanecer en la rectoría casi todo el tiempo, y afirmó “yo estaba muy ocupado, yo no tenía lugar para atender asuntos diferentes a los que me había asignado la rectora”. Entonces, debido a sus ocupaciones, es claro que este testigo no advirtió la comisión de la conducta punible dentro de la institución educativa.

Por otro lado, los otros testigos de la defensa DAAG y LTFG no se encontraban en el colegio [...] al momento de los hechos y como se expuso anteriormente, la declaración de JMOC carece de credibilidad. Lo cual, deja sin sustento probatorio esta tesis de la defensa.

Finalmente, la declaración de la entonces pareja sentimental del procesado, LTFG, el testimonio de AC y la queja en la Policía que FG interpuso en contra de JALV indicaron que la víctima tuvo problemas con la novia del acusado porque él había tenido una relación paralela con ellas. Sin embargo, esto no demuestra indefectiblemente que la afectada denunció falsamente al procesado, producto de sus celos y porque dejó de proveerle ayuda económica.

Esto llevaría a pensar equivocadamente que las mujeres cuando se encuentran “despechadas” o dejan de recibir ayudas dinerarias siempre o casi siempre denuncian falsamente a quienes les han causado esas aflicciones sentimentales o les retiran su colaboración económica. Además, tal razonamiento desconoce todo el material probatorio que indica claramente que la conducta de acceso carnal violento existió y que el responsable por su comisión es BAC»

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato positivo, verificar y confrontar el contenido de las pruebas practicadas en juicio a partir del enfoque de género

«[...] vale la pena aclarar que, en contraste con lo afirmado por el procesado en su recurso, el enfoque de género no constituye un análisis superficial o menos estricto de la prueba para proferir condena, ni que el testimonio de las víctimas mujeres se debe acoger sin mayores análisis. En cambio, este es un mandato constitucional y legal para los funcionarios judiciales de no fundamentar sus razonamientos probatorios en falsas premisas o reglas de la experiencia cargadas de prejuicios machistas y contrarios a la igualdad y a la libre autodeterminación de la mujer, tal como ocurrió

en la sentencia del 24 de mayo de 2018 proferida por el Tribunal Superior de Pereira».

Inicio

13. ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO - Aplicación: también a municipios / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Certificado de disponibilidad presupuestal: todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deben tenerlo, antes de la afectación / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Certificado de disponibilidad presupuestal: todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deben tenerlo, también acreencias contractuales / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Exigencia de disponibilidad: es un requisito predicable para la ejecución de toda partida presupuestal de naturaleza pública / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN** - Presupuesto de gastos: composición, gastos de funcionamiento, honorarios de concejales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), por disponer de recursos sin estar asignados en el presupuesto anual y no tener certificado de disponibilidad presupuestal

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió la impugnación especial presentada por la defensa de CAPG y AEM contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que los condenó por primera vez como coautores del delito de prevaricato por acción.

La Corte confirmó la Sentencia impugnada, al hallar demostrado, más allá de toda duda razonable, que los procesados profirieron las resoluciones 074 a 108 del 8 de marzo de 2012, para reconocer en favor de 35 concejales y exconcejales, el pago de honorarios por la suma de \$7.200'000.000, por reajuste de los periodos 2001 a 2009, con manifiesto desconocimiento de la ley; específicamente, de la obligación de contar con el certificado de disponibilidad presupuestal para expedir actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, incluso de naturaleza contractual.

SP157-2024(61539) de 07/02/2024

Magistrado Ponente:
Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 8 de marzo de 2012 CAPG y AEMQ, en su condición de concejales del Distrito de Cartagena, designados además como Presidente Ad-hoc y Segundo Vicepresidente, respectivamente, suscribieron 35 resoluciones, en las que, sin contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, reconocieron a favor de concejales y exconcejales de esa Corporación, el derecho a la reliquidación de los honorarios derivados de su participación en las sesiones llevadas a cabo en el periodo comprendido entre el 2001 y 2009, cuyo gasto ascendió a la suma aproximada de siete mil doscientos millones de pesos (\$7.200'000.000).
2. Consecuencialmente, ordenaron el pago de los porcentajes avalados a cada uno de los beneficiarios, con cargo a la vigencia fiscal de 2012, a pesar de que esta, de acuerdo con las apropiaciones fijadas en su presupuesto, no incluía la partida que respaldara su cumplimiento.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO - Aplicación: también a municipios / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Ordenación del gasto: concepto / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Certificado de disponibilidad presupuestal: naturaleza / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Certificado de disponibilidad presupuestal: fines / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Certificado de disponibilidad presupuestal: concepto / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Certificado de disponibilidad presupuestal: todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deben tenerlo, antes de la afectación / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Certificado de disponibilidad presupuestal: todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deben tenerlo, también acreencias contractuales / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Exigencia de disponibilidad: es un requisito predicable para la ejecución de toda partida presupuestal de naturaleza pública / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Principios: legalidad del gasto público, se vulnera / **PRESUPUESTO**

GENERAL DE LA NACIÓN - Presupuesto de gastos: concepto / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN** - Presupuesto de gastos: composición, gastos de funcionamiento, honorarios de concejales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), por disponer de recursos sin estar asignados en el presupuesto anual y no tener certificado de disponibilidad presupuestal

«[...] la Sala considera que las 35 resoluciones proferidas el 8 de marzo de 2012, por parte de los procesados CAPG y AEMQ son manifiestamente contrarias a la ley. De manera que, desde ya anuncia la Sala confirmará la condena por prevaricato por acción.

En efecto, aunque los recurrentes aseguran que la conducta es atípica, lo cierto es que los procesados desconocieron el ordenamiento jurídico de forma arbitraria, la aplicación de las disposiciones de orden constitucional y legal, particularmente, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, específicamente, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, que prevé la exigencia del certificado de disponibilidad presupuestal al momento de dirimir las solicitudes de reliquidación de honorarios elevadas por los cabildantes, como pasa a verse:

Lo primero a considerar, con respecto a la tipicidad objetiva para el delito de prevaricato por acción, es la condición de servidores públicos que ostentaban los procesados CAPG y AEMQ. Para ello, quedó debidamente acreditado que estos fueron elegidos integrantes del Concejo Distrital de Cartagena, para el período del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015 y en sesión ordinaria del 2 de enero de 2012 rindieron juramento frente al cumplimiento de sus deberes en el cargo a desempeñar, de manera que la Corporación los posesionó.

A lo anterior, se agrega que los acusados fungieron como Presidente Ad hoc y Segundo Vicepresidente, respectivamente, de la comisión accidental que el Concejo Distrital conformó el 4 de febrero de 2012 para, exclusivamente, resolver las 35 solicitudes de reliquidación de honorarios elevadas por concejales y exconcejales.

En ese orden, es claro que los procesados reúnen la calidad especial que demanda el tipo penal, pues la Constitución Política consagra que los Concejos Distritales son corporaciones-político administrativas de carácter territorial -artículo 312-, cuyos miembros ostentan la singular categoría de servidores públicos, quienes, según el artículo 123 del mismo cuerpo sustantivo, “...están al servicio del Estado...”, además sometidos a la Norma Superior y a la ley.

Ahora, siguiendo los elementos típicos del delito, CAPG y AEMQ, efectivamente, profirieron las resoluciones 074 a 108 del 8 de marzo de 2012, mediante las cuales reconocieron el derecho al reajuste en los honorarios de los concejales, citando en cada una de las resoluciones el nombre del beneficiario, su identificación y el valor al que ascendió cada reliquidación según el periodo concreto, entre el 2001 al 2009, que se debía ajustar para el caso específico, es decir, que materializaron uno de los verbos rectores de la conducta punible.

Ahora, para establecer la concurrencia del ingrediente normativo del delito, referido a la manifiesta contrariedad de las resoluciones a la ley, es del caso comenzar por precisar lo siguiente:

El principio de unidad presupuestal, según la Corte Constitucional, implica que existe un manejo unificado de la economía en el país, bajo un solo sistema de ingresos y gastos, de manera que todos los presupuestos, sean de la Nación, los departamentos o municipios, se rigen por los mismos fines y objetivos, es por esto que la Ley Orgánica del Presupuesto se aplica, igualmente, a los municipios, en los procesos presupuestales. [...]

Vale aclarar que la Ley Orgánica del Presupuesto, así como sus reglamentos, son las únicas que regulan la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto.

En ese sentido, el artículo 109 de la Ley Orgánica del Presupuesto - Decreto Ley 111 de 1996-, señala que los entes territoriales deben seguir sus disposiciones al momento de expedir las normas orgánicas del presupuesto. Quiere decir lo anterior que el Presupuesto Municipal, al igual que el nacional, como parte del sistema presupuestal, contiene la proyección de todos los ingresos y rentas que tendrán lugar en la vigencia fiscal, al paso que autoriza los gastos y los recursos que serán ejecutables en ese periodo.

Así, en virtud del principio de especialización, cada apropiación u operación incluida en el presupuesto debe referirse a un objeto y función determinada, de manera que se ejecutan estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas. El principio de universalidad implica que el presupuesto contiene la totalidad de los gastos públicos que se esperan realizar durante la vigencia fiscal, al punto que ninguna autoridad podrá efectuar gastos, erogaciones o transferencias que no se encuentren previamente en este, y el de programación integral conlleva que se deben contemplar, simultáneamente, los

gastos de inversión y de funcionamiento necesarios para la ejecución y operación del presupuesto.

Por el influjo de los reseñados principios, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Presupuesto define las apropiaciones presupuestales o presupuesto de gastos como las “autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva”. En ese sentido, las apropiaciones del Presupuesto Municipal son las autorizaciones máximas en el presupuesto para atender las necesidades del ente territorial.

Ahora bien, los incisos 2° y 3° del artículo 312 de la Constitución Política dejan claro que los concejales municipales no tienen “la calidad de empleados públicos” y que la “ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones”. Es por ello que están sujetos a un régimen especial, regulado en la Ley 136 de 1994, en virtud del cual, poseen entre otras prerrogativas, la descrita en el artículo 65, cual es, “al reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias”.

De forma subsiguiente, la Ley 617 de 2000, indica en su artículo 3°, que los honorarios de los concejales se encuentran inmersos dentro del presupuesto, bajo las partidas de “gastos de funcionamiento” y su pago se realiza con “los ingresos corrientes de libre destinación”:

[...]

En consecuencia, comoquiera que los honorarios de los concejales corresponden a gastos de funcionamiento del municipio, estos deben estar incluidos en el presupuesto, con su respectiva apropiación presupuestal.

Ahora bien, el capítulo XI de la Ley Orgánica de Presupuesto que regula la ejecución del presupuesto, prevé en su artículo 71 la exigencia del certificado de disponibilidad presupuestal al señalar:

[...]

A su vez, el artículo 19 del Decreto 568 de 1996, que reglamenta las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, orgánicas del Presupuesto General de la Nación, define el certificado de disponibilidad presupuestal como “el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente

registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.”

Al respecto, en sentencia C-108 de 1996, la Corte Constitucional afirmó que el requisito de disponibilidad presupuestal hace parte esencial del principio constitucional de legalidad del gasto público consistente en que no se pueden efectuar erogaciones con cargo al Tesoro si no están incluidas en el presupuesto, de conformidad con lo señalado en los artículos 345, 346 y 347 de la Constitución Política, y los artículos 18 y 49 de la Ley 179 de 1994, compilados en los artículos 39 y 71 del Decreto Ley 111 de 1996, Ley Orgánica del Presupuesto. En cuanto a los fines de la disponibilidad, acotó:

Los objetivos de la disponibilidad son la protección de los recursos públicos para facilitar la realización de los fines estatales, los cuales no se podrían alcanzar si los ordenadores del gasto de las entidades públicas pudieran ejecutar sumas superiores a las disponibles, constituyéndose en una garantía para que los recursos incorporados en los presupuestos sean suficientes para atender los gastos y obligaciones contraídas por el Estado. No sería posible entonces efectuar una correcta ejecución presupuestal si no hay disponibilidad, porque sin ella se ejecutarían partidas por encima de las presupuestadas, en perjuicio de otras que no podrían efectuarse.

[...]

En esa línea, resulta relevante el artículo 110 del Decreto Ley 111 de 1996 que define las entidades u órganos habilitados para administrar el presupuesto y las facultades que tienen frente al mismo:

«(...). **Los órganos** que son una sección en el presupuesto general de la Nación, **tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección**, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes. (...)** **En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades** las superintendencias, unidades administrativas

especiales, las entidades territoriales, asambleas y **concejos**, las contralorías (...). (Negrilla fuera de texto).

La ordenación del gasto, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, se refiere “a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que a partir del programa de gastos aprobado -limitado por los recursos aprobados en la ley del presupuesto-, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto.”, ya sea a nivel nacional o territorial.

Así, en lo que respecta al municipio, los concejos municipales, según el artículo 312 de la Constitución Política, son las corporaciones político administrativas, elegidos popularmente y encargados, entre otras funciones, de dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, como lo prevé el numeral 5° del artículo 313 siguiente y el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, el cual debe adecuarse al Estatuto Orgánico del Presupuesto que regula, también, el sistema presupuestal, lo que significa, entonces, que son ordenadores del gasto.

En tal sentido, el certificado de disponibilidad presupuestal imprime orden en la asunción de los compromisos de la administración, evitando que los operadores del gasto, asuman obligaciones sin capacidad de pago.

Adicionalmente, la necesidad de su diligenciamiento radica en que le garantiza tanto al Estado, como operador del gasto, incluso, a los administrados, la existencia de rubros disponibles y de libre afectación para crear las obligaciones, a su vez, la garantía de pago. Se sustenta, en primer término, en el apremio del Estado de administrar con responsabilidad y transparencia sus recursos, máxime que de ello depende el cumplimiento de sus fines y, en segundo lugar, de su permanencia en el sistema normativo, ya que, se constituye como soporte contable para el manejo del erario.

De ese modo, como la disposición de los recursos por parte de los entes territoriales es una actividad reglada, la exigencia del certificado de disponibilidad presupuestal, como requisito previo al compromiso del gasto, es de ineludible observancia para las entidades y autoridades en el manejo del presupuesto.

Particularmente, para el Distrito Turístico de Cartagena, el Decreto 1650 de diciembre 28 de 2011, del que es marco normativo el Acuerdo 015 del 19 de diciembre de 2011 -“Por el cual se aprueba el presupuesto de Rentas, Recursos de Capital y Recursos de Fondos Especiales,

Apropiaciones de Funcionamiento y de Servicio de la Deuda del Distrito de Cartagena de Indias para la vigencia Fiscal de 2012”-, dispone:

“ARTICULO 27. CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL. Para asumir compromisos de carácter contractual y no contractual, se deberá expedir previamente un Certificado de Disponibilidad Presupuestal, suscrito por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces, en que conste que dichos compromisos están amparados con apropiación presupuestal disponible o sin comprometer. Este certificado se llevará a la contabilidad presupuestal del organismo y de la entidad. (...)”.

Con fundamento en la verificación normativa y jurisprudencial reseñada, la Sala aprecia que los procesados CAPG y AEMQ, concejales municipales, en especial, como Presidente Ad hoc y Segundo Vicepresidente de una comisión accidental, accedieron a la reliquidación de honorarios solicitada por los concejales y exconcejales, por las sesiones a las que asistieron en el periodo de 2001 a 2009, y ordenaron su pago con “cargo a la vigencia fiscal de 2012”, sin contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal.

Al fungir los acusados como ordenadores del gasto tenían la obligación de contar con la certeza de la disponibilidad de recursos en el presupuesto aprobado para la vigencia fiscal de 2012, antes de reconocer, con cargo al presupuesto aprobado para ese año, la efectiva cancelación de aproximadamente [...], en favor de 35 concejales y exconcejales, en las resoluciones 074 a 108 del 8 de marzo de 2012.

Por lo expuesto, contrario a lo argüido por los recurrentes, los procesados pasaron por alto que no podían afectar el presupuesto aprobado por Distrito Turístico de Cartagena, sin previamente constatar que el emolumento o rubro concedido en los actos administrativos en cita había sido incluido en el presupuesto de gastos aprobado por el ente territorial para la vigencia del 2012, de conformidad con lo señalado en los artículos 71 del Decreto Ley 111 de 1996 -Ley Orgánica del Presupuesto- y 27 del Acuerdo 015 de 2011, por medio del certificado de disponibilidad presupuestal, es decir, si el Distrito podía atender ese compromiso específico - el reajuste de honorarios- y el monto máximo autorizado para ello.

No obstante, pese a que era diáfano para los enjuiciados que los honorarios reliquidados serían pagados con cargo al presupuesto del ente territorial, al punto que así lo dispusieron expresamente en los actos administrativos, luego, al implicar una afectación a las

apropiaciones presupuestales del Distrito, estaban atados a las reglas de ejecución de este, en particular, de las normas en mención.

Incluso, así lo señala expresamente el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996 -Ley Orgánica del Presupuesto-, al decir que “todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones deberán contar con certificados de disponibilidad previos (...)”. Y, precisamente, el fundamento de esta exigencia radica en que solo con la emisión anticipada del certificado de disponibilidad presupuestal es que el ordenador del gasto conoce de las apropiaciones y destinaciones ya consolidadas en el presupuesto, para establecer si es posible contablemente asumir un nuevo compromiso y el margen de recursos disponibles para ello en la respectiva vigencia fiscal, antes de comprometer el presupuesto del ente territorial.

Para el caso concreto, entonces, CAPG y AEMQ, concejales municipales, terminaron afectando las apropiaciones presupuestales del Distrito de Cartagena en aproximadamente \$7.200.000.000, para atender un gasto no previsto desde la aprobación del presupuesto para la vigencia fiscal de 2012, al punto de exigir los desembolsos, incluso, de forma “inmediata”, sin ningún miramiento en que el reconocimiento de las reliquidaciones con cargo a la denotada vigencia, con pago inmediato, sin duda, vulneró el principio constitucional de la legalidad del gasto, como cimiento filosófico de la norma presupuestal pretermitida.

Por consiguiente, coincide la Sala con la postura del ad quem al concluir que el reseñado comportamiento se adecúa típicamente al delito de prevaricato por acción, dado que las 35 resoluciones del 8 de marzo de 2012, fueron proferidas en abierto desconocimiento del artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996, Ley Orgánica del Presupuesto, vinculante también para CAPG y AEMQ, como concejales municipales.

En esa línea, entonces, tampoco le asiste razón a la bancada de la defensa, cuando argumentó, de manera común, que el certificado de disponibilidad presupuestal no era necesario ni exigible a los procesados, pues para comprometer el gasto del ente territorial con cargo al presupuesto de 2012, como lo hicieron los acusados de manera expresa en las resoluciones 074 a 108 de 2012, debían tener la certeza de que para esa vigencia fiscal existía la apropiación presupuestal destinada a atender el reajuste de honorarios.

Es por lo expuesto que la Sala se aparta de las consideraciones del a quo, pues la labor de los procesados no se limitó a reconocer el derecho de

los concejales y exconcejales a la reliquidación, también dispusieron, de manera expresa, afectar directa e inequívocamente el presupuesto distrital aprobado para la vigencia fiscal de 2012, orden para la que, indefectiblemente, debían contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, máxime cuando las 35 resoluciones fueron proferidas el 8 de marzo de 2012, en tanto que el presupuesto, el 28 de diciembre de 2011, mediante Decreto 1650. En consecuencia, el presupuesto ya había sido aprobado tres meses antes del reconocimiento de honorarios.

Es así que el Decreto 1650 de diciembre 28 de 2011 previó como partida autorizada al Concejo Distrital para la vigencia fiscal 2012, exclusivamente para atender los “gastos de funcionamiento acreditados”, incluyendo las cuentas de “sueldo personal de nómina” y de “honorarios de sus servidores” a causarse en dicho periodo, la suma de “\$5.832.697.370.00”, monto que, a las claras, es notablemente inferior al valor reconocido por los procesados por reajuste de honorarios, que se acreditaron en el monto de \$7.200.000.000.00., lo que significa que de haber cumplido con la exigencia previa del certificado de disponibilidad presupuestal, los procesados habrían advertido el déficit para, luego, establecer si para garantizar el pago, la apropiación por gastos de funcionamiento podía ser adicionada o ya debía incluirse el gasto por reajuste en el presupuesto de la nueva vigencia.

[...]

Por consiguiente, afirmar que únicamente quien ejecuta el presupuesto está conminado por el denotado requerimiento, como lo hacen los apelantes, pretermite el principio de programación integral, pues en el presupuesto se incluirían partidas carentes de los recursos necesarios para su consecución, lo que llevaría a obligaciones incumplidas, afectando, incluso, el normal funcionamiento del ente territorial, como sucedió en este caso. En otras palabras, por lo general, quien asume una deuda debe saber de antemano si cuenta con los ingresos para endeudarse, si esto afectará la atención de otros compromisos y el cómo y cuándo la pagará. Esta misma exigencia se radica en quien ordena el gasto, en este caso, en los procesados.

De ahí que, si estos hubiesen obrado conforme a la ley, requiriendo el certificado de disponibilidad antes de emitir las denotadas resoluciones habrían advertido que en el presupuesto aprobado por el ente territorial para el 2012 no se había previsto la apropiación presupuestal para el reconocimiento y pago de la suma dispuesta en favor de los concejales reclamantes

por reajuste. Aunque sí se incluyó un monto por gastos de funcionamiento, como se indicó en precedencia, es claro que este se había dispuesto, pero para atender las necesidades del Concejo Distrital para el 2012, disimiles a los reajustes concedidos que corresponden a los honorarios percibidos y no cancelados, entre 2001 y 2009.

Ahora, aunque veladamente, los recurrentes refieren que sus prohijados desconocían la obligación de requerir el certificado de disponibilidad presupuestal antes de proferir los actos administrativos de reliquidación, no pasa desapercibido para la Corte que la Alcaldía Distrital, en oficio [...] del [...], reseñado en precedencia, al remitir la solicitud de reajuste presentada por la apoderada de los concejales y exconcejales, les advirtió sobre la necesidad de establecer el margen presupuestal requerido para asumir el eventual compromiso, al señalar que, “en caso de que se considere necesario el fortalecimiento presupuestal para atender la materialización de la solicitud, esta Administración estará presta a verificar las acciones correspondientes”.

Asimismo, las oficinas de Jurídica y Financiera del Concejo Distrital, en los conceptos rendidos sobre la legalidad y viabilidad del reconocimiento del derecho a la reliquidación solicitada -por requerimiento expreso de CAPG-, alertaron, además, sobre el condicionamiento de acceder a las peticiones de reajuste “en la medida de lo posible financieramente”, esto es, de acuerdo con la disposición de recursos del ente territorial para asumir el gasto producto de la reclamación, en el primer concepto.

En el segundo, luego de confirmar los valores a reconocer como reajuste en cada caso, y de cara al pago que entonces debería ordenarse, la directora financiera del Concejo Distrital claramente indicó: “...por último, sugiere solicitar a la Alcaldía Distrital Certificado de Disponibilidad Distrital con el fin de soportar financieramente las reclamaciones y posterior pago”.

Por lo expuesto, tales indicaciones confirman, sin duda, que si CAPG y AEMQ no tenían conocimiento de la regulación en materia presupuestal por el cargo de concejales que desempeñaban para la época, pese a que era necesario para el ejercicio de sus funciones constitucionales, las denotadas misivas actualizaron ese conocimiento, al ponerles de presente, en términos claros, que era condición para otorgar a los peticionarios la reliquidación de sus honorarios, inquirir previamente si el distrito tenía el respaldo financiero para asumir

y pagar el gasto, por medio del certificado de disponibilidad presupuestal.

Requisito legal que deliberadamente pretermitieron los acusados, pues sin solicitar el certificado en comento ni cualquier otro requerimiento para conseguir las partidas presupuestales para pagar los reajustes, como lo afirmó ALH, director Financiero de presupuesto de Cartagena, profirieron los actos administrativos, del 074 al 108, el 8 de marzo de 2012, con cargo a la vigencia fiscal de 2012, para luego conminar a la Alcaldía Distrital a pagar el rubro inmediatamente.

De otra parte, es claro que, si los procesados emitieron otros 35 actos administrativos el 4 de junio de 2012, para aclarar que el pago de los emolumentos reconocidos en las resoluciones del 8 de marzo de la citada anualidad se condicionaría al cumplimiento de las normas presupuestales, no es porque hubiesen obrado para corregir un error y en manera alguna exculpa su ilícito proceder, pues como se ha señalado, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 consagra que el aludido certificado debe requerirse antes de afectar las apropiaciones presupuestales, no después.

Ahora, sobre la aplicación de las sentencias T-098 de 2004 y C-179 de 2005, que demandan los recurrentes, vale aclarar que los temas abordados en estas aluden a discusiones diversas de las planteadas frente a los actos administrativos emitidos el 8 de marzo de 2012. Ello, considerando que, en el primera de los pronunciamientos referidos, la Corte Constitucional decantó la necesidad de resolver el derecho fundamental de petición, por encima de que la accionada, habiendo gestionado el trámite del certificado de disponibilidad presupuestal, no contara con los recursos para hacer efectivo el pago de la acreencia solicitada.

De otro lado, en la sentencia C-179 de 2005, la citada Corporación, analizó la exequibilidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994. Haciendo acercamiento al tema de los honorarios a los que se refieren los artículos 65 y 66 de esta última, para explicar que “la labor de los concejales, aparte de su aspecto propiamente político, es también una forma remunerada de ejercicio del derecho al trabajo”, mas no para dilucidar si el reconocimiento de estos rubros está exento de la exigencia legal de constatar la disponibilidad presupuestal, por medio del respectivo certificado, como lo entienden los apelantes.

Tampoco encuentra asidero el reparo del defensor de AEMQ, consistente en que el inciso

1° del artículo 71 del Decreto 111 de 1996, solo es aplicable a actividades contractuales.

A ese respecto, encuentra la Sala que la Ley Orgánica del Presupuesto consagró la disponibilidad presupuestal atada al proceso de ejecución de gastos, sin distinción alguna de la situación que la origina. Ello, porque a través de mecanismos como la citada certificación, el operador preserva y dirige en forma adecuada las destinaciones del presupuesto frente a todo evento que le pueda ser de impacto, efecto práctico de lograr oportunamente la acreditación respecto del compromiso al que se pretenda acceder. [...]

Por consiguiente, desacertado es deducir, a partir del literal normativo y del citado aparte jurisprudencial, que la acreditación de la disponibilidad está relacionada exclusivamente con la actividad contractual de la administración. Lo exigido por el legislador es que el operador del gasto tenga respaldo contable respecto de “todos los actos administrativos” que pretenda expedir, particularmente los que “afecten el presupuesto”. Indudablemente los aquí cuestionados, dado que reconocieron un derecho y derivado de éste impartieron una orden de pago que sería cubierta con los dineros del Distrito.

De ahí que, no haya duda, que la expresión “manifiestamente contraria a la ley”, según lo decantado por la Sala, se acomoda sin dificultad a los actos administrativos expedidos por CAPG y AEMQ, el 8 de marzo de 2012, ello, si en cuenta se tiene, fueron ajenas al error, a la confusión, a una particular interpretación y tampoco a la dificultad normativa, por el contrario, es evidente que, son producto del capricho y de la arbitrariedad.»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Antijuridicidad: es suficiente la puesta en peligro del bien jurídico tutelado / **TIPICIDAD** - Principio de insignificancia: improcedente cuando el bien jurídico de protección es de altísima sensibilidad, prevaricato por acción

«Con respecto a la supuesta ausencia de antijuridicidad aducida por los recurrentes, dado que no existió detrimento patrimonial al erario del Distrito de Cartagena, sumado a lo expresado en precedencia, es del caso reiterar que el delito de prevaricato por acción, por el que se procede, se perfecciona y agota sin consideración de sus efectos ni la constatación de la ejecutoria o

firmeza de la decisión, así como tampoco está atado a la realización de un detrimento patrimonial, puesto que lo relevante es el grave daño causado al bien jurídico de la Administración Pública.

Lo anterior en razón a que, a ella, le es fundamental el desempeño correcto de las instituciones, derivado del efectivo cumplimiento de los deberes y funciones de sus servidores, en particular al delegárseles la administración de los recursos públicos, propósito en el cual, el sistema normativo del presupuesto impone las reglas de obligado acatamiento.

Para el caso específico, pretender que el actuar de los procesados no tuvo aptitud ni entidad suficiente para afectar a la administración pública, no resulta válido, porque lo evidente es que de ella se sirvieron aquellos, como servidores públicos, para desconocer en las resoluciones del 8 de marzo de 2012 el orden constitucional y legal estrechamente ligado al manejo estricto del presupuesto, lo que desdice del buen funcionamiento de una administración pulcra, cuidadosa y precavida en el uso de las finanzas a ella confiadas.

De ahí que, la manifiesta contrariedad a la ley, deducida de las referidas resoluciones, a diferencia de lo sugerido por la defensa, gravita en que la orden de pago contenida en aquellas, se impartió habiendo desatendido la obligatoriedad prevista en la Ley Orgánica del Presupuesto, -artículo 71 del Decreto 111 de 1996. De forma tal, que los efectos que originan las decisiones administrativas aquí cuestionadas, en modo alguno pueden considerarse de “mínima lesividad”, en tanto que, evidencian la vulneración al sistema normativo presupuestal, los principios constitucionales que rigen el presupuesto, entre ellos el de legalidad.

Finalmente, en criterio de la Sala es improcedente la tesis de la defensa en el sentido de que, se considere el “principio de la insignificancia” respecto del actuar de los procesados y, que entonces pueda estimarse que la pena impuesta sea un mecanismo extremo, así como que deban analizarse métodos alternos como forma de retribución al daño causado. Sin duda que, dicho comportamiento no puede considerarse inofensivo porque pretendieron aquellos desviar del presupuesto, sin cumplir con los requisitos legales, la no despreciable suma de \$7.200.000.000.00».

- 14. LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Su evaluación se debe realizar ex ante / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: ciencia inexacta, el profesional está en la obligación de recurrir a varias de las opciones que la lex artis le ofrece / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: reconsulta por urgencias, análisis

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación presentado por el defensor de AECS, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó como autor responsable del delito de homicidio culposo.

La Sala no casó la sentencia impugnada, al apreciar en ella una adecuada y suficiente explicación del motivo por el cual los medios de prueba, analizados en conjunto, emergen suficientes para soportar la responsabilidad deducida al acusado.

Al respecto; consideró que el procesado, en su condición de médico pediatra, sí se despojó de su deber de garante, dado que, al momento de atender un re-ingreso por urgencias, que requería de una mayor diligencia, no realizó una práctica adecuada, de conformidad con los signos que presentaba la paciente desde varios días atrás, los cuales le obligaban a ordenar exámenes indispensables para precisar la patología y el tratamiento requerido, que hubiere salvaguardado la vida de la menor.

Para ello, aclaró que, por tratarse la medicina de una ciencia inexacta, al momento de atender a un paciente, el médico debe recurrir a varias de las opciones que la lex artis le ofrece, con el propósito de brindar una mejor atención al enfermo, en este caso, acceder a la historia clínica anterior.

SP481-2023(55121) de 29/11/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

1. En la noche del 1° de junio de 2012, A.L.G., de 11 años, ingresó al servicio de urgencias de la Fundación Clínica Shaio, con cuadro de mucha sed de 15 días de evolución, náuseas asociadas a vómito y evacuaciones semilíquidas. La impresión diagnóstica del pediatra JMEG, fue “diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso”, por lo que le dio tratamiento domiciliario.

2. Como la menor no mejoraba y algunos síntomas relacionados con la primera consulta persistían, entre ellos, somnolencia, náuseas, reflujo, gastritis, bajo peso, ojeras y sed, por segunda vez, el 3 de junio de 2012 a las 9:00 de la mañana, fue llevada a urgencias de la misma clínica para una re-consulta. En esta ocasión, la atención corrió por cuenta del pediatra AECS. Su diagnóstico consistió en que padecía un cuadro de gastritis y, por considerar que estaba estable e hidratada, decidió darle manejo domiciliario con nutrición gastro – pediátrica.

3. En la noche de ese mismo 3 de junio de 2012 -8: 25 pm. -dado que la menor no mejoraba, de nuevo, por tercera vez, fue ingresada a urgencias de la clínica Shaio, con dificultad respiratoria y frecuencia cardiaca de 156 por minuto, por lo que fue hospitalizada.

4. En la madrugada del 4 de junio de 2012, la menor presentó edema cerebral severo, por lo que se inició protección cerebral y manejo de antibiótico con ampicilina sulbactam.

5. El 5 de junio de 2012, A.L.G. presentó ausencia de función de tallo cerebral, en consecuencia, se le suspendió la sedación analgésica, para valoración.

6. El 6 de junio siguiente presentó muerte cerebral asociada a un test de apnea positivo, se determinó su fallecimiento a las 8:20 de la noche.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Su evaluación se debe realizar ex ante / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: ciencia inexacta, el profesional está en la obligación de recurrir a varias de las opciones que la lex artis le ofrece / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: reconsulta por urgencias, análisis / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Posición de garante / **POSICIÓN DE GARANTE** - Ejercicio de la profesión médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Responsabilidad

médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: cuando el médico de urgencias no realiza una adecuada valoración del paciente

«En su manifestación, el letrado desconoce que la contrariedad con la *lex artis* atribuida al galeno acusado, no se sustentó, conforme a las pruebas allegadas, en información *ex post* -que se obtuvo de la paciente cuando ingresó por tercera vez a urgencias y fue hospitalizada (esta vez no fue atendida por el procesado)-, sino por la deficiente actuación que desarrolló durante la atención de la menor, en horas de la mañana del 3 de junio de 2012, dado que, entre otros aspectos:

i) como se trataba de una re-consulta fue llevada por primera vez el 1 de junio de 2012, dada la falta de mejoría de la menor, los padres debieron llevarla de nuevo a urgencias; ii) no se interesó por hacer directamente un chequeo físico, sino que dejó este al médico general que lo acompañaba, quien, con esos propósitos ingresó al consultorio del procesado, después de iniciada la consulta; iii) no pidió el archivo de la historia clínica de la menor, elaborada dos días antes, para indagar cuáles síntomas venía presentando y si había mejorado o empeorado; iv) se abstuvo de ordenar exámenes complementarios, a pesar de que los síntomas tenían más de 15 días de evolución y, v) en lugar de mantenerla en observación, dio tratamiento domiciliario.

La defensa, en contradicción con lo realmente demostrado, trata de anteponer su propio criterio al de las instancias, para lo cual aduce que se ha exigido del galeno diagnosticar y ordenar exámenes para la condición de diabética a pesar de que no la presentaba.

No obstante, la disertación real de los operadores jurídicos consistió en que, a pesar del sinnúmero de síntomas inespecíficos que presentaba la menor, cuando fue valorada por el acusado, no dispuso la práctica de exámenes paraclínicos, se aclara, no para detectar la diabetes, cuya patología no padecía la paciente, sino con el cometido de establecer, desde la *lex artis*, qué era lo en realidad le afectaba, dada su falta de mejoría, latente por varios días.

[...]

En su afán de añadir plurales errores de raciocinio en la valoración que realizó el Tribunal, insiste el abogado en que los padres de la menor, EG y FELC, no le manifestaron al acusado que su hija padecía diabetes, sino otras dolencias, como ansias, ojeras, ausencia de lágrimas, dolor de estómago, náuseas, por lo que, en su sentir, no

se le podía exigir que ordenara exámenes de sangre para llegar a esa conclusión.

La deducción a la que llega el jurista se opone al contenido de los fallos de instancia; no afirmó el Tribunal que los padres de la menor omitieran informarle al acusado que ésta presentaba diabetes lo que, por supuesto, hubiera cambiado el curso causal de resultado, conforme lo indica la defensa. Contrario a ello, la sentencia descartó que a la paciente le fuese detectada esa patología con antelación a la consulta, por lo que, no podían los padres dar cuenta de una enfermedad que les era ajena y la que nunca le fue diagnosticada a la menor, como en efecto lo concluyeron las instancias y se desprende de las pruebas allegadas.

[...]

La persistencia de los síntomas indicados, durante tantos días, exigía del galeno desde la óptica de la *lex artis*, actuar con la precaución debida y, ante lo inespecífico del mal que aquejaba a la menor, ha debido mantenerla en observación y ordenar exámenes complementarios, con el propósito de llegar a un diagnóstico verificable.

No se discute, como atrás quedó reseñado, que para el año 2008, cuando la menor fue atendida en otra clínica por el pediatra PA, éste indagó y dejó registrados en la historia clínica, los antecedentes de diabetes que se detectaron en los abuelos y tíos maternos de la menor, aspecto sobre el cual, omitió el acusado indagar en la anamnesis del 3 de junio de 2012.

En esta omisión radica otra de las críticas realizadas por los expertos que concurrieron a juicio y que participaron en el Comité científico realizado entre la clínica [...] y la IPS [...] el 21 de junio de 2012, luego de que los padres de la menor pusieran en conocimiento las irregularidades presentadas en la atención médica de la menor cuando fue llevada por urgencias el 1º y 3 del mismo mes y año.

Precisamente, los profesionales en salud que hicieron parte del mencionado comité, entre otros, ALM, JMEG, OLME y MFPA, manifestaron que se hicieron observaciones acerca de la importancia de consultar las historias clínicas anteriores, realizar un examen físico acucioso e interrogar de manera exhaustiva al paciente o en su defecto a sus acompañantes, sobre todo cuando se trata de re-consultas.

Ahora, aunque esos antecedentes no fueron indagados por el pediatra a los padres de la menor, ni éstos lo reportaron, es lo cierto que, para ordenar la práctica de exámenes paraclínicos, tendientes a establecer la patología

que padecía la menor, bastaba con los síntomas que en esos momentos registraba, independientemente de que sus parientes tuvieran o no antecedentes de diabetes.

Así lo concluyó el Tribunal, al analizar los testimonios de los médicos ALM, GAME y JRML, quienes de manera uniforme aseguraron que no era de importancia significativa reportar ese antecedente familiar, por cuanto, debía apoyarse en los síntomas y signos que padecía la menor para el momento en que consultó por urgencias.

[...]

Ahora, encuentra la Sala cómo, de acuerdo con lo declarado por las médicas MV de la clínica [...] y MVUZ perito llevada a juicio por la fiscalía, coinciden estas en señalar que son indicativos de diabetes la polidipsia (mucho sed), polifagia (mucho hambre), poliuria (mucho orina); eso sí, aclararon, “no es necesaria la presencia de todos los síntomas para diagnosticar una diabetes”.

Incluso, la doctora UZ manifestó que la diabetes en menores se presentaba de manera aguda, rápida; puede tener una evolución de una semana o, inclusive, de menos tiempo y presentarse después de un cuadro viral, y agrega que, el vómito puede también ser un síntoma de diabetes, que puede indicar presencia de acidosis, es decir, una descomposición metabólica del cuerpo.

Consecuente con ello, expuso el Tribunal, que como los síntomas de diabetes como igualmente la defensa lo señala, son menos frecuentes que los cuadros de gastroenteritis y gastritis, al no constituir éstos impresión diagnóstica, sino síntomas inespecíficos conforme lo indicó el médico UZ, ha debido el acusado, de no haber actuado con ligereza, tener en cuenta éstos últimos síntomas, junto con las demás señales de alarma que presentaba la menor y la información reportada por los padres de ésta, para proceder en su lugar a ordenar exámenes complementarios y mantener en observación a la menor, en lugar de regresarla a su casa.

La Sala recuerda que dentro de la actuación quedó demostrado que el síntoma de sed excesiva, persistió en el cuerpo de la menor por más de quince días, incluso, durante la consulta del 3 de junio de 2012, efectuada por el acusado, al punto que, la menor ingresó a su consultorio con una botella de suero en la mano, como lo refirió la médico general de apoyo, JCPP, y lo confirmó el investigador de la defensa, JG, al aportar a su testimonio un video de la atención prestada por el acusado en el que se registra a la niña portando el mencionado envase.

Se insiste, no es que el fallo de segunda instancia señalara que el solo síntoma de sed excesiva bastara para diagnosticar por parte del procesado la diabetes, como equivocadamente lo asevera el impugnante, sino que, cuando se refirió a las demás señales de acuerdo a lo declarado por los profesionales de la medicina, lo hizo para resaltar cuál de ellos presentó la víctima al momento en que fue valorada por el acusado, no para dar por hecho como lo sostiene el demandante que padecía determinada enfermedad.

Véase que, por ejemplo, el Tribunal reconoció que, si bien, para el momento de la atención de la víctima, por parte del acusado, el síntoma de poliuria mucha orina, no fue mencionado en la consulta, de todas formas, advirtió la perito MVUZ médica endocrinóloga pediatra que es posible «que este síntoma no se presente debido a un proceso de deshidratación», dado que la menor había presentado por varios días, además de la sed, diarrea semilíquida y vomito.

Aspecto éste, resalta la Sala, que no tuvo en cuenta el procesado al momento de hacer un diagnóstico verificable, dado que, al analizar todos los síntomas que en conjunto registraba la paciente desde muchos días atrás, ha debido prever que se encontraba ante una deshidratación, como en efecto lo aseguró el testigo.

Así, fue clara la profesional UZ apoyada, entre otros aspectos, en su experiencia profesional por más de 20 años, en los protocolos que se deben tener en cuenta en urgencias y en la literatura médica, al señalar que en los casos en los cuales no se hace un diagnóstico oportuno, como ocurrió en el caso de la menor, es factible que se presente la diabetes tipo 1, con cetoacidosis diabética.

[...]

A su vez, criticó el testigo, las historias clínicas realizadas por los pediatras que valoraron a la menor los días 1º y 3 de junio de 2012, dado que “son muy cortas, uno no podría decir que fue un interrogatorio exhaustivo porque pues en el resumen de la historia clínica son los tres renglones de los que se encuentran en el interrogatorio”.

En concreto, respecto de la historia clínica de la mañana del 3 de junio de 2012, suscrita por el acusado, dijo el testigo: “en una re-consulta generalmente uno hace un interrogatorio más exhaustivo para confirmar el diagnóstico, lo otro es que se apoya como lo he repetido en exámenes paraclínicos, en laboratorios y pues se puede dejar a la paciente un rato en observación a ver

cómo responde; es una niña que venía con vómitos, se pudo haber sugerido dejarla en hospitalización para ver si toleraba la vía oral, si dejaba de vomitar, esto en ningún momento se propuso simplemente se envió a la niña para la casa”.

En sentir de la profesional, como se trataba de una re-consulta, en la intervención realizada por el acusado se ha debido apoyar en exámenes de laboratorio, como quiera que, consultaba por una misma patología, situación que llevaba a indicar que la menor no había mejorado:

[...]

Lo señalado por la profesional se acompasa con lo que dijeron los padres de la menor en audiencia, en cuanto, describieron la poca importancia que el acusado le dio a los síntomas que tenía la menor, junto con el muy poco tiempo que destinó al examen, que no superó los 10 minutos.

Ese actuar ligero y apresurado del galeno lo llevó a que no se generara ningún plan de trabajo serio y adecuado, a través del cual se auscultaran a profundidad los signos y síntomas que presentaba la paciente.

La serie de señales advertidas síntomas y signos, como lo adujeron las instancias, le indicaban al galeno que algo andaba mal.

En este sentido, además del relato vertido por la especialista UZ, el doctor JRML, quien participó en el Comité técnico realizado por la Clínica [...] y [...] el 21 de junio de 2012, luego del deceso de la menor (cuyo diagnóstico fue incorporado como prueba de referencia admisible, dado su deceso) estimó, una vez valoradas las historias clínicas del 1° y 3 de junio de 2012, que la paciente se puede presentar hidratada por las reservas que tenía, pero que estas se fueron agotando.

Ello, para indicar aquí, que la ausencia de evidencias de deshidratación no se erige en factor suficiente para descartar una patología más grave que la adoptada, sin ninguna clase de criterio razonable, por parte del acusado.

Además, el pediatra OQG, testigo perito de la Fiscalía, quien realizó un análisis a las historias clínicas de la menor, fechadas el 1° y 3 de junio de 2012, con ocasión de su deceso, aseveró que, cuando la niña fue llevada por segunda vez a una re-consulta atendida por el acusado se debió generar un plan de trabajo.

[...]

Estas, las razones para que los falladores atribuyeran al galeno un “actuar ligero, en vista que en su mediación profesional no advirtió las

señales de alarma que se evidenciaban en el cuerpo de A.L.G., y que los padres de la menor de edad le transmitieron en la re-consulta”.

A lo anterior, se adicionó que la menor bajara de peso entre una consulta y otra, junto con la muestra de sed excesiva, signos que no tuvo en cuenta el procesado al momento de la atención, al extremo de omitir registrarlos en la historia clínica.

Incluso, en contra de lo dicho por los progenitores de la paciente, en juicio dijo el acusado, que tales síntomas no le fueron descritos por aquellos.

Lo manifestado en audiencia pública por el procesado CS, pierde consistencia una vez verificado el relato claro y contundente ofrecido por los padres de la menor, quienes advirtieron que varios de los síntomas no fueron registrados en la historia clínica, señalamiento que terminó aceptando la médica JCPP quien apoyó al pediatra en consulta.

La médica de apoyo, al efecto, terminó por reconocer después de que se le pusiera de presente una entrevista anterior suya, que la niña había bajado un kilo de peso, al comparar la consulta anterior del 1° de junio de 2012, con la del 3 del mismo mes y año, aunado a que los “padres sí refirieron que menor tenía sed. [...] recuerdo que la niña estaba sentada tomando su suerito oral, se veía tranquila [...] la menor igualmente estaba pálida y con ojeras”. Reconoció la profesional, igualmente, que éstos específicos síntomas no quedaron anotados en la historia clínica realizada por el acusado.

Como si lo anterior no fuera suficiente, destacó el Tribunal, que el acusado pasó por alto que se trataba de una re-consulta, por lo que le era exigible verificar la historia clínica anterior expedida el 1° de junio de 2012, dos días antes de la reconsulta, con el propósito de realizar una comparación entre los síntomas que para ese momento presentaba la menor, con los reportados por su antecesor, a efectos de determinar si habían cambiado o empeorado.

Esta conclusión del Tribunal, la cataloga la defensa como equivocada evidente falso raciocinio, en tanto, del testimonio del médico GAM, en torno de la posibilidad que tenía el acusado de acceder a la historia clínica de la menor, no deriva el deber del profesional de consultarla al momento de realizar la valoración clínica, dado que no está contemplado en la ley positiva, ni ha sido reconocido por la jurisprudencia o por la comunidad científica.

Al respecto, la defensa omite señalar que, por tratarse de una ciencia inexacta, debe el profesional de la medicina, al momento de

atender a un paciente, recurrir a varias de las opciones que la lex artis le ofrece, con el propósito de brindar una mejor atención al enfermo, dado que de él se espera por su posición de garante poner al servicio del paciente todos los conocimientos que atiendan la acción de salvamento emprendida, la que, de ser interrumpida de manera inadecuada lo convierte en responsable del mayor riesgo y consecuente resultado que genere, como en efecto lo ha indicado esta Corte (CSJ, SP de dic de 2005, rad. 24696, SP 22 May de 2008 Rad. 27357, SP 06 Jun de 2013 Rad. 38904 y SP 1315, 10 jun de 2019, rad. 46766).

Consecuente con ello, estima la Sala, no era un obstáculo para el profesional de la medicina, al emprender la atención de la menor, acceder a la historia clínica anterior, puesto que se encontraba archivada, conforme lo aseguraron, los médicos JMEG y JRM y de contera de fácil obtención y consulta.

Precisamente, para la instancia ese hecho lejos de ser un imposible, algo engorroso, demorado, inadecuado o impertinente, lo que evidenciaba es un desinterés, fundado o no, en conocer de los datos médicos que su colega estimó de relevancia para registrar en dicho documento.

No desconoce la Sala, como el libelista lo señala, que en rigor, lo declarado por el médico ALM, no conduce a afirmar obligatoria, en la atención de urgencias, la verificación de lo escrito historia clínica, por cuanto, el diagnóstico puede partir de la consulta y la interacción del médico con el paciente. De otra manera, según el testigo, muchos pacientes de urgencias morirían mientras esperan a que lleguen lo que se hizo antes.

Ello no implica, sin embargo, desconocer que el elemento en cuestión sí se ofrece trascendente e importante en la labor del médico, no solo porque registra signos y síntomas anteriores, sino porque, en tratándose de re-consulta, como ya se ha dejado planteado, al médico le corresponde adelantar una necesaria labor de contrastación, a efectos de determinar con mayor rigor por qué el tratamiento sugerido en la ocasión anterior no ha traído consecuencias positivas y de las razones por las cuales el paciente continúa en deterioro, sin ninguna mejoría.

En este sentido, observa la Sala que lo referido por el médico LM comporta una impertinente remisión al absurdo, a partir de la cual se pretende generar una conclusión inadecuada, pues, lo controvertido representa apenas una simple labor de balanceo y racionalidad, en tanto, no se discute que si el paciente presenta síntomas alarmantes, que demandan de urgente

atención, no es posible, para un mejor diagnóstico, exigir que se allegue una historia clínica, cuando esta se encuentra en otro lugar o es de difícil acceso. Pero, en términos de razonabilidad, si se trata de una re-consulta que obedece a la ausencia de mejoría de la menor y se cuenta con la historia clínica que registra los síntomas verificados apenas dos días antes, no se duda que, acorde con el rigor médico exigido, un comportamiento responsable, en seguimiento de la lex artis, demandaba acudir a ese medio valioso.

Incluso, en oposición con lo señalado por el propio testigo LM, respecto de la poca importancia de la historia clínica anterior, el fallo atacado si consideró la relevancia de examinar el mencionado documento, basado, para ello, en lo que dijo el mismo testigo LM, al afirmar que en casos de re-consulta se debe indagar más a los acompañantes de la paciente y examinar por qué sigue en ese estado de salud.

Ahora, es incontrovertible que en este caso, aunque el acusado CS, definitivamente no verificó la historia clínica anterior de la menor, la situación se consideraría superada si, a cambio de ello, hubiera efectuado directamente una auscultación seria y detallada de la condición física de la paciente, sin atenerse sólo a lo referido por la médico de apoyo JCPP.

Se sabe que la médica de apoyo llegó al consultorio después de iniciada la consulta y se limitó a examinar físicamente a la paciente, mientras el pediatra le indicaba que: “se trataba de una re-consulta, que era una niña que había venido con un cuadro de gastroenteritis de diarrea y vómito, el cual ya había resuelto, pero había quedado la gastritis [...] que era una niña que no presentaba antecedentes de relevancia.

En esa medida, el Tribunal no incurrió en ningún yerro cuando consideró que por tratarse de un re-ingresso por urgencias, debió el profesional de la medicina tener una mayor diligencia.

[...]

Asegura el recurrente, de otro lado, que el fallo de condena desconoce que los expertos del comité científico de [...] llegaron al mismo diagnóstico del acusado, al ponerse mentalmente en su situación, cuando atendió a la víctima.

Sobre éste tópico, el juez colegiado concluyó que, ciertamente, los profesionales que conformaron el comité de [...] no fueron testigos de los hechos, en tanto, no estuvieron presentes en la sala de urgencias cuando la menor fue atendida.

Sin embargo, la decisión de condena se apartó del mencionado concepto, porque el informe estuvo

cimentado en la historia clínica suscrita por el procesado, en cuyo contenido no se registraron todos los síntomas que padecía la paciente cuando este la examinó, ni las manifestaciones que respecto de su estado hicieron los padres de la menor, cuyo relato fue corroborado por la médico de apoyo JCPP, que como atrás se vio, acompañó en parte de la consulta al aquí acusado.

Tampoco tuvieron en cuenta dichos profesionales, añade la Corte, la historia clínica de la menor, en lo que respecta a la consulta del 1° de junio anterior, cuya omisión de consulta, releva la Corte, hace parte del comportamiento negligente atribuido al procesado.

Esa es la razón para que, con fundamento adecuado, el ad quem diera más credibilidad a las versiones ofrecidas por los padres de la menor, que a la ofrecida por el procesado, al observar que éste no cumplió los protocolos propios que la lex artis le exigía, relacionados con una mayor diligencia en la valoración de los síntomas y signos de la paciente.

En punto de credibilidad, entonces, es claro que lo dicho por el acusado y los testigos de descargos no se muestra lo suficientemente consistentes, al tanto que, como lo indicó el ad quem, nada permite advertir mendacidad en los relatos ofrecidos por los padres de la víctima.

En suma, la fuente de creación de riesgo jurídicamente desaprobado atribuida al profesional acusado, la fundó el Tribunal en el conjunto de posibilidades que tuvo a su alcance para realizar una intervención oportuna, eficiente y eficaz, que hubiere salvaguardado la vida de la menor.

[...]

No se olvide, además, que sin conocer aún la verdadera situación clínica de la paciente pues, no ordenó los exámenes complementarios decidió recomendar el suministro de bebidas dulces porque los ácidos no le servían para la gastritis, conforme lo aseguraron los progenitores.

Por supuesto, resulta lógico concluir, como lo hicieron las instancias, que de haber conocido el galeno si hubiera actuado con la diligencia debida cuál era la real situación médica de la paciente, no hubiese ordenado suministrarle bebidas azucaradas. Esa recomendación surgió porque consideró, sin base alguna verificable, que se trataba de una gastritis, cuando en realidad sucumbía ante una diabetes tipo I.

No se dice, cabe repetir, que el acusado debiera conocer cuál en concreto podía ser la condición de la menor, o mejor, la patología que padecía, pero, sí se le reprocha no haber adelantado los necesarios estudios y exámenes para determinar dicha condición, en cuyo caso, no se duda, otro habría sido el diagnóstico y, por supuesto, también distinto se habría ofrecido el tratamiento, al punto de evitar el resultado que hoy se lamenta. Desde esa perspectiva, la crítica defensiva no alcanza a demostrar cuál fue el error de raciocinio en el que incurrió el Tribunal.

Por lo demás, acertaron las instancias al concluir que el profesional obvió su rol de garante, conforme lo enseña el artículo 25 numeral 1 del C. P., en los términos del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, según el cual, «el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente».

Inicio

- 15. LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos, vulneración a las garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, la solicitud tardía de la Fiscalía, no desnaturaliza la pretensión

La Sala de Casación Penal, decidió el recurso de apelación interpuesto por HGS y su defensora, contra el auto mediante el cual la Sala de Justicia

y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla resolvió la terminación del proceso de justicia y paz, y su exclusión de la lista de postulados.

La Corte confirmó el auto apelado, por cuanto la fiscalía acreditó que HGS incumplió los fines del proceso de Justicia y Paz, al desconocer los derechos de las víctimas y ejecutar actos revictimizantes, cuando citó a menores de edad, varias de ellas víctimas de agresiones sexuales en el pasado, para que lo visitaran a la cárcel a sostener relaciones sexuales, y, con ello se configuró la causal prevista en el numeral 1 del artículo 11 A de la Ley 975 de 2005 adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012 que impone la terminación del proceso de justicia y paz y exclusión de la lista de postulados.

Para el efecto recordó que, no fue a partir de la Ley 1592 de 2012 cuando el legislador previó la exclusión del postulado de este trámite especial, ya que desde que se produjo la desmovilización, se sometió a las reglas previstas en la Ley 975 de 2005, con la cual también se excluía a los postulados que incumplían sus obligaciones.

Finalmente, clarificó que, el hecho de que la fiscalía se haya demorado en solicitar la exclusión, no tiene la virtualidad de desnaturalizar la pretensión o tornar inexistente el hecho o los hechos que dieron lugar a la estructuración de la causal.

AP337-2024(64509) de 31/01/2024

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. HGS, consolidó durante varios años un conglomerado de actividades delictivas en la región del Magdalena, en las que se destacó el tráfico de estupefacientes, la limpieza social y la extorsión, ante la llegada de grupos subversivos a la región, que amenazaban sus actividades delictivas.

2. En 1982 conformó el grupo armado organizado al margen de la ley que se conoció con el nombre de «Autodefensas Campesinas del Mamey», hasta el año 1995 cuando pasó a conformar las «Autodefensas Campesinas del Magdalena y Guajira» -ACMG-. Para el año 2002 creó el «Frente Resistencia Tayrona», hasta el 2005, año en el que pasó a ser el «Bloque Resistencia Tayrona», hasta la desmovilización colectiva del grupo armado ocurrida el 3 de febrero de 2006.

3. Tras su sometimiento a la Ley de Justicia y Paz, en decisión CSJ CP, 18 jul. 2007, rad. 27019 la Sala de Casación Penal emitió concepto favorable a la solicitud de extradición formulada por el gobierno de Estados Unidos de América, la cual se materializó el 13 de mayo de 2008.

4. El 18 de diciembre de 2018 la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla, condenó a HGS a la pena alternativa de 8 años de prisión, por los delitos de desaparición forzada; homicidio en persona protegida; tortura en persona protegida; secuestro simple; secuestro extorsivo; deportaciones, expulsión, traslado y desplazamiento forzado de población civil; destrucción y apropiación de bienes protegidos; actos de terrorismo; actos de barbarie; amenazas; tratos inhumanos y degradantes en persona protegida; toma de rehenes; despojo en campo de batalla; exacciones

o contribuciones arbitrarias; trata de personas; irrespeto a cadáveres; hurto; daño en bien ajeno; simulación de investidura o cargo; reclutamiento ilícito; acceso carnal con incapaz de resistir; acceso carnal violento en persona protegida; actos sexuales violentos en persona protegida; acceso carnal abusivo con menor de 14 años; prostitución forzada o esclavitud sexual; estímulo a la prostitución de menores; aborto sin consentimiento; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos; conservación o financiación de plantaciones; entrenamiento para actividades ilícitas y concierto para delinquir.

5. En el mes de enero del 2021, HGS regresó a Colombia por haber sido deportado por los Estados Unidos de América, luego de cumplir la pena impuesta en su contra por el delito de tráfico de narcóticos, por lo que en la actualidad se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario «La Paz» de Itagüí.

6. El 2 de agosto de 2021 la Fiscalía 10 delegada de la Dirección Nacional de Justicia Transicional de Barranquilla, presentó solicitud de exclusión de la lista de postulados de HGS.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: requisitos de elegibilidad / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, no es una causal establecida con la Ley 1592, sino que existe desde la expedición de la Ley 975 de 2005 / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos

«Para la defensa, la actuación se debe anular en virtud a que, a HGS le vulneraron sus derechos fundamentales al aplicar retroactivamente las causales de terminación del proceso de justicia transicional, por cuanto la Ley 975 de 2005 no establecía tal posibilidad, por tanto, su creación, a partir de la Ley 1592 de 2012, sólo cobija situaciones ocurridas a partir de su vigencia.

En este caso, GS, en condición de comandante del «Bloque Resistencia Tayrona» de las Autodefensas Unidas de Colombia, se desmovilizó en forma colectiva el 3 de febrero de 2006, esto es, estando vigente la Ley 975 de 2005, la cual estableció un trámite judicial para las personas que hubieren decidido desmovilizarse, individual o colectivamente, y su actuar desbordara el accionar delictual meramente político. Dicha norma reguló lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales, autores o partícipes de hechos delictivos cometidos

durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos.

El artículo 10 de la Ley 975 incluye los requisitos de elegibilidad para los desmovilizados colectivamente, como es el caso de HGS, así:

[...]

Bajo ese entendido, resulta claro que el trámite, desde su inicio, le impuso a quienes se sometieron al proceso de transicional, un procedimiento, unos beneficios y al mismo tiempo unos deberes, entre los que se encuentran, garantizar los derechos de las víctimas, lo cual comprende una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y la no repetición de los hechos victimizantes [artículo 8 de la Ley 975 de 2005].

En consecuencia, contrario a lo que entiende la parte recurrente, no fue a partir de la Ley 1592 de 2012 cuando el legislador previó la exclusión del postulado de este trámite especial, ya que desde que se produjo la desmovilización, se sometió a las reglas previstas en la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, esta corporación en decisiones CSJ AP-4592-2015, 11 ag. 2015, rad. 46490 y CSJ AP5816-2016, 31 ag. 2016, rad. 48603, precisó:

[N]o fue solo a partir del 3 de diciembre del año 2012 cuando nació a la vida jurídica tal posibilidad, por tanto, tampoco es acertado sostener, como lo hace el recurrente, que [...] se encuentra sometido únicamente a los fundamentos de la Ley 975 de 2005 porque fue en su vigencia que ocurrió su desmovilización y postulación.

En efecto, antes de entrar en vigencia la Ley 1592 de 2012, ya la 975 de 2005 contemplaba la exclusión del proceso de justicia y paz ante el incumplimiento de alguno de los requisitos de elegibilidad, de tal manera que no es, como parece entenderlo el defensor, que se pretenda imponer a [...] unas prohibiciones que ingresaron al tránsito legislativo en el año 2012 y que por tanto éste no tuvo oportunidad de conocer y decidir si se comprometía o no a su acatamiento, sino que se trata de aplicar la sanción que desde el año 2005 la ley previó para esas circunstancias.

De tal forma que la Ley 1592 de 2012 no fijó un nuevo y autónomo procedimiento al margen del ya establecido por la Ley 975 de 2005, sino que desarrolló los trámites con miras a satisfacer fines superiores como la reconciliación nacional y los derechos de las víctimas de las estructuras armadas ilegales, de cara a asegurar el cumplimiento de los compromisos de verdad,

justicia, reparación, garantía de no repetición y fijación de la memoria histórica, ya previstos en el estatuto primigenio.

Entender que el acto de desmovilización sólo genera derechos, sin que a cambio el Estado exija un mínimo de compromiso para que el integrante de una organización armada ilegal pueda acceder al beneficio de una pena alternativa significativamente inferior a la que le correspondería en la justicia ordinaria, o que el trámite de la justicia transicional acoge irrestrictamente a todos los desmovilizados, sin que haya posibilidad de excluirlos del proceso, riñe con los propósitos que guían el proceso de justicia y paz. [CSJ AP5816-2016, 31 ag. 2016, rad. 48603].

Así las cosas, resulta irrazonable concebir que desde el 3 de febrero de 2006 cuando HGS se desmovilizó, hasta el 3 de diciembre de 2012, cuando entró a regir la Ley 1592 de 2012, GS contara con una especie de salvoconducto o inmunidad que le permitiera realizar actos contrarios al proceso transicional, amparado justamente en la Ley de justicia y paz, sin que ello le generara ninguna consecuencia adversa.

De hecho, antes de la incorporación del artículo 11A, al cuerpo de la Ley de Justicia y Paz, también se excluía a los postulados que incumplían sus obligaciones. Para ello se acudía al principio de complementariedad en virtud del cual se aplicaban figuras procesales del ordenamiento jurídico nacional que permitían depurar el proceso de quienes habían desistido, expresa o tácitamente, de continuar cumpliendo las obligaciones adquiridas con la desmovilización, como el archivo, la preclusión, el desistimiento y la exclusión como «mecanismo por medio del cual la Sala con Funciones de Conocimiento de Justicia y Paz, decide expulsar del trámite previsto en la Ley 975 de 2005 al postulado —procesado o condenado—, por incumplimiento de uno de los requisitos de elegibilidad, o por faltar a las obligaciones impuestas, bien por la ley, ora en la sentencia condenatoria» [CSJ AP, 23 ag. 2011, rad. 34423].

Por tanto, si el postulado pretende ser beneficiado de las ventajas punitivas previstas en la normatividad en comento (Ley 975 de 2005), debe cumplir durante el trámite del proceso, al imponer la pena alternativa y mientras se vigila el cumplimiento de esta, los deberes que adquirió al hacer dejación voluntaria de las armas (CSJ AP, 10 abr. 2008, rad. 29472).

En síntesis, el artículo 11A que fue adicionado por la Ley 1592 de 2012 a la Ley 975 de 2005, es solo la positivización del procedimiento a seguir para la exclusión de un postulado cuando éste

incumple alguna de las obligaciones adquiridas al momento de la desmovilización, compromisos estos que no encuentran límites temporales en el proceso transicional. Por tal motivo, ninguna irregularidad se presentó cuando la fiscalía solicitó la desmovilización conforme con lo previsto en el numeral 1° del artículo 11A de la referida ley, esto es, cuando el postulado incumpla los compromisos propios de la Ley de Justicia y Paz.»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, le corresponde a la fiscalía probar que procede / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, le corresponde a la fiscalía probar que procede, prueba sumaria / **PRUEBA SUMARIA** - Concepto / **PRUEBA SUMARIA** - Características / **NULIDAD** - No se configura

«En este caso, la defensa de HGS considera que, al postulado le vulneraron sus garantías fundamentales al debido proceso y a la defensa, al adelantar el presente trámite incidental con pruebas sumarias que no fueron legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, habida cuenta que las mismas no pudieron ser objeto de contradicción.

Al respecto conviene recordar que, conforme con lo señalado en el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, para acreditar la causal de exclusión, a la fiscalía le corresponde aportar «prueba sumaria de su configuración ante la Sala de Conocimiento». La Corte Constitucional en sentencia CC C-523-2009 definió la prueba sumaria como aquella que le «suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer»

Conforme con lo anterior, la Sala considera que, contrario a lo señalado por la recurrente, dentro del incidente no se cometió ninguna irregularidad cuando la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla aceptó como pruebas las declaraciones rendidas dentro de varias investigaciones que se adelantan contra GS, pues las mismas cuentan con las características de prueba sumaria exigida por la norma.

Y es que si bien esas pruebas no han sido objeto de controversia dentro de dichas investigaciones, su contenido no puede ser catalogado como ilegal, pues el Decreto 3011 de 2013 es claro al indicar que la causal se puede acreditar con prueba sumaria, cuya característica principal es precisamente la ausencia de confrontación de ese

medio de prueba. Lo anterior sin ignorar que en el trámite incidental la defensa y HGS, tuvieron la oportunidad de presentar sus respectivos elementos de convicción y demostrar que el contenido de las pruebas allegadas por la fiscalía es contrario a la verdad.»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas: protección de sus derechos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, garantías de no repetición, concepto / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos, vulneración a las garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, oportunidad / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, la solicitud tardía de la Fiscalía, no desnaturaliza la pretensión

«La fiscalía señaló que procedió a verificar si HGS incumplió los compromisos adquiridos al momento de su desmovilización, debido a que en algunos medios de comunicación, uno impreso y otro de televisión, presentaron un especial denominado «LA VERDAD DETRÁS DE LA BURKA», en el que se indicaba que GS reincidió en comportamientos revictimizantes, cuando se contactó con menores de edad para que se desplazaran hasta la penitenciaría donde se encontraba recluso con el fin de tener relaciones sexuales con aquél. [...]

[...] para la Sala queda claro que GS incumplió los compromisos propios del proceso de Justicia y Paz, en especial la garantía de no repetición, esto es, que no se repliquen los patrones de conducta o modus operandi contra las víctimas. Ello por cuanto, con posterioridad a su desmovilización [efectuada el 3 de febrero de 2006] se contactó con menores de edad para que asistieran hasta la cárcel donde se encontraba detenido con el propósito de sostener relaciones sexuales con ellas.

Al a quo le asistió razón cuando señaló que, con aquellos actos HGS se apartó ostensiblemente de las obligaciones adquiridas, configurándose de esta manera la causal de exclusión prevista en el numeral 1° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012, esto es cuando, el postulado incumple «los compromisos propios de la presente ley».

Sobre ese aspecto resulta necesario señalar que el artículo 8° de la Ley de Justicia y Paz establece que el derecho de las víctimas comprende entre otros, una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de

las conductas. En este caso, la fiscalía demostró que el postulado incurrió en actos revictimizantes cuando citó a menores de edad, varias de ellas víctimas de agresiones sexuales en el pasado, para que lo visitaran a la cárcel a sostener relaciones sexuales.

Aceptar el planteamiento de la defensa, encaminado a señalar que las entradas de las menores fueron con propósitos diferentes a los de carácter sexual, sería desconocer el relato efectuado por ellas, quienes aseguran que acudieron por miedo.

Al respecto, Y.V.A. señala que los hombres bajo el mando de HGS, iban hasta su vivienda y le advertían que tenía que acudir a los llamados de éste, de lo contrario debía asumir las consecuencias. Se trató de una práctica recurrente del postulado, quien como se manifestó en la sentencia parcial, al ostentar la condición de jefe de un grupo armado organizado al margen de la ley, en claras manifestaciones de poder, se creyó con el derecho de decidir sobre el destino de las niñas de la región y a punta de amenazas, procedió a abusar sexualmente de ellas con el fin de satisfacer sus deseos libidinosos.

Por tanto, al A quo le asistió razón cuando indicó que insinuar que las víctimas entraron a la cárcel de manera voluntaria, es una manifestación que no es de recibo, pues se trata de otra forma de revictimizar a las menores de edad, ya que sus versiones son enfáticas y coincidentes en afirmar que acudieron ante el postulado por el temor que le tenían.

Aunque la defensa cuestiona la falta de contradicción que tuvieron esas declaraciones, tal como se referenció en el acápite 6.5. el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, prevé que, la causal de exclusión se debe acreditar con prueba sumaria. En este caso, la fiscalía presentó una serie de testimonios y documentos que resultan pertinentes y conducentes para demostrar que HGS incumplió los compromisos adquiridos cuando se acogió a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, entre los que se encuentran escritos en los que el postulado, con su puño y letra, solicitó autorización para el ingreso de las menores de edad a la cárcel donde se encontraba recluido después de su desmovilización. Aspecto que no fue desvirtuado por aquél o su defensor, quienes solo se limitaron a señalar que las pruebas sumarias habían sido obtenidas de manera ilícita, sin explicar los motivos o fundamentos de tal afirmación.

De otro lado, el hecho de que la fiscalía se haya demorado en solicitar la exclusión de HGS, no tiene la virtualidad de desnaturalizar la

pretensión o tornar inexistente el hecho o los hechos que dieron lugar a la estructuración de la causal. [...]

Por tanto, a pesar de que los hechos por los que se solicita la exclusión de HGS sucedieron hace más de 15 años, tal circunstancia no le impide a la jurisdicción de Justicia y Paz, verificar si se acredita o no la causal invocada por la fiscalía, pues de no hacerlo se estaría dando un beneficio adicional que no se encuentra estipulado en la ley y se desconocería que cuando el postulado se desmoviliza acepta «voluntariamente contribuir con la reconciliación nacional conforme lo precisa el artículo segundo de la Ley 975 de 2005 modificado por la Ley 1592 de 2012, esta finalidad supone una serie de decisiones y actitudes encaminadas a dejar a tras su quehacer delictivo para ingresar a la civilidad, decisiones y actitudes que implicaban el cumplimiento de una serie de exigencias vinculadas con el ayer delictual y el inicio de un futuro en la búsqueda de la reconciliación, la paz y la convivencia propias del nuevo rumbo» [Cfr. CSJ AP, 23 ag. 2011, rad. 34423].

En este caso, el comportamiento y la actitud desplegada por HGS va en contravía de los compromisos adquiridos cuando se sometió al proceso de justicia transicional. Lo anterior, por cuanto a pesar de haberse desmovilizado del grupo armado, GS ignoró las obligaciones y condiciones que se le impusieron, para continuar dando órdenes a quienes estuvieron bajo su mando y así lograr que ingresaran menores de edad a los sitios en los que se encontraba recluido, comportamiento similar al ejecutado cuando fungía como comandante del Bloque Resistencia Tayrona de las AUC.

Por tanto, no son de recibo los argumentos expuestos por la defensa encaminados a que el postulado ha estado atento a los llamados de la justicia, pues para acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, resulta necesario el cumplimiento total de los compromisos adquiridos al momento de la desmovilización, entre los que se encuentra, garantizar los derechos de las víctimas, lo cual comprende una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y la no repetición de los hechos victimizantes [artículo 8 de la Ley 975 de 2005].

De allí que, ha de insistirse, que el cumplimiento de los objetivos del proceso transicional debe tomarse en serio, por lo que la inobservancia de los compromisos aceptados constituye una causal ineludible para apartar al postulado de la Ley de Justicia y Paz».

Inicio

- 16. LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: su superior funcional es el Tribunal Superior / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: ostenta la condición de Juzgado del Circuito / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: recurso de apelación, su conocimiento es competencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior

La Sala de Casación Penal no se pronunció sobre los recursos de apelación propuestos por HVG, por su apoderado y por el Ministerio Público, contra el auto mediante el cual, el Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, negó la libertad a prueba al postulado condenado, al determinar que no es competente para conocer de ellos.

En consecuencia, devolvió el expediente a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que, de manera inmediata, le imprima el trámite correspondiente.

Para ello, recordó que, el Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias tiene categoría del circuito, por lo que, su superior funcional es la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

AP482-2024(65511) de 07/02/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. HVG, quien militó en los Bloques Bananero, Calima y Metro de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC-, le solicitó al Juzgado Penal del Circuito con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional la concesión de la libertad a prueba.
2. El 21 de febrero de 2022, el Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional negó la libertad a prueba al postulado condenado.

3. En consecuencia, HVG, su apoderado y el Procurador 1 Judicial II Penal acudieron al recurso de apelación.

4. La titular del juzgado concedió los recursos, en el efecto devolutivo, ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

5. El expediente fue remitido el mismo día y fue sometido a reparto al interior del Tribunal Superior de Bogotá el 22 de febrero de 2022.

6. El 19 de diciembre de 2023, la Magistrada a la que correspondió el conocimiento, se abstuvo de resolver la apelación y remitió el expediente a la Corte Suprema de Justicia, por competencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: su superior funcional es el Tribunal Superior / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: ostenta la condición de Juzgado del Circuito / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: recurso de apelación, su conocimiento es competencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: devuelve por competencia el expediente a la Sala de Justicia y Paz

«Esta Corporación, de manera pacífica, ha dicho que:

“i) El Acuerdo PSAA14-10109 del 21 de febrero de 2014, “Por el cual se adoptan unas medidas de descongestión para los despachos de magistrado con función de conocimiento de las Salas de Justicia y Paz de Bogotá, Barranquilla y Medellín, Distritos Judiciales del mismo nombre”, dispuso, en su artículo 3°, crear transitoriamente el Juzgado con función de Ejecución de Sentencias de las Salas de Justicia y Paz del territorio nacional, con jurisdicción en “todo el territorio nacional y [...] competencia para vigilar el cumplimiento de las penas y obligaciones impuestas a los condenados de Justicia y Paz, tal y como lo dispone el numeral 3° del inciso segundo del artículo 32 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 28 de la Ley 1592 de 2012. Su sede será en la ciudad de Bogotá”.

ii) El Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, “Por el cual se crean con carácter permanente; trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio

nacional”, se dispuso, en su artículo 32, la creación definitiva del Juzgado de Ejecución de Sentencias para Justicia y Paz en comento.

iii) Adicionalmente, esta Corporación, en auto CSJ AP456, 3 feb. 2016, Rad. 47175, estableció que:

“Puede decirse que este último estrado judicial [el Juzgado Penal del Circuito con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional] se encuentra, al margen de contar con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrito al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al fijarse en esa ciudad su sede y, además, porque el artículo 4° del Acuerdo PSAA14-10109 confiere a esa Corporación la labor nominadora del servidor público llamado a ejercer su titularidad. De igual manera, por cuanto al corroborar su ámbito funcional, es válido predicar que ostenta la condición de Juzgado del Circuito.

[...]

En ese orden, se vislumbra cómo en el subexamine el Tribunal del Distrito Judicial de esta ciudad funge como superior de los despachos inmersos en la discusión acerca de la autoridad

que ha de suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad ya señalada”.

2. Bajo las premisas anteriores, es claro que, aunque no lo comparta y requiera, en últimas, un cambio jurisprudencial al respecto, compete a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá asumir el conocimiento de los recursos de apelación propuestos por HVG, por su apoderado y por el Ministerio Público contra el auto del 21 de febrero de 2022, por ser el superior funcional del Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional.

Se dispondrá, por consiguiente, la devolución del expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que le imprima el trámite correspondiente.

Adicionalmente, dado que el auto controvertido fue proferido el 21 de febrero de 2022 y solo fue hasta el 19 de diciembre de 2023, esto es, casi dos años después de haberlo recibido, que la Magistrada a la que le correspondió por reparto rechazó su competencia, se le advertirá que debe darle trámite inmediato y, asimismo, pronta resolución, pues se trata de un asunto de libertad».

Inicio

- 17. ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: Grupo de Delincuencia Común, Grupo Armado Organizado (GAO), Grupo Delictivo Organizado (GDO), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Herramientas de investigación y judicialización: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Detención preventiva: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Causal de libertad: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias

La Sala de Casación Penal definió que la competencia para conocer de la solicitud de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» elevada por el defensor de YFVB dentro del proceso penal que se adelanta en su contra, corresponde al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante con sede en Buga.

Para el efecto, acudió a la distinción que estableció el legislador al momento de expedir la Ley 1908 de 2018, para así determinar cuándo se está frente a un Grupo de Delincuencia Común, un Grupo Armado Organizado o un Grupo Delictivo Organizado.

Así mismo, explicó las herramientas de investigación y judicialización que facilitan la labor de fiscales e investigadores encargados de perseguir a Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados; la modificación de términos para adelantar las actividades investigativas y la ampliación de la duración de la medida de aseguramiento, en esos casos.

Finalmente, aclaró que, corresponde a la Fiscalía, bien sea en la imputación o en la acusación, aludir a la efectiva pertenencia del procesado a un Grupo Delictivo Organizado (GDO) o a un Grupo Armado Organizado (GAO), con indicación diáfana del sustento fáctico y normativo, pues a partir de esta distinción se tendrá claridad sobre, entre otros aspectos, la duración de la medida de aseguramiento que se imponga, y las causales de

libertad, y el juez competente para resolver sobre estos tópicos.

AP3406-2023(64582) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Entre el 2 y 5 julio de 2021, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de con funciones de Control de Garantías de Cali, se adelantaron audiencias preliminares de legalización de capturas, de registros de allanamiento e incautación, formulación de imputación e imposición de medidas de aseguramiento contra YFVB y otras 11 personas.
2. El Fiscal 4° Local formuló imputación en contra de YFVB por la presunta comisión de los delitos de extorsión agravada en concurso heterogéneo con el punible de concierto para delinquir agravado. Señaló que, de acuerdo con los hechos denunciados, existía un grupo de delincuencia común organizada.
3. Correspondió el asunto al Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Conocimiento de Cali; el 17 de noviembre de 2021, se realizó audiencia de acusación en contra de YFVB y otras 3 personas, y lo acusó por los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión agravada.
4. El 23 de agosto de 2023, la defensa de YFVB, radicó solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad.
5. El asunto fue repartido al Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con función de Control de Garantías de Cali, despacho que instaló audiencia el 29 de agosto de 2023.
6. En aquella oportunidad el defensor de YFVB expuso que solicitaba la «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» toda vez que, el asunto por el que se investiga a su representado no está relacionado con un Grupo de Armado Organizado (GAO) o un Grupo Delictivo Organizado (GDO), pues así no lo indicó la Fiscalía en la audiencia de imputación.
7. Luego de escuchar a las partes, el funcionario judicial indicó que en el escrito de acusación la Fiscalía sí menciona en forma expresa

e inequívoca la existencia de un Grupo de Delincuencia Organizada, y concluyó que, los competentes para resolver la solicitud de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad, eran los jueces ambulantes de Buga.

8. Ante la controversia, el Juez Treinta y Dos Penal Municipal con función de Control de Garantías de Cali envió el caso a la Sala para definir la competencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ORGANIZACIÓN CRIMINAL - Ley 1908 de 2018: Grupo de Delincuencia Común, Grupo Armado Organizado (GAO), Grupo Delictivo Organizado (GDO), diferencias / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Grupo armado organizado (GAO): características / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Grupo delictivo organizado (GDO): características / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Grupo de Delincuencia Común: características / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: reglas de competencia

«[...] como son igualmente aplicables al caso las reglas de competencia fijadas en la Ley 1908 de 2018 que adicionó el Código de Procedimiento Penal, resulta pertinente acudir a la distinción que estableció el legislador al momento de expedir dicha disposición (Proyectos de Ley No. 198 del 2018 Senado y No. 227 Cámara), para así determinar cuándo se está frente a un Grupo de Delincuencia Común, Grupo Armado Organizado o Grupo Delictivo Organizado.

De acuerdo con la exposición de motivos plasmada en el Proyecto de Ley No. 198 Senado, el fundamento de esta norma (Ley 1908 de 2018), devino de la creciente escalada de criminalidad en el territorio nacional; el surgimiento de fenómenos conocidos como el narcomenudeo, microtráfico, reincidencia y cibercriminalidad, entre otros; y, con la finalidad de propender por el cumplimiento efectivo de las condenas y otorgar mayores herramientas para la investigación y judicialización de organizaciones criminales, el Legislador se vio en la necesidad de adoptar medidas que permitieran el desmantelamiento de tales organizaciones (Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados), así como su sujeción a la justicia, pues estos «constituyen una amenaza directa para la ciudadanía colombiana, las

instituciones y servidores del Estado, [e impiden] la consolidación de la paz”.

En esa dirección, la finalidad propuesta incluyó la línea conceptual adoptada por instrumentos jurídicos internacionales frente al fenómeno del crimen organizado (Convención de Palermo), así como el contexto interno de actividades delictivas de grandes grupos criminales en el territorio nacional, lo que contempló: «de una parte, la asociación estructurada y plural de personas para delinquir, con ánimo de permanencia, y un objeto concreto que es obtener un beneficio económico y material, o la afectación a la seguridad y convivencia social; y de otra, la asociación armada de personas, bajo la dirección de un mando responsable, y cuyo fin es controlar un determinado territorio para realizar operaciones sostenidas y concertadas» (Exposición de motivos. Gaceta No. 84 de 21 de marzo de 2018.).

Como características que permitan definir la existencia de un GAO o un GDO, y diferenciarlos de un Grupo Delincuencial Común (Ley 1786 de 2016), el Legislador plasmó en el proyecto de ley, las siguientes:

Grupos Armados Organizados: (i) cuentan con una jerarquía criminal establecida, que se distribuye verticalmente con organización de mando; (ii) se caracterizan por la explotación de economías ilegales como: narcotráfico (lo que incluye toda la cadena de producción - adquisición de insumos, cultivo, cosecha, procesamiento); minería ilegal; trata de personas; tráfico de migrantes; contrabando de hidrocarburos y sus derivados, entre otros; (iii) tienen alta capacidad bélica y criminal; (iv) ejercen control territorial; (v) disponen de zonas campamentarias; (vi) acuden al empleo de armas no convencionales, campos minados y acciones que constituyen actos de terrorismo; (vii) hacen presencia en zonas rurales y de difícil acceso; (viii) tienen un modelo de expansión criminal con el uso de armas «equiparadas a las de la infantería militar, esto es, armamento largo (fusiles y ametralladoras), granadas y explosivos; (ix) es constante su violación de DD.HH. y DIH; y (x) hacen alianzas con otros grupos criminales o subestructuras, lo que aumenta la criminalidad en los territorios.

Grupos Delictivos Organizados: (i) se caracterizan por su actividad «multicriminal urbana» con alto impacto territorial; (ii) no tiene una estructura jerarquizada que contenga una

línea de «mando»; (iii) su afectación delictiva tiene alcance regional; (iv) en el ámbito local, cuenta con la capacidad de cohesionar estructuras de delincuencia común; y (v) en ocasiones disponen de subestructuras que les permite ejercer mayor o menor presencia territorial.

Tal diferenciación permitió fijar en el texto definitivo aprobado en plenarios de Senado y Cámara (Gacetas 491 y 498 de 2018, respectivamente), determinados conceptos y elementos concurrentes que permiten identificar cuándo se está ante uno y otro grupo; distinción que quedó plasmada en el artículo 2° de la Ley 1098 de 2018.

[...]

Para el Estado, el surgimiento de estos grupos criminales también comportó la necesidad de adelantar actuaciones positivas que permitieran su desarticulación y judicialización, a través de dos estrategias: «la primera, dirigida a fortalecer el sistema de normas y mecanismos procesales y de investigación que permitan a los fiscales, jueces y servidores con funciones de policía judicial enfrentar de manera oportuna y eficaz a dichas organizaciones; y la segunda, definida como «un procedimiento especial para la sujeción a la justicia de grupos armados organizados, sin que esto signifique en ningún momento su reconocimiento político o la aplicación de mecanismos de justicia transicional.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: deberes, sustentar la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Herramientas de investigación y judicialización: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Detención preventiva: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Causal de libertad: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: herramientas de investigación y judicialización / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: detención preventiva / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: causales de libertad

«En cuanto a la incorporación de nuevas herramientas de investigación y judicialización que faciliten la labor de fiscales e investigadores

encargados de perseguir a Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados dispuso; además de la modificación de términos para adelantar las actividades investigativas, la ampliación de la duración de la medida de aseguramiento puesto que, al tratarse de un «tipo de criminalidad compleja», requiere de instrumentos legales sólidos que permitan al ente acusador adelantar su función investigativa «sin la interferencia de los miembros de las organizaciones criminales que ya han sido identificado y respecto de los cuales sea procedente la medida de aseguramiento».

(i) En lo que tiene que ver con las herramientas de investigación y judicialización, se advierte la siguiente diferencia:

Ley 906 de 2004

Artículo 224. PLAZO DE DILIGENCIAMIENTO DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO.

La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.

Ley 1908 de 2018

Artículo 224A. TÉRMINO PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES INVESTIGATIVAS DE GRUPOS DELICTIVOS ORGANIZADOS Y GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS.

“(…), cuando se trate de las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, la orden del fiscal deberá ser diligenciada en un plazo de seis (6) meses, si se trata de la indagación, y de tres (3) meses, cuando esta se expida con posterioridad a la formulación de imputación.

Ley 906 de 2004

Artículo 244. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

Ley 1908 de 2018

Artículo 18. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS.

Parágrafo 1. Los términos para la búsqueda selectiva en base de datos en las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados en etapa de indagación serán de seis (6) meses y en investigación de tres (3) meses, prorrogables hasta por un término igual (...)

(ii) El término de la detención preventiva también comportó una modificación sustancial:

Artículo 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO - Ley 906 de 2004-

El término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año.

Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial.

Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo.

Artículo 307A. - Ley 1908 de 2018-

Término de la detención preventiva. Cuando se trate de delitos cometidos por miembros de Grupos Delictivos Organizados el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de tres (3) años.

Cuando se trate de Grupos Armados Organizados, el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de cuatro (4) años.

Vencido el término anterior sin que se haya emitido sentido del fallo, se sustituirá la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad que permita cumplir con los fines constitucionales de la medida en relación con los derechos de las víctimas, la seguridad de la

comunidad, la efectiva administración de justicia y el debido proceso.

(...)

(iii) Y, finalmente respecto a las causales de libertad se evidencia con claridad la intención del Legislador de fortalecer el término de la vigencia de la medida de aseguramiento:

Artículo 317. - Ley 906 de 2004-

La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

(...)

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.

6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.

(...)

Artículo 317A - Ley 1908 de 2018-

Las medidas de aseguramiento en los casos de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados tendrán vigencia durante toda la actuación.

La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

(...)

4. Cuando transcurridos cuatrocientos (400) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

5. Cuando transcurridos quinientos (500) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio por causa no imputable al procesado o a su defensa.

6. Cuando transcurridos quinientos (500) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya emitido el sentido del fallo.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente la importancia de que la Fiscalía General de la Nación precise en la imputación o la acusación, de acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes, si la conducta por la cual llama a juicio al indiciado fue ejecutada como integrante de un grupo delictual común; o en su condición de perteneciente a un Grupo Delictivo Organizado; o Grupo Armado Organizado, con indicación diáfana del sustento fáctico y normativo, pues a partir de esta distinción se tendrá claridad sobre, entre otros aspectos, la duración de la medida de aseguramiento que se imponga, y las causales de libertad, y el juez competente para resolver sobre estos tópicos, pues las incidencias de hacer mención de si trata de uno u otro, sí genera unas consecuencias sustanciales, como viene de verse.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la organización criminal se atiene a los planteamientos de la Fiscalía en el caso concreto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, corresponde al de la ciudad o municipio donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación

«[...] surge evidente que sí bien la Fiscalía en la audiencia de imputación, en el escrito de acusación, y en la diligencia de acusación empleó la palabra «común» lo cierto es que en los hechos jurídicamente relevantes sí indicó que YFVB integra un Grupo Delincuencia Organizado - GAO- denominado “Tercera Generación” pues no solo dio cuenta de su estructura, sino que, aludió a la forma de operar y el rol que él desempeñaba, por lo tanto, sí debe aplicarse la regla de competencia establecida en la Ley 1908 de 2018.

De tal modo, el conocimiento de la solicitud de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» elevada por la

defensa de YFVB, de acuerdo con las precisiones de la Sala en torno a la asignación especial de competencia fijada en el parágrafo 3 del artículo 25 de la Ley 1908 de 2018 y la regla prevista en el artículo 317A de la Ley 906 de 2004, debe ser asumida por un juzgado con función de control de garantías ambulante con jurisdicción en el territorio donde se haya formulado imputación o donde se haya radicado el escrito de acusación.

En consecuencia, la Sala asignará la competencia para conocer la audiencia

preliminar de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» al Juzgado Penal Municipal Ambulante con sede en Buga, teniendo en cuenta que este despacho judicial tiene competencia territorial para atender la función de control de garantías en los asuntos por delitos cometidos por integrantes de GDO y GAO en la ciudad de Cali (Cfr. Acuerdo PCSJA19-11379 del 6 de septiembre de 2019).

Inicio

18. PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, fecha a partir de la cual se debe contabilizar / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, reglas jurisprudenciales / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, aplicación a casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022 / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, no es aplicable a procesos regidos bajo la ley 600 de 2000

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió la imposibilidad jurídica de continuar con el estudio de la demanda de casación presentada por la defensa de JJLM contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia -que confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia- que declaró responsable al procesado de la conducta punible de falsedad ideológica en documento público.

Fue así como, la Sala declaró la extinción por prescripción de la acción penal y, por consiguiente, decretó, en favor del procesado, la preclusión de la actuación; ya que, la sentencia de segunda instancia se profirió el 17 de mayo de 2018, y el término de los 5 años de que trata el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, expiró el 17 de mayo de 2023.

Lo anterior, en consideración a que, la interpretación jurisprudencial más favorable, es

aquella según la cual, el plazo de 5 años mencionado en el artículo 189 de la Ley 906 debe contarse a partir de la fecha en la que se profiere la sentencia de segunda instancia, sin ningún tipo de adición.

Ahora bien, sobre la regla mencionada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció dos sub reglas: i) ésta solo se aplicará en aquellos casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022, fecha en que se promulgó la Sentencia SU-126 de 2022; y ii) no es aplicable a los trámites adelantados bajo la Ley 600 de 2000.

AP749-2024(53260) de 21/02/2024

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Salvamento de voto:

Gerson Chaverra Castro

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. JJLM, ejecutivo y segundo comandante del Batallón Energético y Vial N.º 8, autorizó con su firma el acta de pago de recompensa N.º 068 de 2008. Con este documento se reconocía la suma de \$700.000 al ciudadano LHVT por, supuestamente, haber suministrado información que llevó a la muerte en combate, el 28 de marzo de 2008, de un presunto integrante de una banda criminal al servicio del narcotráfico.

2. Realizados los actos de investigación se demostró que LHVT era un desmovilizado del ELN, que no estaba registrado como cooperante del Comando de la Cuarta Brigada y que no fue él la persona que firmó el acta ni estampó su huella como beneficiario de dicha recompensa. Las pruebas de dactiloscopia permitieron establecer que la huella correspondía a ELC, un soldado adscrito a la sección de inteligencia del Batallón Energético y Vial N.º 8.

3. Adicionalmente, se estableció que el acta de pago de recompensa N.º 068 de 2008 se intentó usar para justificar, en otro proceso penal, la muerte en combate de JMCC a manos de miembros del Ejército Nacional. Sin embargo, en dicho proceso se determinaron tres cosas: (i) que la muerte de JMCC se trató de una ejecución extrajudicial cometida por miembros del Batallón Energético y Vial N.º 8; (ii) que como la supuesta operación no existió, no se utilizaron informantes en su ejecución y (iii) que los \$700.000 presuntamente pagados a LHVT nunca le fueron entregados a él ni a otra persona, sino que se los apropiaron quienes hacían parte de la sección de inteligencia del referido Batallón.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Interrupción del término: diferencias con la suspensión / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, finalidad / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, fecha a partir de la cual se debe contabilizar / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, evolución jurisprudencial / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, reglas jurisprudenciales / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, jurisprudencia constitucional / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, aplicación a casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022 / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, no es aplicable a procesos regidos bajo la ley 600 de 2000 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, sólo es posible cuando ese

ejercicio no genera un traumatismo o resquebrajamiento del sistema mixto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - No es aplicable la Ley 906 de 2004: respecto a la suspensión de la prescripción a partir del fallo de segunda instancia en procesos regidos por la Ley 600 de 2000

«A diferencia de los anteriores regímenes procesales penales, el proyecto de ley que posteriormente se convertiría en la Ley 906 de 2004 contempló, por primera vez, la necesidad de establecer la suspensión del término de prescripción de la acción penal después de proferida la sentencia de segunda instancia. Esta disposición normativa tuvo como propósito claro evitar que se empleara el recurso de casación para generar la prescripción de la acción penal.

Para ello, durante los primeros debates legislativos la proposición normativa disponía lo siguiente: «Artículo 183. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción». Este texto se mantuvo incólume durante la primera parte del trámite legislativo. Sin embargo, sufrió una modificación importante al momento de aprobarse el texto definitivo del articulado de lo que sería el nuevo Código de Procedimiento en plenaria de Cámara:

«Artículo 183. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años» (énfasis fuera del original)

De acuerdo con el contenido de las actas de las sesiones plenarias, en el debate legislativo se advirtió que no era constitucionalmente admisible suspender el término de prescripción de manera indefinida. Por el contrario, los legisladores notaron la necesidad de precisar un término delimitado que, por un lado, garantizara el fin de la norma, es decir, que evitara que el recurso de casación fuera utilizado para buscar la prescripción de la acción penal, pero, por otro lado, garantizar que el procesado no quedara indeterminadamente bajo el poder punitivo del Estado. De esta forma se mantuvo el texto, prácticamente, durante el resto del trámite hasta que fue aprobado en la versión idéntica que conocemos hoy del artículo 189 del C.P.P.

Según los resultados que arroja el sistema de consulta de jurisprudencia de la Corte Suprema

de Justicia, durante los tres primeros años de entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no tuvo a su consideración ningún caso que planteara la necesidad de pronunciarse sobre el contenido y el alcance del artículo 189 del C.P.P.

Solo fue hasta el Auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867, cuando esta Corporación definió la regla según la cual después de proferida la sentencia de segunda instancia, el término de prescripción se suspende por cinco años, pero una vez transcurridos, se reanuda el conteo del lapso restante correspondiente al término del artículo 86 del CP, esto es, el que se viene contando desde la formulación de imputación.

Así, salvo lo dispuesto en la sentencia CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325, que fue una decisión aislada, la anterior regla fijó un precedente estable y sólido con casi décadas de vigencia al interior de esta Corporación.

Para justificar esta regla, de una parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de parámetros de razonabilidad hermenéutica distinguió las expresiones «suspender» e «interrumpir» frente a lo cual señaló que «[l]a primera expresión implica «cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo»; la segunda quiere decir «detener o diferir por algún tiempo una acción u obra»» (cfr. CSJ SP4573-2019, rad. 47234). A partir de allí entendió que el artículo 189 del C.P.P. no definió un nuevo término de prescripción, sino que el cálculo que se inicia por cuenta de la formulación de la imputación se detiene (suspende) durante cinco años luego de proferida la sentencia de segunda instancia, y se reanuda nuevamente una vez expirado este último lapso.

De otra parte, esta Sala también justificó esta interpretación en la voluntad del legislador dirigida en últimas a evitar que los procesos prescribieran en sede de casación, o dicho en otras palabras, garantizar que este mecanismo excepcional no se convirtiera en una alternativa que posibilitara la evasión de la administración de justicia y por tanto un escenario de impunidad.

Los anteriores argumentos reflejan que el criterio que se desprende del precedente definido en CSJ 21 mar. 2007, rad. 19867 no obedeció a razones caprichosas o arbitrarias. Por el contrario, tuvo origen en una serie de motivaciones desarrolladas amplia y suficientemente durante

varios años por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su condición de órgano de cierre e intérprete autorizado de su jurisdicción dentro de parámetros de razonabilidad a partir de apreciaciones constitucionalmente admisibles.

Ahora bien, el 7 de abril de 2022 la Corte Constitucional profirió la Sentencia CC SU-126 de 2022. En esa decisión se analizó el alcance del término de «cinco (5) años» previsto en los artículos 352 de la Ley 1407 de 2010 (Nuevo Código Penal Militar) y el artículo 189 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que contienen la misma proposición normativa

[...]

En resumen, a diferencia de la posición consistente y reiterada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional estableció que al término de cinco años mencionado en las normas precitadas no puede agregársele, por vía de interpretación, un solo día adicional para efectos de determinar la fecha de prescripción de la acción penal.

Sin embargo, la CC SU-126 de 2022 no estableció con precisión desde cuándo debe contarse exactamente el término de prescripción en esta etapa del proceso. De hecho, en esa providencia se habla indistintamente de tres momentos diferentes:

Por ejemplo, en algunos apartados acudió al tenor literal de la proposición normativa según el cual «[p]roferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.» (CC SU-126 de 2022, párr. 41, 42 y 53.4);

En otros, se indica que «la Sala de Casación sólo tendría un término perentorio de hasta cinco (5) años contados desde la notificación de la sentencia de segunda instancia» (CC SU 126 de 2022. Párr. 53.6);

Incluso hay otros donde manifiesta que «los cinco (5) años de que tratan el artículo 352 de la Ley 1407 de 2010 (Nuevo Código Penal Militar) y/o del artículo 189 de la Ley 906 de 2004 deben contarse a partir del momento en que se ha interpuesto el recurso correspondiente pues, de otro modo, la Sala de Casación Penal tendría que comenzar a ocuparse de resolver asuntos que aún no han sido sometidos a su conocimiento» (CC SU-126 de 2022, párr. 57). [subrayas fuera de texto]

Esta indeterminación fue superada en la sentencia CC C-294 de 2022, reiterada con claridad en la CC SU-214 de 2023, notificada a esta Sala el pasado 28 de julio de 2023. Específicamente, en esta última decisión, la Corte Constitucional reiteró lo dispuesto en CC SU-126 de 2022, en el sentido de insistir en que «el lapso de cinco años previsto en la norma es un término perentorio para dictar la sentencia de casación que no puede extenderse ni un solo día más, so pena de que opere la prescripción de la acción sancionatoria». Adicionalmente, aclaró que «se entiende que el periodo en el que transcurre [el término de los cinco años], debe contabilizarse desde que se dicta la sentencia de segunda instancia, esto es, desde el día en que se adopta la providencia -no desde que se le da lectura-, momento a partir del cual es inmodificable dicha decisión».

En efecto, este último criterio se ajusta con mayor precisión a lo dispuesto reiteradamente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con la fecha a partir de la cual se debe contabilizar este término. En concreto, la línea de esta Sala ha sostenido, de manera clara, unánime y consistente, que la fecha a partir de la cual se cuenta el término de suspensión de la prescripción es cuando se profiere la sentencia de segundo grado, esto es, «no en la fecha en que se efectúa lectura del fallo, sino aquella en la que se da su aprobación».

Ante este panorama y dada la naturaleza sustancial de la figura de la prescripción como una garantía para el procesado, esta Sala se remitirá en lo sucesivo a la lectura e interpretación más restrictiva del término por ser la alternativa hermenéutica más favorable para éste. Así, el plazo de cinco años mencionado en el artículo 189 de la Ley 906 debe contarse a partir de la fecha en la que se profiere la sentencia de segunda instancia, sin ningún tipo de adición.

Ahora bien, como no se trata de aplicar irreflexivamente este criterio, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considera necesario formular las siguientes dos precisiones:

Primera. La regla descrita (supra párr. 29) solo se aplicará en aquellos casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022, fecha en que se promulgó la Sentencia CC SU-126 de 2022.

La aplicación de esta sub-regla tiene justificación en el hecho de que las sentencias, por regla general, incluso las de la Corte Constitucional, solo tienen efectos hacia el futuro. En consecuencia, no podrá alegarse la configuración del fenómeno prescriptivo con base en el parámetro definido en la CC SU-126 de 2022 en aquellos asuntos fallados con anterioridad al 7 de abril de 2022, pues fueron decididos con base en el precedente vigente para el momento -e incuestionado constitucionalmente hasta entonces- definido a partir de criterios razonables de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción penal en el país.

En ese sentido, esta Sala expresa dos consideraciones específicas en relación con las decisiones adoptadas antes del 7 de abril de 2022: de un lado, no podrá argumentarse que fueron producto de una vía de hecho judicial o de un escenario caprichoso o arbitrario en la determinación del término prescriptivo, pues, se insiste, están fundadas en un criterio con autoridad y justificado, producto de una interpretación razonable que, en su momento, fue considerada ajustada a derecho y acorde a la Constitución, motivo por el cual la integridad de dichas decisiones judiciales se mantendrá incólume. De otro lado, se precisa que tampoco pueden ser revisadas bajo la causal 7ª del artículo 192 del C.P.P., pues el parámetro fijado en esta providencia no constituye un ajuste o variación del precedente respecto de criterios que definen «la responsabilidad» o «la punibilidad», ámbitos estrictamente delimitados para los cuales está restringida tal posibilidad.

Segunda. La regla definida en el artículo 189 de la Ley 906 de 2004 no es aplicable a los trámites adelantados bajo la Ley 600 de 2000.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han sostenido que, si bien el principio de favorabilidad permite aplicar normas de la Ley 906 de 2004 a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, ello solo es posible cuando «no se refieren a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos». En otros términos, si se trata de instituciones estructurales y características del nuevo sistema, pero sin referente en el anterior, no podrá tener aplicación el principio en mención.

Lo anterior no se cumple con el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, en relación con la Ley 600 de 2000. La suspensión del término de prescripción de la acción penal con la sentencia de segunda instancia es una medida propia del modelo oral de tendencia acusatoria. Esta regla se relaciona con otras inherentes a dicho régimen, que fueron instauradas para darle celeridad al trámite y

evitar la impunidad. No solo no existe, pues, una norma similar en el sistema básicamente escritural de la Ley 600 de 2000, sino que la misma solo adquiere sentido y se explica en razón del modelo introducido con la Ley 906 de 2000. De hecho, aplicarla de forma extensiva al régimen de la Ley 600 de 2000 resultaría más gravoso y, por tanto, desfavorable para los procesados».

Inicio

19. PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: a través de acto administrativo por el que se nombra a empleado / **JUEZ** - Facultades: nombrar al Secretario de su Despacho, potestad que debe ejercer respetando el ordenamiento jurídico y la legitimidad que tiene para expedir ese tipo de actos administrativos / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** -

Se configura: al consignar información falsa en certificado de judicatura ad honorem

La Sala de Casación Penal, resolvió los recursos de apelación interpuestos por la delegada de la Fiscalía General de la Nación y por la defensa material y técnica del Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá CAVC, contra la sentencia condenatoria proferida en su contra por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, por el concurso de los delitos de prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público y fraude procesal.

La Corte confirmó la sentencia condenatoria, al encontrar probado que CAVC consignó voluntariamente información que no correspondía a la verdad en la resolución de nombramiento de EJÁG, respecto del cumplimiento de requisitos para acceder al cargo de secretario.

Sobre el tema, la Sala precisó que, las decisiones de un juez no se limitan a resolver los casos judiciales asignados a su despacho, sino que también debe proferir actos administrativos de vinculación de personal -entre otros-, respecto de los cuales, está obligado igualmente a actuar apegado a la ley.

En cuanto al delito de falsedad ideológica en documento público, concluyó que, el acusado obró con conocimiento de su ilegalidad y con voluntad de expedir los certificados (especificando tiempo, horario y funciones), en los que consignó falsamente que FARS y YLCL habían cursado la judicatura ad honorem en su despacho.

Ahora bien, teniendo en cuenta que FARS y YLCL hicieron uso de los documentos falsos ante la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia del Consejo Superior de la Judicatura, y el procesado tenía conocimiento de la ilicitud de su obrar y aun así actuó para inducir en error al servidor público, la Sala Penal indicó que, ninguna duda existe en cuanto a la configuración del delito de fraude procesal.

SP248-2024(58249) de 14/02/2024

Magistrado Ponente:

Gerardo Barbosa Castillo

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. CAVC, cuando se desempeñó como Juez 3° Administrativo del Circuito de Villavicencio, profirió la Resolución No. 007 del 1° de febrero de 2010, mediante la cual nombró en provisionalidad como secretario nominado de su despacho a ÉJÁG, persona a la que conocía al menos desde el año 2004.

2. En dicho acto administrativo consignó que (i) la lista de elegibles del cargo de secretario en propiedad se había agotado sin recibir postulaciones, y que, (ii) la hoja de vida de ÉJÁG evidenciaba que cumplía con los requisitos para posesionarse en dicho cargo, establecidos en el

Acuerdo PSAA-3560 de 2006 del Consejo Superior de la Judicatura.

3. La posesión se llevó a cabo el mismo 1° de febrero de 2010, según acta suscrita por el nominador y el posesionado, documento que fue aclarado mediante acta del 19 de febrero siguiente, con el fin de precisar que la posesión había sido en provisionalidad y no en propiedad, como se indicó erróneamente en un inicio.

4. Sin embargo, contrario a lo consignado en la Resolución No. 007, el posesionado para ese momento no cumplía con los requisitos establecidos en el Acuerdo PSAA-3560 de 2006 del Consejo Superior de la Judicatura, pues carecía del título profesional de abogado, lo que también contrarió los artículos 129 y 132 de la Ley 270 de 1996 o estatutaria de la administración de justicia.

5. El 15 de junio de 2010, el entonces juez CAVC profirió la Resolución No. 010, mediante la cual nombró y posesionó como auxiliar ad honorem de su despacho a FARS, y mediante certificación del 15 de abril de 2011, acreditó su desempeño en dicho cargo, con la descripción de funciones, tiempo de servicio, jornada laboral, entre otros datos. No obstante, dicho auxiliar *ad honorem* no desempeñó las funciones que le fueron certificadas.

6. El 13 de junio de 2011, mediante Resolución No. 015 y Acta No. 003 de la misma fecha, nombró y posesionó como auxiliar ad honorem de su despacho a YLCL, para que optara por el título de abogada; y el 20 de abril de 2012, certificó que había cumplido con ese requisito, con el desempeño de sus labores de manera ininterrumpida, desde el 13 de junio de 2011 al 13 de abril de 2012, con horario de 8 horas diarias, en jornada diurna, entre otros datos. A pesar de ello, durante el referido periodo la posesionada no desempeñó las funciones que certificó el juez, pues estaba vinculada laboralmente en el cargo de Supernumeraria de la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá, de manera presencial y en jornada diurna completa.

7. La certificación que expidió CAVC a FARS, fue radicada ante la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia del Consejo Superior de la Judicatura, en consecuencia, dicha entidad profirió la Resolución No. 1756 del 11 de mayo de 2011, reconociéndole el «requisito alternativo» para que

optara por el título de abogado, tanto así que actualmente porta la tarjeta profesional (...)

8. La certificación que le expidió a YLCL, también fue radicada ante la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia, autoridad que expidió la Resolución No. 2223 del 17 de mayo de 2012, reconociendo «la práctica jurídica establecida como requisito alternativo para optar el título de abogado», tanto que actualmente porta la Tarjeta Profesional (...)

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: a través de acto administrativo por el que se nombra a empleado / **JUEZ** - Facultades: nombrar al Secretario de su Despacho, potestad que debe ejercer respetando el ordenamiento jurídico y la legitimidad que tiene para expedir ese tipo de actos administrativos

«Del análisis conjunto de las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral y que resultan relevantes para confirmar o descartar el alegato de la defensa, se tiene lo siguiente:

(i) En la Resolución No. 007 del 1° de febrero de 2010 «[p]or medio de la cual se realiza un nombramiento en provisionalidad», suscrita por el entonces juez CAVC, en la que nombró en provisionalidad a EJAG en el cargo de Secretario Nominado del Juzgado 3° Administrativo de Villavicencio, consignó como uno de los considerandos:

«Que una vez estudiada la hoja de vida del doctor EJÁG, identificado con la C.C. (...), se determina que cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo PSAA-3560 de 2006 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, para acceder al cargo (...).» [Subrayas fuera del texto]

Al confrontar esta afirmación con la prueba documental No. 35 de la fiscalía, que corresponde al formato de hoja de vida del posesionado y que fue obtenida en la inspección que ordenó el ente investigador a la Oficina de Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial del Meta, se evidencia que dicha hoja de vida fue suscrita por el posesionado el 5 de febrero de 2010, es decir, cuatro (4) días después de llevarse a cabo la posesión.

De modo que, de entrada, se advierte que el funcionario judicial afirmó, en el documento, que había estudiado la hoja de vida del posesionado

y determinado que cumplía con los requisitos para acceder al cargo, cuando en realidad no fue así, pues dicho documento fue diligenciado y suscrito tiempo después. En otras palabras, surge una realidad incontrovertible, y es que el servidor público, a efectos de proceder con el nombramiento y posesión del Secretario del despacho, consignó en la resolución de nombramiento, con plena voluntad, un hecho ajeno a la realidad.

[...] el formato de hoja de vida sí hace parte de la documentación que se examina en el trámite del nombramiento y posesión de los servidores judiciales, pues resulta indispensable a efectos de corroborar, precisamente, el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para acceder a determinado cargo.

Dicho trámite lo conocía el funcionario judicial, en su condición de juez en carrera para la fecha de los hechos y, por ende, con un considerable recorrido profesional en la administración de justicia. Sabía que era imperativo su cumplimiento, pero optó voluntariamente por pasarlo por alto con miras a vincular a esta persona a su despacho, pese a la ausencia de requisitos.

(ii) La defensa sostiene, con miras a acreditar la existencia de un error de tipo, que EJAG allegó un acta de grado falsa con el fin de acreditar su condición de abogado, la que sirvió al juez de soporte para proferir los actos administrativos de nombramiento y posesión. [...]

[...] del examen conjunto de las pruebas tampoco se deduce, así sea sumariamente, que el acta de grado falsa haya existido. Si bien el propio EJAG reconoció que la «mandó a hacer» en una litografía, las labores de investigación de la fiscalía no dieron cuenta de su existencia y el documento tampoco fue aportado por la defensa para robustecer su tesis del error de tipo, como lo recalcó el a quo en la sentencia de primera instancia.

[...] el elemento subjetivo de la conducta de prevaricato por acción no exige acreditar la existencia de un móvil, sino que basta con que la decisión (en este caso, el nombramiento y posesión sin cumplir requisitos) haya sido proferida con conocimiento y voluntad, con independencia de si concurre además una motivación del servidor público para obrar de esa manera. La conciencia de la ilicitud también es

evidente, pero es una cuestión de culpabilidad que se evaluará en su momento.

[...]

Al respecto, se acreditó en el proceso que CAVC conocía a EJAG al menos desde el año 2008, cuando este último se desempeñaba como escribiente del Juzgado 25 Civil de Bogotá. El titular de ese despacho era compañero de estudio del aquí acusado (quien en ese entonces ejercía la profesión como litigante) y fue la persona que los presentó.

La defensa afirma que entre los entonces litigante y escribiente (respectivamente) siempre hubo una relación estrictamente laboral y que, en ese contexto, el primero de ellos vio al segundo desempeñarse en la administración de justicia, lo cual lo motivó a ofrecerle el cargo de Secretario de juzgado en Villavicencio y arrendarle una habitación en el apartamento donde vivía, esto último para reducir gastos.

Además, sostiene que no es trascendente que el procesado haya llamado al despacho judicial antes de posesionarse como juez para avisar que tenía conocimiento que el cargo de Secretario estaba vacante y que allí iba a nombrar a EJAG, por ser una persona «de su confianza», como lo aseguraron las testigos CPB y SCRA.

Se trata de eventos que contribuyen a dilucidar la relación previa (no necesariamente cercana o amistad íntima) que tuvo el acusado con quien iba a ser el Secretario de su despacho, pues no es menor el hecho de haberle ofrecido un cargo de no poca responsabilidad y, a la par, afirmar que se trataba de una persona «de su confianza». Esto claramente contradice las afirmaciones sobre el simple contacto visual o esporádico entre los dos, en el marco de actividades laborales.

Repárese además en que si fuera cierto que EJAG engañó al acusado haciéndole creer que era abogado, dicho evento no pudo ocurrir cuando se posesionó como Secretario de despacho en Villavicencio, en el año 2011, sino que necesariamente se remontaría al año 2008, cuando se desempeñó como escribiente en la ciudad de Bogotá en el Juzgado 25 Civil de Bogotá. [...]

La fiscalía también acusó y es motivo del recurso para controvertir la configuración del elemento subjetivo de la conducta, el hecho que el procesado vinculó al Secretario del despacho sin solicitar previamente al Consejo Seccional de la

Judicatura del Meta la respectiva lista de elegibles, o reportar la vacancia de ese cargo, pese a que existía registro de elegibles vigente.

[...]

Para la Sala, si bien el acusado no reportó la vacancia del cargo ante la autoridad competente, esa sola circunstancia no conllevaría necesariamente a concluir su voluntad de contrariar la ley, como lo concluyeron la fiscalía y la primera instancia, pues de la actuación resulta evidente que, ni en el año 2011 -cuando se posesionó EJAG-, hasta el 2013 cuando renunció, se allegó por parte de la autoridad competente la lista de elegibles del cargo, para su provisión en propiedad.

La falta de novedades administrativas en el referido cargo relacionada con la lista de elegibles, y pese a la vigencia del registro vigente, fue una situación que para la época predominaba no solo en ese juzgado sino en otros de igual categoría y especialidad en la ciudad de Villavicencio, como lo confirmó en el juicio oral el doctor JDSM, quien se desempeñaba para ese momento como juez en ese mismo distrito judicial.

6.4.2.7. No obstante, de los ordinales precedentes, pese a lo expuesto sobre la lista y el registro de elegibles, la prueba obrante en la actuación resulta suficiente para descartar la existencia de un error en la conducta del acusado y, por el contrario, confirmar que ejecutó la conducta de prevaricato por acción con conocimiento y voluntad, esto es, con dolo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, está probado que CAVC consignó voluntariamente información que no correspondía a la verdad en la resolución de nombramiento de EJAG, respecto del cumplimiento de requisitos para acceder al cargo de Secretario, y concretar así su vinculación al despacho. Y si bien la defensa insistió en que fue engañado con un acta de grado falsa, dicho documento no existió.

También que el entonces juez obró con absoluto desprecio de las responsabilidades que le asistían como titular del despacho, como la de poner en conocimiento a las autoridades competentes la ocurrencia de conductas punibles y remitir los documentos que obraban en su despacho sobre el particular, respecto de los cuales, tuvo el control mientras laboró en ese despacho.

La situación descrita ocurrió en el marco de una relación previa entre el nominador y el posesionado, la cual, si bien no puede catalogarse como una amistad íntima o cercana, sí evidencia que el acusado conocía suficientemente a EJAG y que dicha relación le permitió conocer no solo sus actividades laborales previas al año 2011, sino, específicamente, necesariamente si era o no profesional del derecho.

Está demostrado, entonces, que el acusado conocía que la persona a la que nombró y posesionó como Secretario de su despacho, que no era abogado y, aun así, voluntariamente procedió a vincularlo a la administración de justicia mediante acto administrativo, a sabiendas que se trataba de una decisión manifiestamente contraria a derecho.

En consecuencia, no es de recibo el argumento según el cual la conducta del acusado no causó daño alguno porque la persona que nombró como Secretario sin ser abogado desempeñó el cargo con eficiencia y sin tacha alguna, pues lo cierto es que la lesión al bien jurídico de la administración pública se materializó en el momento en que el funcionario contrarió los deberes que le asistían de adoptar decisiones, en este caso administrativas, apegado a la legalidad, moralidad, transparencia e imparcialidad»

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO

- El documento debe ser apto para servir de prueba de un hecho social y jurídicamente relevante / **TESTIMONIO**

- Valoración probatoria / **TESTIMONIO** - Credibilidad: apreciación

«La fiscalía acusó al doctor CAVC, como autor, de dos (2) de estas conductas, por el contenido de las certificaciones que les expidió a FARS y a YLCL, de cumplimiento de la judicatura, cuando el servidor público ostentaba en propiedad el cargo de Juez 3° Administrativo de Villavicencio. Al primero, mediante oficio del 15 de abril de 2011, y a la segunda, según oficio del 20 de abril de 2012.

Estos documentos fueron expedidos por el servidor público, con ellos los estudiantes quedaron habilitados para acudir ante la autoridad competente y demostrar el cumplimiento de las exigencias requeridas para optar por el título de abogado (como en efecto lo hicieron), de ahí que tampoco se discuta que se

trata de un documento que pueda servir de prueba.

La problemática que se plantea es si se acreditó el elemento normativo del tipo penal de haber consignado una falsedad en los referidos documentos públicos, expedidos por el juez en el marco de su función certificadora. Para la fiscalía, estas personas no se desempeñaron como judicantes ad honorem del Juzgado 3° Administrativo de Villavicencio, afirmación que fue respaldada en el juicio oral por los intervinientes y que también fue acogida por el a quo en el fallo de primera instancia.

La defensa, por su parte, controvierte las antedichas conclusiones con argumentos específicos para cada uno de los judicantes, lo que se analiza en lo sucesivo para verificar o descartar su acierto.

En relación con FARS, la defensa asegura que para la fecha en que hizo su judicatura estaba vigente el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura No. PSAA10-7543 del 14 de diciembre de 2010, el cual no exigía disponibilidad exclusiva ni jornada completa (sin especificar el apartado específico de la norma que regulara este tema), así que, ante la falta de espacio físico en el despacho, el juez lo autorizó a trabajar desde su casa e ir ocasionalmente a las instalaciones del juzgado.

Esta tesis sobre el desempeño de la judicatura de modo virtual, no presencial o semipresencial, fue respaldada por el propio FARS; sin embargo, la credibilidad de su declaración en el juicio fue impugnada por la fiscalía, como lo recapituló el a quo, pues se contradujo con la entrevista que rindió durante la etapa investigativa, en la que aseguró que para el cumplimiento de ese requisito trabajó en el juzgado de lunes a viernes, de 8:00 a.m. a 5:00 pm.

A más de lo anterior, en el certificado suscrito por el funcionario judicial -en el que acreditó el cumplimiento del referido requisito para optar por el título de abogado- consignó que las funciones de ese cargo las desempeñó «de lunes a viernes, en jornada de ocho (8) horas diarias». Pese a ello, en contraposición, el propio FARS expuso en el juicio oral que diariamente dedicaba «no más» de seis (6) horas de su tiempo en el cumplimiento de la judicatura.

Adicionalmente, su declaración se contradujo con las de otros testigos, también de la defensa, quienes aseguraron que él sí desempeñó

presencialmente sus labores de judicante en el Juzgado 3° Administrativo de Villavicencio, pese a la falta de espacio físico, dentro de sus instalaciones o en las del complejo judicial donde quedaba la sede de los demás juzgados administrativos.

[...]

En contraposición, los testigos de la fiscalía LOL (quien se desempeñaba como citadora del juzgado), SCRA (la servidora que antecedió al acusado en el cargo de juez y que luego trabajó como sustanciadora en ese despacho) y CPB (servidora en otro despacho, que trabajaba en el mismo edificio), aludieron al unísono que para la fecha de los hechos no hubo judicantes ad honorem en ese despacho.

[...]

Las supuestas contradicciones en que incurrieron estos testigos, como lo cuestionó la defensa, respecto de las circunstancias en que conocieron en actividades extralaborales a las personas a quienes luego hicieron pasar como judicantes, o que no recordaron con claridad las universidades donde estudiaban, de manera alguna se consolidan ni desdicen de la coherencia de sus relatos referidos a que en el despacho no tuvo estudiantes vinculados bajo la modalidad ad honorem durante los años 2011 y 2012.

[...]

En definitiva, se concluye que los documentos expedidos por el servidor público en relación con FARS, contienen afirmaciones falsas en cuanto a los requisitos de vinculación y el cumplimiento de la judicatura ad honorem en el Juzgado 3° Administrativo de Villavicencio.

Respecto de YLCL también aplica la conclusión del apartado anterior referida a que, con los testimonios de LOL, SCRA y CPB, se acreditó que para los años 2011 y 2012 no hubo judicantes ad honorem en el Juzgado 3° Administrativo de Villavicencio, y que, inclusive, en ese despacho judicial no existían hojas de vida de estudiantes vinculados bajo esa modalidad.

El acusado certificó documentalmente que esta persona ejerció como judicante por un periodo de 10 meses, del 13 de junio de 2011 al 13 de abril de 2012, «de lunes a viernes, en jornada de ocho (08) horas diarias». Sin embargo, como lo señaló la fiscalía en la acusación, y lo probó en el juicio oral, al mismo tiempo se desempeñó en el cargo

de «supernumeraria» de la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá, de lunes a viernes, de 8:00 a 5:00, y un sábado cada 15 días, de 8:00 a 11:00 a.m.

[...]

Le asiste razón al ente investigador cuando aseguró que era imposible que estuviera en dos sitios a la vez. En contraposición, la defensa planteó en el juicio oral y en los recursos de apelación que ejecutó ambas funciones estando trabajando en Bogotá, pues las labores en la Secretaría de Hacienda no le repercutían un tiempo considerable. Se trata de un argumento que no conduce a concluir que pudo (material y jurídicamente) desempeñar las dos labores en forma simultánea.

En efecto, si bien el testigo ÓARF, quien era el coordinador del punto de atención donde laboró YLCL, confirmó que la carga laboral era variable y que había flexibilidad para que los servidores estudiaran o solicitaran permisos, en ningún momento ratificó que las labores en la Secretaría de Hacienda pudieran cumplirse junto con otro trabajo de tiempo completo, o que conociera la doble vinculación laboral de esta persona, y mucho menos, que le haya autorizado permisos para desplazarse a Villavicencio a cumplir con sus otras responsabilidades.

Adicionalmente, nada aporta al proceso la afirmación defensiva, según la cual, la vinculación de YLCL al despacho se evidenciaba en que durante dicho tiempo hubo una mejora significativa en las estadísticas, pues se trata de una circunstancia que no depende en exclusiva de una persona, sino de las labores del juez, de los empleados vinculados en nómina, y de aquellos en descongestión, que como se indicó en el juicio oral, también se desempeñaron en el juzgado en ese entonces.

Lo expuesto hasta ahora es suficiente para ratificar igualmente que los documentos expedidos por el servidor público, en relación con YLCL contienen afirmaciones falsas referidas a que cursó la judicatura ad honorem en el Juzgado 3° Administrativo de Villavicencio»

DOCUMENTO PÚBLICO - Función certificadora del servidor público / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Se configura: cuando el servidor público consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad / **FALSEDAD IDEOLÓGICA**

EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura: al consignar información falsa en certificado de judicatura ad honorem

«La Sala advierte que en la actuación sí quedó en evidencia el referido vínculo entre el entonces juez y FARS y YLCL, y que el mismo, es un elemento para concluir la conciencia y voluntad del acusado de plasmar certificados donde se afirmaba que estas personas habían cumplido la judicatura en su despacho, cuando realmente no fue así.

En lo que respecta a FARS, existía un vínculo que, si bien no puede calificarse como de amistad íntima, sí refleja que no eran del todo extraños con el acusado cuando se materializó su vinculación al despacho judicial, y menos aun cuando le certificó falsamente que había cumplido el tiempo, horario y funciones de la judicatura.

Es del caso recordar que esta persona supuestamente ingresó a dicho despacho judicial a cursar el requisito de grado por recomendación que le hiciera el entonces Juez 4° Civil Municipal de Villavicencio, quien conocía de tiempo atrás al aquí acusado; de ahí que pueda afirmarse la existencia de un vínculo entre ellos dos y no simplemente que nada ni nadie los relacionaba.

Adicionalmente, el propio FARS afirmó en su declaración en el juicio oral que le pidió a CAVC que «le echara una manito» con un proceso que tenía su «abuelito» en uno de los juzgados, y que este último le dijo que no podía hacer nada, evento que, a todas luces, denota un nivel de confianza considerable entre ellos dos (con independencia del eventual reproche jurídico penal de ese obrar).

Otra situación que resulta dicente al respecto, es que, como también lo declaró el propio FARS, él le presentó al juez (procesado en esta actuación) a DCO, en un lugar fuera del recinto del despacho, con quien tiempo después el funcionario judicial tuvo una relación sentimental, evento que también desmiente que el trato entre ellos dos hayan sido del todo distante.

Lo mismo ocurre en lo que atañe a YLCL. Respecto de ella, la defensa no controvertió que tuvo una relación sentimental con el acusado, tanto que en los alegatos de apertura planteó que el funcionario «se enamoró de su judicante y eso no es un pecado», refiriéndose explícitamente a esta persona. La discusión la centra en que,

según su dicho, el vínculo sentimental surgió una vez ella culminó su judicatura en el Juzgado 3° Administrativo de Villavicencio.

Estas afirmaciones se desvirtúan una vez son contrastadas con las declaraciones de LOL y SCRA, a quienes se les ha dado plena credibilidad, según se vio, cuando refirieron no solo que en el despacho del procesado nunca hubo judicantes, sino que conocieron a YLCL en un evento social donde el juez la presentó como su novia, con independencia de si también estuvo involucrado sentimentalmente con DCO.

Recuérdese que la supuesta judicatura tuvo lugar cuando LOL y SCRA eran empleadas del juzgado y podían dar fe de su existencia; adicionalmente, no desconocieron haber visto a YLCL, pero no como judicante, ejerciendo sus labores de lunes a viernes de 8:00 a 5:00 como lo certificó el acusado, sino en su rol de pareja sentimental o novia del juez para la fecha de los hechos.

Cabe agregar que el elemento cognoscitivo en este caso no se apoya en exclusiva en los vínculos entre el nominador y los supuestos judicantes, sino que, como acertadamente lo concluyó el a quo, su condición de funcionario judicial en carrera le permitía conocer el deber de consignar la verdad en los documentos suscritos en ejercicio de sus funciones, a pesar de lo cual optó voluntariamente por contrariar la verdad.

En definitiva, se concluye sin margen a duda que el acusado CAVC obró con conocimiento de su ilegalidad y con voluntad de expedir los certificados (especificando tiempo, horario y funciones), en los que consignó falsamente que FARS y YLCL habían cursado la judicatura ad honorem en su despacho»

FRAUDE PROCESAL - Dolo / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: la administración pública, tanto judicial como administrativa

«[...] tanto FARS como YLCL hicieron uso de los documentos falsos ante la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia del Consejo Superior de la Judicatura, lo que conllevó a que el entonces director expidiera los siguientes actos administrativos:

(i) Resolución No. 1756 del 11 de mayo de 2011, reconociéndole a FARS el «requisito alternativo» para que optara por el título de abogado.

Actualmente esta persona porta la tarjeta profesional No. (...)

(ii) Resolución No. 2223 del 17 de mayo de 2012, reconociéndole a YLCL «la práctica jurídica establecida como requisito alternativo para optar el título de abogado». Actualmente esta persona porta la tarjeta profesional No. (...)

De modo que ninguna duda existe en cuanto a la configuración del elemento objetivo del delito de fraude procesal.

En lo que respecta al elemento subjetivo de esta conducta, este se configura cuando el sujeto activo tiene conocimiento de la ilicitud de su obrar y aun así actúa para inducir en error al servidor público.

Sobre el particular, se tiene:

(i) La experiencia profesional de CAVC, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Juez 3° Administrativo del Circuito de Villavicencio, le permitían conocer a plenitud la modalidad de vinculación ad honorem que hacen estudiantes de derecho en la Rama Judicial.

(ii) Del mismo modo, que dicha vinculación es un requisito exigido por las universidades para proceder otorgar el título profesional en derecho, una vez se acredita su cumplimiento, y que a él como titular del despacho le correspondía el deber de plasmar la verdad en las certificaciones que expedía con tal propósito, pues de lo contrario estaría habilitando irregularmente el trámite de obtención del título profesional.

(iii) Y finalmente, el servidor público sabía que la referida certificación era un documento exigido por la autoridad del Consejo Superior de la Judicatura encargada de avalar el cumplimiento de la judicatura, como requisito de grado para optar por el título de abogado. Tanto así que en el encabezado de cada una de estas certificaciones consignó que las expedía «[d]e conformidad con lo establecido en el art. 40 del D.L. 052 /87 y Dcto. No. 1862 de 1989 y para los efectos legales pertinentes».

El artículo en mención del primero de los citados decretos, regula las funciones para el ejercicio de empleos de la Rama Judicial, incluyendo el cargo de «auxiliar judicial», mientras que el segundo de los decretos regula los cargos «ad honorem para el desempeño de la judicatura», y en lo que aquí interesa, refiere que «[e]l servicio jurídico voluntario prestado durante un término no inferior a nueve (9) meses, servirá de judicatura

para obtener el título de abogado, en reemplazo de la tesis de grado».

Inicio

20. SECUESTRO - Diferencia con el secuestro extorsivo / **SECUESTRO SIMPLE** - Recuperación de lo propio / **PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Vulneración: cuando el argumento judicial no se basta a sí mismo para justificar la conclusión / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, no se cumple

La Corte decidió los recursos de casación interpuestos por las defensas de LJCG y LFCC, así como la impugnación especial presentada por el apoderado del acusado ERGR, contra la sentencia proferida por el Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, que revocó la absolución dictada por el Juzgado 13 penal del circuito con función de conocimiento de esa ciudad, y en su lugar, condenó a los procesados como coautores responsables del delito de secuestro simple agravado, con circunstancias de mayor punibilidad.

La Sala penal casó y revocó en su integridad la sentencia impugnada, consecuencia de lo cual, en virtud de la garantía del derecho a la doble conformidad, la absolución dictada en primera instancia recobró plena vigencia.

Lo anterior, al evidenciar, a partir del análisis y valoración de los elementos de conocimiento que integran el acervo probatorio del proceso, que no existe certeza de que ERGR, LJCG y LFCC hubieren secuestrado a MFCP, FG y JGL, o como lo consideró el juez de primer grado, pervive un estado de duda razonable que, en todo caso, debe ser resuelta a favor de los procesados.

En esta oportunidad, la Corte estableció las diferencias existentes entre los delitos de secuestro y secuestro extorsivo, para concluir que, es imposible sostener que gana o renta quien recupera aquello de lo cual ha sido despojado, por lo que, si el secuestro tiene como finalidad recuperar lo propio, no será extorsivo sino simple.

SP220-2024(56852) de 14/02/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El procesado ERGR y FG participaron como organizadores de los eventos efectuados en las ferias del municipio de Sasaima, Cundinamarca, celebradas entre el 29 de junio y el 5 de julio de 2011. A raíz de dicho evento, el señor FG tuvo algunas dificultades económicas para pagar obligaciones a distintas personas por actividades desarrolladas en esas festividades.
2. El 5 de julio de 2011, después de las ferias del municipio de Sasaima y no lograr el cambio de un cheque en una entidad bancaria, el señor FG solicitó al procesado ERGR que lo transportara junto con su familia desde el municipio de Villeta, Cundinamarca, hasta la ciudad de Bogotá para cambiar el cheque y pagar sus deudas, y que lo hospedara en su hogar por miedo a las represalias que pudiera sufrir por el no pago sus obligaciones.
3. En un automotor viajaron, en la parte delantera, el procesado ERGR en condición de conductor y su compañera sentimental LJCG, y en las sillas de atrás, su socio FG, MFCP -esposa- y JGL -hermano-.
4. Se afirma que, cuando recorrían la vía y por la negativa de FG de pagar los dineros que adeudaba a ERGR, este le exigió que cumpliera con el pago, lo insultó, amenazó y privó de la libertad junto con sus familiares que viajaba en el vehículo, además, cerró las puertas del automotor y los despojó de sus celulares a través de su compañera LJCG.
5. Al ingresar a Bogotá -por la intervención de los policiales del puesto de control vehicular ubicado en inmediaciones del puente de Guadua- no pudieron continuar por encontrarse el vehículo en pico y placa, por esa razón, esperaron en un restaurante. A este lugar llegó el procesado LFCC, empleado de ERGR.
6. Posteriormente, el procesado LFCC, MFCP y JGL tomaron un taxi hasta el apartamento de

ERGR. Más tarde, después del pico y placa, llegaron FG, ERGR y LJCG.

7. Desde este lugar, MFCP y FG se comunicaron por celular con sus familiares, pidiéndoles que consiguieran la suma de \$20.000.000, porque los tenían retenidos y que tenían que pagar antes del mediodía del 6 de junio de 2011.

8. Por esta razón, los hijos de MFCP y FG denunciaron ante el GAULA lo sucedido, luego en dos operativos policiales -uno en el centro Comercial Salitre Plaza y el otro en el apartamento de ERGR, se logra la ubicación de estas personas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SECUESTRO - Diferencia con el secuestro extorsivo / **SECUESTRO SIMPLE** - Recuperación de lo propio / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** – Concepto

«Con sustento en la causal 1ª de casación, consagrada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, se alega una supuesta aplicación indebida de la norma a regular el caso, porque los hechos de la imputación y acusación se ajustan al delito de secuestro extorsivo y no a un delito de secuestro simple agravado; como lo concluyó el Tribunal Superior de Bogotá al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia.

La Corte encuentra que en los fallos de instancia se mantuvo la calificación jurídica conforme a los hechos jurídicamente relevantes señalados en la imputación y la acusación, sin modificar la consecuencia jurídico penal, a saber, por el delito de secuestro simple agravado. Así lo afirmó la Fiscalía cuando enunció la teoría del caso y el Tribunal al momento de declarar la responsabilidad penal de los procesados; cumpliéndose con el presupuesto legal consistente en que los procesados solo pueden ser condenados por hechos y delitos respecto de los cuales tuvieron efectiva oportunidad de contradicción, y el respeto de la correspondencia exigida entre la acusación y la sentencia.

La decisión del Tribunal no desconoció el principio de congruencia, artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en cuanto a que «el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena». Precisamente, el delito por el cual se produce la

sentencia de condena se corresponde con los hechos jurídicamente relevantes y calificación jurídica anunciadas desde los inicios del proceso.

La Corte ha reiterado que el principio de congruencia se contempla como una garantía del derecho a la defensa, porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica, entre los extremos de la imputación, aseguran que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos y delitos respecto de los cuales tuvo oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta, entonces, como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia (CSJ SP4191-2020, 8 oct, rad. 56209).

[...] en cuanto a las diferencias entre los delitos de secuestro y secuestro extorsivo, la Corte en las sentencias CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 32506 y CSJ SP, 24 feb 2010, rad. 31946, reiteró que:

«Ambas modalidades del secuestro, la simple y la extorsiva, se configuran por el hecho de arrebatar, sustraer, ocultar o retener a una persona. Se diferencian en el propósito perseguido por el autor de la conducta: si es exigir por la libertad de la víctima un provecho o cualquier utilidad, obtener un provecho económico bajo amenaza mientras se la retiene temporalmente en un medio de transporte, o para que se haga u omite algo, o con algún fin publicitario o político, se estructurará secuestro extorsivo; si se trata de una finalidad distinta, será secuestro simple».

Luego la Sala concluyó:

«Un provecho o utilidad en sentido económico es una ganancia, rendimiento o lucro. Y como natural y jurídicamente es imposible sostener que gana o renta quien recupera aquello de lo cual ha sido despojado, si el secuestro tiene esa como su finalidad, no será extorsivo sino simple.

Refuerza la conclusión en las siguientes consideraciones:

«i) El propósito de provecho o utilidad patrimonial como elemento subjetivo especial del secuestro extorsivo, suma a la agresión contra el bien jurídico de la libertad individual el ataque al bien jurídico del patrimonio económico. De tal forma se dota de significado el carácter pluriofensivo de la ilicitud, el cual decaería si el propósito económico del secuestro, aisladamente considerado, no correspondiera a una prohibición legalmente prevista.

«ii) Se estructura ese tipo de secuestro, entonces, a condición de que el propósito de provecho o utilidad se encuentre asociado a la realización del delito de extorsión. Y de la misma manera como este no se tipifica cuando el constreñimiento tiene como finalidad exigir lo propio, no existe razón para sostener que hay secuestro extorsivo -y por tanto pluriofensividad-, si el propósito de la privación de la libertad no traduce una afectación real del bien jurídicamente tutelado del patrimonio económico.

«En otras palabras: si no es delito de extorsión la coacción dirigida a recobrar un bien del autor, sino constreñimiento ilegal, no puede convertirse la misma conducta en el propósito extorsivo del secuestro por el solo hecho de perseguirse la recuperación patrimonial a través de la privación de la libertad.

«iii) No se vincula esta interpretación del artículo 169 del Código Penal a un argumento relacionado con la licitud o ilicitud del provecho o la utilidad, sino al significado de estas expresiones, que es diferente. Si la finalidad de provecho o utilidad, en el sentido patrimonial al cual se viene haciendo referencia, tiene que ver con la intención de lucro o enriquecimiento, el mismo sólo es posible, material y jurídicamente, si aquello que se pretende conseguir no es propio. Si es propio -y lo propio es sólo lo habido conforme a la ley- la conducta igual es reprochable como secuestro, pero en la modalidad simple por corresponder en ese caso el propósito a uno distinto de los previstos para el secuestro extorsivo.

«iv) No surge de lo precedente ninguna autorización para demandar a través del secuestro el cumplimiento de prestaciones lícitas. Simplemente reclamar lo propio a través de la privación de la libertad es una de las hipótesis que no encaja dentro de las finalidades descritas en el tipo de secuestro extorsivo, debiendo atribuirse la conducta a título de secuestro simple, un delito contemporáneamente sancionado con bastante rigor, como ya se vio, al punto que los extremos punitivos del tipo básico superan los previstos para el homicidio simple y los del agravado casi alcanzan los del homicidio agravado.

«v) Reiterando que un supuesto de la tesis es que lo propio que se pretende recuperar con el secuestro hace relación a aquello adquirido conforme a derecho, su no aplicación a eventos de cobro de sumas obtenidas ilegalmente es evidente.

«vi) El criterio jurisprudencial que se asume, no está de más señalarlo, genera una distinción necesaria de acuerdo con la cual, político criminalmente, es más reprochable secuestrar para extorsionar en el sentido del tipo penal contra el patrimonio económico, que hacerlo para recobrar lo propio. La primera conducta merece, conforme a la ley vigente y sin deducir agravantes, entre 26 años y 8 meses y 42 años de prisión; la segunda entre 16 y 30 años de pena de la misma calidad.

«Se realiza con la tesis, adicionalmente, el principio rector de proporcionalidad, el cual no sólo aplica en la medición de la pena en el caso concreto, sino en la identificación del tipo penal a imputar -con sus extremos punitivos, desde luego- de cara a un determinado comportamiento». Subrayas fuera de cita.

En correspondencia con el anterior criterio jurisprudencial, los procesados LJCG, LFCC y ERGR habrían cometido el delito de secuestro simple agravado. Por cuanto que, el propósito de la retención era que FG pagara la suma de dinero adeudada a E, según la información ratificada por MF y JG. La exigencia consistió en recuperar lo propio, las sumas de dinero prestadas para realizar pagos que aquel no asumió.

Bajo este análisis, la Sala concluye que a los recurrentes no les asiste razón cuando afirman que el Tribunal aplicó indebidamente el tipo penal del delito de secuestro simple agravado previsto en los artículos 168, 170 numeral 6° y 58 numeral 10° de la Ley 599 de 2000, y dejó de aplicar los artículos 6°, 9°, 10° ibidem., pues como se anotó, es claro concluir que, el propósito derivado de la conducta se fundamente en el interés que habría perseguido E, que FG cumpliera con el pago de las sumas adeudadas, según los pagos que realizó aquel por el incumplimiento de las obligaciones del segundo en el desarrollo de las festividades en el municipio de Sasaima.

Por lo tanto, el cargo propuesto por el demandante no está llamada a prosperar»

PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Vulneración: cuando el argumento judicial no se basta a sí mismo para justificar la conclusión / **REGLAS DE LA LÓGICA** - Principio de razón suficiente: se vulnera / **TESTIMONIO** - Credibilidad / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: incoherencias / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento

más allá de toda duda razonable, no se cumple / **SECUESTRO SIMPLE** - No se configura

«Según el principio lógico de razón suficiente, ningún hecho o enunciación puede existir o ser verdadero sin que para ello haya una razón suficiente; de tal forma que, para que una proposición sea incuestionable debe ser demostrada o, cuando menos, soportarse en un medio específico de prueba.

La Corte en la decisión CSJ SP-2006, rad. 21393 -reiterada en CSJ SP-2008, rad. 21844; CSJ SP-2011, rad. 34491; CSJ AP-2014, rad. 44036; CSJ SP1290-2018, rad. 43529; CSJ AP161-2018, rad. 74403; CSJ SP2467-2018, rad. 48451; CSJ AP4235-2018, rad. 52486; CSJ AP490-2019, rad. 52134 y CSJ SP371-2021, rad. 52150 -señaló lo siguiente:

«Ahora bien, la ley de razón suficiente que informa la lógica consiste en que nada existe sin razón suficiente. Por tal motivo, para considerar que una proposición es completamente cierta, debe ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera, esto es, que tanto en la ciencia como en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe, sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo.

El cumplimiento de esta ley confiere al pensamiento calidad de demostrado y fundamentado y, por lo mismo, constituye una condición necesaria de la exactitud y de la claridad del pensamiento, así como de su rigor lógico y de su carácter demostrable.

Esta ley de la lógica encuentra cabal desarrollo en el sistema de la sana crítica que impone al funcionario judicial consignar en las providencias el mérito positivo o negativo dado a los elementos de juicio, puesto que toda decisión, máxime cuando en la sentencia, con claro desarrollo del debido proceso, se deben construir los juicios de hecho y de derecho.

Tal construcción impone igualmente que la providencia contenga las razones por las cuales se llega al grado de conocimiento determinado en la ley para concluir en la ocurrencia y en la responsabilidad del acusado, y así como también los fundamentos por los cuales se estima que las normas escogidas eran las llamadas a gobernar el asunto».

De acuerdo con los testimonios ofrecidos por la Fiscalía se plantea una hipótesis que adolece de falta de la razón suficiente para condenar a los procesados ERGR, LJCG y LFCC, porque si bien los testigos de la Fiscalía aportan conocimiento, el mismo se ve disminuido por los motivos dados al valorar cada uno de los medios de prueba, es decir, porque se infiere que los relatos devienen de personas que tienen un interés común, por ser familiares de FG, por eso, es notable que tratan de recrear una historia a partir del contexto de los hechos acaecidos y los agregados propuestos en las declaraciones de MF y JG, así restar responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales a cargo de FG.

Sobre la línea de argumentación que trae la Corte, contrario a lo concluido por el ad quem, el testimonio de MF no ofrece la suficiente credibilidad, por su notable parcialidad para justificar a su esposo FG en los incumplimientos de los pagos derivados de las fiestas de Sasaima, al punto de desconfigurar la verdad de los hechos. Desde un principio MF-en Sasaima- y hasta el momento en que son ubicados en el apartamento de E, se dedica a construir su propia versión, tal como la Corte lo ha venido analizando, a manera de ejemplo: (i) querer dejar el mensaje de que su esposo fue obligado por E a abandonar el hotel en Sasaima, (ii) que luego de salir de Villeta fueron retenidos por E y en su camioneta trasladados al apartamento en el norte de Bogotá, (iii) y que en ese inmueble estuvieron en una habitación cerrada y con las ventanas aseguradas con madera, hasta cuando intervino la policía.

Narración que se enfrenta a una serie de situaciones que motivan una segunda hipótesis de cómo ocurrieron los hechos, la cual no tuvo éxito en el fallo de segunda instancia, al no encontrar trascendentes algunos aspectos contenidos en los testimonios incorporados por la defensa; en su más importante desarrollo se destaca que (i) la salida de FG del hotel en Sasaima obedeció a que desde el día anterior se había comprometido en cambiar un cheque en una entidad bancaria de Villeta y pagar lo debido, pero nuevamente incumple, (ii) dos fueron los motivos del viaje en la camioneta de E, según se valida con la prueba testimonial, uno, que al otro día se intentaría el cambio del título valor en un banco de Bogotá, y dos, la solicitud directa que F le hizo a E para trasladarse con su familia y por esa noche alojarse en su apartamento, pues temía ser agredido, (iii) según la policía, las

diligencias efectuadas para ubicar a la familia G resultaron inusuales en ese tipo de actividades, porque cuando capturan a LF en Salitre Plaza, no se encontraron armas en su poder y F se movía libremente, y porque el apartamento donde estaba MF y JG era un lugar normal, con las ventanas abiertas y claro, al punto que al ingresar la policía, los moradores salieron de las habitaciones, dos de ellos -MF y JG, señalando que E y L eran los secuestradores, es decir ninguna estaba limitado en su libertad al interior del inmueble.

Si bien los testimonios de MF y JG guardan coherencia -incluso en las circunstancias de tiempo y lugar, como lo interpreta el ad quem- cuando afirman que quienes dirigían la retención eran L y E, y que LF era quien los custodiaba, no significa que sean consistentes en su modo, pues es sabido que por regla las narrativas -cuentos, historias, novelas, testimonios...- regularmente guardan coherencia para cautivar al lector o juez, sin que esto signifique que tenga correspondencia con la realidad. Existen narrativas coherentes y alejadas de la verdad, pueden ser fantasiosas, mentirosas e inconsistentes, y pese a ello lograr niveles de convencimiento y efectos que pueden influir en las narrativas de otras personas.

Esto es lo que particularmente se infiere del testimonio de MF, y en general lo dicho en un segundo nivel por JG, en uno tercero por MF y DEG, e incluso un cuarto, sus otros familiares que declararon. Es decir, estos testigos terminaron fijando en su entendimiento una historia alejada de la realidad y favorable para justificar el incumplimiento contractual de su también familiar FG. Siendo lo declarado por MF y JG la fuente de la desnaturalización de los demás testigos.

De acuerdo con lo anterior, cobra especial importancia la sentencia absolutoria de primera instancia, al evidenciar, como ahora lo verifica la Corte, la inexistencia de razón suficiente para condenar, y más bien que se está ante una duda razonable en aspectos estructurales de los hechos sobre los cuales se quiso dar sentido al delito de secuestro [...]

Junto a la debilitada hipótesis de cargo -por ausencia de razón suficiente- para demostrar los hechos y comprometer la responsabilidad de los procesados, se aprecia la ausencia del testimonio de FG, quien, como principal comprometido en la relación con E, tenía el deber de explicar por qué

se dio el acontecer que culminó con una sentencia condenatoria; notas sueltas quedaron al respecto, como lo expresado por JGC y JIMDV, quienes después de este suceso conversaron con F, y este les habría expresado su pesar y compromiso de aclarar lo ocurrido ante la autoridad judicial, pero nunca apareció, dejando un vacío que no es suficiente colmar con los testimonios de MF, JG y sus familiares.

No puede perderse de vista la coincidencia en los testimonios de los hermanos MF y DE, originados por la misma fuente -lo contado por MF-, logrando sembrar la misma idea -estar retenidos y amenazados de muerte-, motivo para activar acciones, como acudir a las autoridades para denunciar los hechos; sin embargo, el conocimiento que tuvieron de estos -los cuales creyeron en su primer contexto-, no ofrecen la razón suficiente para demostrar la existencia de un secuestro, porque la información fuente provenía de las llamadas de sus papás MF y FG, quienes también tenían un propósito, buscar una justificación para retardar o negar el pago de lo debido. Situación que en conjunto le resta capacidad para la demostración del delito de secuestro.

De otra parte, las consideraciones del ad quem son contrastadas por la credibilidad que debe darse al testimonio del policial MYDR, quien, si bien testifica que observó a MF y J en una habitación, cerrada, aislados y sin celulares, también este testigo precisó que las ventanas estaban abiertas y sin obstáculos, y que de esa habitación salieron MF y J, quienes manifestaron estar retenidos. En realidad, esto por sí mismo no demuestra estarse ante un secuestro, pues también tiene peso que nada raro tiene, quien se hospeda en lugar ajeno cierra la habitación e incluso deja sus celulares sobre una mesa en la sala. Esta situación no es indicadora de un secuestro, menos cuando se presenta la variedad de circunstancias que alejan esa posibilidad de limitación de la libertad.

Si bien el ad quem, considera que no se advierte ningún ánimo de los ofendidos para perjudicar a los procesados y que sus relatos obedecen a circunstancias realmente vividas, lo cierto es que no puede descartarse la hipótesis de que no se trató de un secuestro; pues también es plausible que su motivación corresponda a la descontextualización de los hechos, y la creación de una narrativa coherente dirigida a proteger

otros intereses, en este caso el incumplimiento del pago de lo debido a cargo de FG.

En este sentido, el testimonio de OCO -Personero de Sasaima, resulta trascendente por fortalecer la hipótesis de no estarse ante un secuestro, pues se derivan matices indicativos de la intención de FG para conseguir los dineros en Bogotá y devolverse el siguiente día a Sasaima con el propósito de efectuar los pagos, cuestión que no ocurrió, debido a que con ocasión a los hechos y la captura de E terminó F diluyendo el compromiso de cumplir con sus obligaciones patrimoniales. Se aprecia que el testigo se comunicó con F, en la mañana del día de los operativos policiales, sin que le dijera nada sobre

lo que estaba ocurriendo, más bien le expresó que ese día iría a Sasaima con E, por lo que es significativa la capacidad que tiene F para mentir, pues para ese momento E ya estaba capturado por el presunto delito de secuestro.

Con base en los testimonios de JGC y JIMDV, entre otros, ya valorados, se advierte que los procesados no tuvieron un propósito o un plan para secuestrar a FG y sus familiares, mucho menos pensarse que ese plan se forjó desde cuando abandonaron el municipio de Sasaima, pues claro es, como todos lo sabían, que en Villeta F cambiaría un cheque, y al no poder hacerlo pidió a E que lo transportara a Bogotá junto con su familia».

Inicio

21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión de la ley 1564 de 2012, procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 1, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 7, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, requisitos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Diferente al recurso extraordinario de casación

La Sala de Casación penal inadmitió la demanda de revisión presentada por WJGM, en nombre propio y en calidad de víctima, contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, que revocó la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar), en el incidente de reparación integral que promovió dentro del proceso seguido en contra de CAPC, por los delitos de lesiones personales culposas y homicidio culposo.

En este caso, la Corte reiteró que, en virtud de la naturaleza eminentemente civil del incidente de reparación integral, la interposición de la revisión se encuentra regulada por las reglas establecidas en los artículos 354 y siguientes de la Ley 1564 de 2012.

Específicamente analizó las alegadas causales 1 y 7 del artículo 355 del Código General del

Proceso, respecto de las cuales concluyó que, para el momento de radicación del recurso de revisión, ya se había extinguido el término de 2 años establecido para su interposición.

Sin perjuicio de lo anterior y, aunque lo descrito resultaba suficiente para rechazar la demanda, la Sala también advirtió que, desde el plano sustancial, el recurso carecía de una sustentación idónea que permitiera colegir la hipotética materialización de alguno de los motivos legales hábiles para infirmar la validez de la declaración de justicia efectuada.

Además, indicó que, el demandante confundió el recurso extraordinario de casación con el de revisión, aclarando que, el segundo no corresponde a una especie de oportunidad nueva para discutir o plantear las irregularidades que no se quiso o pudo examinar en el primero.

AP927-2024(63276) de 28/02/2024

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 7 de marzo de 2017, el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar) condenó a CAPC, como autor de los delitos de lesiones personales culposas y homicidio culposo, a la pena de 108,5 meses de prisión, multa por 74,36 s.m.l.m.v. y a la privación del derecho a conducir

vehículo automotor por el término de 81 meses. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria.

2. Apelado el anterior fallo, el Tribunal Superior de Valledupar lo confirmó, a través de la sentencia dictada el 22 de mayo de 2017.

3. Posteriormente, a solicitud del representante de las víctimas, se inició el incidente de reparación integral. Agotado el trámite de rigor, el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguana, en fallo de 2 de mayo de 2019, declaró civilmente responsable a CAPC y a la aseguradora Seguros del Estado S.A.; y, por tanto, les ordenó pagar a los afectados, de forma solidaria, la suma total de \$931.428.857.

4. El Tribunal Superior de Valledupar, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicha determinación, la revocó en su integridad el 19 de octubre de 2020; y, en su lugar, decretó la caducidad de la acción de reparación integral, a excepción de los perjuicios irrogados por el fallecimiento de dos menores, respecto de los cuales, absolvió a CAPC y a la compañía de Seguros del Estado S.A. Así mismo, reconoció que, frente a esta última sociedad, se presentó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, en lo relacionado con los perjuicios peticionados por AMGP.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acción de revisión: contra la sentencia que decide el incidente de reparación integral, normativa aplicable / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: principio de integración, norma procesal civil / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión de la ley 1564 de 2012, procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, demanda, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, demanda, término para interponerla

«[...] como la revisión se dirige contra la sentencia que resolvió el incidente de reparación integral, el marco legal que rige la resolución del presente asunto se encuentra delimitado por la normatividad civil.

Lo anterior, debido a que la discusión sobre la cual versa este trámite se circunscribe a aspectos patrimoniales, distintos a los parámetros que tienen que ver con la controversia atinente a la comisión del delito. En este sentido se ha pronunciado la Corte, a saber:

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha trazado una línea de pensamiento uniforme respecto de la naturaleza exclusivamente civil del incidente de reparación integral, así:

(I) Se trata de un mecanismo procesal posterior e independiente al trámite penal, pues ya no se busca obtener una declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito (sentencias del 13 de abril de 2011, radicado 34.145, que se apoya en el fallo C-409 del 2009 de la Corte Constitucional, y del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160).

(II) El trámite debe circunscribirse a debatir lo relativo a la responsabilidad civil, sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal, dado que han sido resueltos en fallo de condena ejecutoriada, de tal manera que el incidente de reparación se aparta completamente del trámite penal (providencias del 27 de junio del 2012, radicado 39.053, y del 9 de octubre de 2013, radicado 41.236).

(III) Como se trata de una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable, cuando se busca la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, se impone aplicar los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que regula que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños causados, “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

El objetivo, a voces de la sentencia C-487 del 2000, de la Corte Constitucional, no es otro que la realización y la materialización de la justicia, cuando cualquier juez deba decretar la indemnización de los daños causados, contexto dentro del cual el trámite aplicable debe consultar aspectos comunes, encaminados siempre a la realización y materialización de la justicia.

Por tanto, en el incidente se deben dejar de lado las discusiones relativas al ámbito penal (CSJ AP2428, 12 mayo 2015, radicado 42.527).

La conclusión de que debe dejarse de lado todo asunto relativo al campo penal, obviamente aplica al procedimiento penal, como que este materializa aquel.

Tanto ello es así, que en la última de las decisiones reseñadas la Corte dejó sentado el criterio de que en el trámite del incidente de reparación integral resulta de buen recibo que el

juez decreta pruebas de oficio, lo cual es extraño al juicio penal, pero admisible en el área civil, a voces del artículo 179 del estatuto respectivo, aplicable en virtud del principio de integración, lo cual ratifica la tesis de que lo relativo a la estimación de los daños causados es ajeno al juicio penal y sigue su propio curso, que no es otro que el del procedimiento civil, eso sí, supeditado a que los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 del 2004 no ofrezcan solución.

A la misma conclusión se llega cuando se observa que el recurso de casación, cuando se postula por el exclusivo tema de los perjuicios causados, se regula de conformidad con la normatividad procesal civil, en el entendido evidente de la intención legislativa de que el tema debe regularse por esta especialidad.

Bajo esta perspectiva, la Sala ha indicado que, en virtud de la naturaleza eminentemente civil del incidente de reparación integral, la interposición de la revisión se encuentra regulada por las reglas establecidas en los artículos 354 y siguientes de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

En efecto, el Código General del Proceso prevé distintas exigencias para la admisión de la demanda de revisión. Entre ellas, de acuerdo con su artículo 357, que se registren debidamente el nombre y domicilio, tanto del recurrente, como de quienes intervinieron en el proceso objeto del recurso; además, que se identifique el proceso, la fecha de ejecutoria de la decisión que se cuestiona, “la expresión de la causal invocada y los hechos concretos que le sirven de fundamento”; así como, las pruebas que se pretende hacer valer.

De igual manera, según el artículo 356, el recurso extraordinario de revisión podrá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia si se invoca alguna de las causales previstas en los numerales 1º, 6º, 8º y 9º del canon 355. Si no se acata dicho término, conforme el inciso 3º del artículo 358, la demanda deberá ser rechazada, “sin más trámite”; es decir, sin que sea necesario calificar sus requisitos de forma, como lo advirtió la Sala de Casación Civil, en el siguiente sentido:

(...) la procedencia del recurso extraordinario de revisión... se sujeta...a que se aduzca contra providencia susceptible de impugnarse por tal medio, se apoye en alguno de los motivos taxativamente consagrados en el artículo 380..., y se proponga oportunamente. Sobre esta última exigencia, resulta importante destacar que el legislador ha fijado oportunidades de carácter preclusivo para su interposición, que varían de acuerdo a la causal alegada. **Tratándose de un**

plazo perentorio, señalado por la ley para el ejercicio de un derecho, en el evento de transcurrir ‘... sin que el interesado interponga el mencionado recurso se produce, por ministerio de la ley, la caducidad del derecho a formularlo’. (G. J. CLII, pág 505), **circunstancia que autoriza rechazar la demanda.** (...) De acuerdo a lo prescrito por el artículo 381 inc. 1º. *Ibidem*, cuando el recurso de revisión se fundamenta en las citadas causales, el término para interponerlo es de dos años, contado desde la ejecutoria de la respectiva sentencia (ver, entre otras, CSJ AC1784-2018 y CSJ AC654-2017, negrillas fuera de texto)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 1, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 1, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, demanda, término para interponerla, causal 1 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, demanda, rechazo por extemporáneo

«En este asunto, una de las causales alegadas por el demandante es el numeral 1º del artículo 355 del Código General del Proceso, situación que impone aplicar al caso el término de dos (2) años antes mencionado para su interposición.

En torno a la fecha de ejecutoria de la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Valledupar resolvió el recurso de apelación propuesto en el marco del incidente de reparación integral, WJGM solo se ocupó de sostener que “el día 19 de diciembre de 2021, el señor secretario del Tribunal Superior de Valledupar notificó que la última fecha para la sustentación o presentación de la demanda de casación era el día 20 de enero de 2021. Por lo tanto, para esa fecha aún no estaba ejecutoriada dicha providencia para interponer el recurso extraordinario de revisión”.

En este orden, es claro que la víctima GM incumplió el presupuesto formal para la admisión de la demanda de revisión, de que trata el numeral 3º del artículo 357 de la Ley 1564 de 2012, relacionado con la indicación de la fecha de ejecutoria de la providencia censurada.

Esta falencia impide determinar a la Sala cuándo quedó en firme el fallo emitido por el Tribunal Superior de Valledupar; y, con ello, si se acató o no el término previsto para proponerse el recurso extraordinario de revisión que, en los términos

del artículo 354 del Código General del Proceso, solo procede contra sentencias ejecutoriadas.

Además, de tenerse en cuenta la fecha referida en la demanda como límite para la presentación de la demanda de casación 20 de enero de 2021; y, partiendo del supuesto que no se interpuso dicho recurso extraordinario, pues sobre el particular no se adujo nada, el plazo de dos (2) años habría culminado el 20 de enero de 2023; esto es, antes de presentarse el escrito que ahora concita la atención de la Corte, el cual fue radicado el 17 de febrero de 2023, cuando ya se había extinguido el aludido término»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 7, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, demanda, término para interponerla, causal 7 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, demanda, rechazo por extemporáneo

«A igual conclusión arriba la Corte sobre la causal 7ª del artículo 355 del Código General del Proceso que también fue invocada por WJGM; pues, según el inciso 2º del artículo 356 de la misma codificación, “Cuando se alegue la causal prevista en el numeral 7 del mencionado artículo, los dos (2) años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco (5) años. No obstante, cuando la sentencia debe ser inscrita en un registro público, los anteriores términos sólo comenzarán a correr a partir de la fecha de la inscripción”.

Así, de acuerdo con lo argumentado por el demandante, siempre tuvo conocimiento de la actuación objeto de censura, incluido, del fallo del Tribunal Superior de Valledupar. Por tanto, el citado plazo también habría caducado»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, demanda, rechazo por extemporáneo

«En lo que respecta a las demás causales invocadas por el recurrente 6ª y 8ª del artículo 355 de la Ley 1564 de 2012; igualmente, debe entenderse que el término para interponer el recurso se superó. Además, aunque WJGM afirmó que se habían configurado las mismas, lo cierto es que no las desarrolló ni esbozó ningún argumento dirigido a sustentarlas o que sirvieran de fundamento, como lo exige el numeral 4º del

citado artículo 357 del Código General del Proceso»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acción de revisión: contra la sentencia que decide el incidente de reparación integral, no aplican las causales de la Ley 906 de 2004

«Como viene de exponerse, con la demanda no se busca la remoción de la cosa juzgada inherente a la sentencia condenatoria que se dictó contra CAPC, sino controvertir la decisión que definió el incidente de reparación integral surtido con posterioridad a la imposición de la sanción penal.

Siendo así, no tiene cabida acudir a las causales de revisión previstas en la normatividad penal, aun cuando algunas de ellas sean afines a las establecidas en el Código General del Proceso, teniendo en cuenta que la teleología de la acción penal y de la civil responde a presupuestos diversos que no pueden equipararse; de ahí, que lo propuesto por el demandante en torno a la causal 6ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 resulte del todo improcedente»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 1, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 1, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, no se configura

«[...] el entendimiento equivocado de la víctima WJGM respecto de la naturaleza del recurso extraordinario de revisión en materia civil explica su caótica fundamentación.

En efecto, a lo largo de la demanda solo plasmó su postura crítica frente a la apreciación probatoria realizada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar. De igual manera, reprochó lo que, en su criterio, constituyó la vulneración de los derechos de las víctimas al revocarse el fallo de primer grado.

No obstante, de esas alegaciones advierte la Sala que el señor GM no distingue con claridad en su reclamo las premisas por las cuales, en gracia a discusión, se materializarían las causales de revisión invocadas, desviándose el discurso hacia un alegato de libre elaboración, propio de las instancias ordinarias del proceso, ajeno a la naturaleza de la revisión y al alcance de cada una de las circunstancias taxativas que permiten derruir los efectos de cosa juzgada que cobijan a la determinación atacada.

Lo anterior se evidencia al estudiarse las razones ofrecidas en la demanda para acreditar la causal

prevista en el numeral 1° del artículo 355 del Código General del Proceso; esto es, “Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil ha indicado que:

(...) «la finalidad propia del recurso, no se trata (...) de mejorar la prueba aducida deficientemente al proceso en el que se dictó la sentencia cuyo aniquilamiento se busca, o de producir otra después de pronunciado el fallo; se contrae (...) a demostrar que la justicia, por absoluto desconocimiento de un documento que a pesar de su preexistencia fue imposible de oportuna aducción por el litigante interesado, profirió un fallo que resulta a la postre paladinamente contrario a la realidad de los hechos y por ende palmariamente injusto», puesto que no es lo mismo recuperar una prueba que producirla o mejorarla, ya que, de lo contrario, no habría jamás cosa juzgada, y bastaría con que la parte vencida en juicio adecuara la prueba en revisión o produjera otra”.

Bajo este entendido, a criterio de la Sala de Casación Civil, para la configuración de dicha causal es necesario la concurrencia de los siguientes elementos imprescindibles: “a) que se trate de prueba documental; b) que dicha prueba, por existir con la suficiente antelación, hubiese podido ser aportada al proceso; c) que su ausencia de los autos haya sido debida a fuerza mayor o caso fortuito, o a obra de la parte contraria (dolo), favorecida con la sentencia; d) que el hallazgo se produzca después de proferido el fallo; y e) que la citada prueba sea determinante de una decisión diferente a la adoptada en él, es decir, que sea trascendente» (CSJ SC 20 Ene. 1995, Rad. 4717, enunciada en SC6996-2017)”.

En este asunto, pese a que la prueba echada de menos por el demandante se trata de varios documentos, lo cierto es que estos no aparecieron después de pronunciada la sentencia, como lo exige la citada causal de revisión, ni su falta de incorporación al proceso fue “por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”.

El señor WJGM solo afirmó, ello sí sin ninguna acreditación, que desaparecieron algunos documentos que habían sido allegados a la actuación; situación que en modo alguno determina que se trate de pruebas no aportadas al proceso por el contrario, él mismo reconoce que sí se incorporaron ni la configuración de una

fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte.

Por tanto, advierte la Sala que, en realidad, el demandante lo que intenta es reabrir el debate probatorio efectuado y clausurado precisamente con la emisión de la providencia aquí criticada, lo que deviene improcedente»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 7, artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: recurso extraordinario de revisión, causal 7 artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, no se configura

«Igual ocurre con la causal 7ª de revisión invocada artículo 355 del Código General del Proceso, según la cual, este recurso extraordinario procede cuando se está “en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, su prosperidad

(...) exige la configuración de «(...) uno cualquiera de los siguientes eventos: “indebida representación, falta de notificación o emplazamiento”. Este requerimiento implica que no toda irregularidad en la vinculación al proceso da cabida al motivo de revisión extraordinario. Debe tratarse de aquella que le impida al revisionista hacerse parte en el mismo, y con ello ejercer su derecho de defensa. Sólo así podría aceptarse la revisión de una sentencia ejecutoriada pues proferida con desconocimiento del derecho de defensa de quien debe ser vinculado, no lograría estructurarse la cosa juzgada, y por esa vía, daría lugar a su invalidación a través de ese recurso extraordinario. (...) “[L]a disposición [se refiere la Corte al artículo 380-7 del Código de Procedimiento Civil, que corresponde al 355-7 del Código General del Proceso] apunta a proteger el derecho fundamental al debido proceso en su más prístina manifestación, como es la posibilidad de ser enterado de la actuación judicial iniciada en contra y, por esa senda, acceder al abanico de posibilidades de contradicción que brinda el ordenamiento jurídico, pues, de no darse aquella, queda cercenada de tajo cualquier posibilidad ulterior de ejercicio de esos privilegios» (CSJ SC3406 de 2019).

En este orden, cuando el demandante alegó que no contó con una adecuada representación de sus intereses en el incidente de reparación

integral, debió demostrar cómo esa supuesta falencia que obedeció, al parecer, al hecho de que no le fue reconocida personería jurídica al abogado designado afectó sus garantías al debido proceso y a la defensa. Sin embargo, ello no ocurrió. WJGM solo expuso esa presunta irregularidad y se quejó de que el profesional del derecho no cumpliera los cometidos para los que fue contratado, sin describir los motivos por los que así lo consideraba. Por tanto, lo esbozado por el recurrente sobre este punto carece de fundamento»

ACCIÓN DE REVISIÓN - Diferente al recurso extraordinario de casación

«[...] la Corte advierte que el demandante confundió el recurso extraordinario de casación y el de revisión, medios de impugnación claramente diferenciales, dadas su naturaleza y finalidades diversas. Por ello, se ofrece necesario advertir que el segundo no corresponde a una especie de oportunidad nueva para discutir o plantear las irregularidades que no se quiso o pudo examinar en el primero, como se pretende

por parte de WJGM, al punto que hizo alusión, de forma indistinta, tanto a causales de casación como de revisión.

Entonces, si lo que se discute, como aquí sucede, es que la valoración de la prueba no atendió los principios de la sana crítica o que se aplicó de manera inadecuada la normativa sustancial y con ello se afectaron garantías fundamentales, este tipo de alegaciones corresponde a causales típicas del mecanismo extraordinario de casación.

Para la Sala emerge un contrasentido solicitar, como lo hace el demandante, la nulidad del fallo de segundo grado a partir de argumentación eminentemente sustancial encaminada a que se incremente el monto de los daños tasados por el juez de primera instancia. Ello, debido a que, si se atienden las razones del recurrente, lo que busca no es que el Tribunal emita una nueva sentencia que respete los derechos de las víctimas, sino imponerle el contenido de la misma; esto es, que “se mejoren los quantums de los dineros fijados para los perjuicios”.

Inicio

22. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Notificaciones, citaciones y comunicaciones: por regla general se notifica en estrados, excepcionalmente a través de comunicaciones enviadas a las partes, ejecutoria de la decisión notificada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Notificaciones, citaciones y comunicaciones: deber de la fiscalía de ubicar al procesado y del juez y el ministerio público de garantizar los derechos de las partes / **NULIDAD** - Derecho de defensa: no es convalidable / **NULIDAD** - Defensa material: se configura, cuando la no comparecencia del procesado a la audiencia pública de juzgamiento, obedece a obstrucción, negligencia o deficiencias administrativas del juez

La Sala Penal resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor de CJCP contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Yopal, que confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Monterrey-Casanare por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

En este asunto, la Sala casó la sentencia de segunda instancia emitida contra CJCP, en el sentido de decretar la nulidad del proceso a partir de la audiencia de juicio oral, por cuanto, estimó que, se le vulneró el derecho de defensa material,

al no haber sido citado debidamente al juicio oral; además, se afectó la estrategia defensiva, esto es, la defensa técnica, en la que se tenía previsto su testimonio durante el juicio.

Al respecto, la Corte explicó que, la juez de primera instancia, no hizo lo necesario a su alcance para citar al procesado al juicio oral, tampoco desarrolló acciones para establecer el motivo por el cual el teléfono se encontraba apagado ni las razones de la devolución de los oficios enviados a su lugar de residencia; tampoco, utilizó los medios dispuestos por la ley para hacer efectiva la citación del procesado a rendir testimonio.

SP112-2024(63450) de 07/02/2024

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

Salvamentos de voto:

**Diego Eugenio Corredor Beltrán
Fernando León Bolaños Palacios
Gerson Chaverra Castro**

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 31 de mayo de 2016, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de Villanueva, la Fiscalía imputó cargos a CJCP y su hijo NCN por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Los imputados no aceptaron los cargos.

2. El juicio oral se inició el 21 de julio de 2020. Se continuó el 17 de febrero, 3 de agosto y 6 de octubre de 2021, y el 12 y 25 de julio de 2022. En esta última fecha se dio lectura a la sentencia condenatoria. El Juzgado había ordenado la captura de CJCP el 16 de marzo de 2022, la que fue materializada el 5 de mayo de ese mismo año.

3. Al ser apelada la decisión por el apoderado de CJCP, fue confirmada por el Tribunal Superior de Yopal el 11 de octubre de 2022.

4. Inconforme con este pronunciamiento, el defensor interpuso recurso extraordinario de Casación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO DE DEFENSA - Normativa internacional / **DERECHO DE DEFENSA** - Garantía de rango constitucional / **DERECHO DE DEFENSA**- Conformada por: defensa técnica y defensa material / **DEFENSA TÉCNICA** - Alcance / **DEFENSA MATERIAL** - Ejercicio: derecho a ser oído y notificado de todas las actuaciones dentro del proceso

«El demandante señaló que en la audiencia de imputación CJCP indicó que residía en la carrera [...] de Villanueva Casanare y portaba el teléfono [...], pero el Juzgado lo citó a la audiencia de acusación mediante una llamada realizada al teléfono [...] que no corresponde al suministrado. Este número, según dijo, fue indicado por la fiscalía en el escrito de acusación como perteneciente al procesado, pero varió el dígito 5 por el 2. Aseveró que, a pesar de esto, el imputado asistió a la audiencia de acusación programada para el 16 de noviembre de 2016, pero fue aplazada. Al fijar nueva fecha para llevar a cabo la audiencia, el juzgado trató de comunicársela a CP mediante una llamada realizada al teléfono [...], es decir, al número equivocado. En su opinión, al no comunicarle a CP la fecha de audiencia, el juzgado vulneró el derecho de su representado a ejercer la defensa material. Agregó que la misma situación se presentó con las audiencias preparatorias y del juicio oral, en las que el Juzgado dejó constancia de haber realizado llamadas al abonado [...] y que el teléfono se encontraba “apagado”, como también que las comunicaciones escritas enviadas al

domicilio del procesado fueron devueltas por el correo.

A lo anterior se sumó, según indicó el demandante, que al procesado se le impidió rendir el testimonio durante el juicio pese a que fue decretado en la audiencia preparatoria, pues la comunicación para que concurriera fue delegada a la defensora pública, quien manifestó que no lo conocía y trató de localizarlo infructuosamente mediante llamadas realizadas al teléfono [...], es decir, al número equivocado que le había suministrado el Juzgado.

Aseveró, igualmente, que en el recurso de apelación que presentó contra la decisión emitida por el Juzgado, solicitó la nulidad del proceso por violación al derecho material de defensa, pero el Tribunal no se pronunció al respecto y se limitó a señalar que CP abandonó el proceso y debió mostrar mayor interés en este.

El inciso 4° del artículo 29 de la Constitución Nacional establece que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante todo el proceso; a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra y a impugnar; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

El derecho a la defensa material y técnica también fue consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos precepto 8, numeral 2, literales d y e), en donde se establecieron como garantías judiciales: “El derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor” y “El derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”. Igualmente, lo consagró el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el literal d, numeral 3° del artículo 14.

El derecho de defensa, como una de las garantías principales del debido proceso, está conformado tanto por la actividad que desarrolla el abogado de confianza nombrado por el imputado o por el defensor público asignado por el Estado (defensa técnica), como por la actividad de autodefensa que puede desarrollar el procesado (defensa material).

Como la defensa técnica se materializa a través de actos de contradicción, impugnación, solicitud probatoria y alegación, es necesario que el jurista que la tenga a su cargo no se limite a una mera

presencialidad, sino que despliegue acciones cuando ello sea posible, dadas las particularidades de cada caso, orientadas a llevar al juez la verdad de lo acontecido, así como a evitar arbitrariedades e impedir una condena injusta. También resulta imperioso que procure mantener una comunicación continua con su representado, pues éste le puede brindar insumos para elaborar su estrategia defensiva, salvo en aquellos casos en los que el procesado, pese a conocer sobre la actuación, se margina voluntariamente de ella.

Para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, entonces, es preciso que al implicado no solo se le haya enterado sobre la existencia de la actuación penal seguida en su contra, sino que se le hayan comunicado y notificado en forma efectiva las audiencias, las actuaciones y las decisiones judiciales adoptadas.

Según lo ha señalado la Corte, esta garantía de carácter constitucional debe ser protegida, vigilada y procurada por el funcionario judicial a cuyo cargo se encuentra el proceso»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Notificaciones, citaciones y comunicaciones: por regla general se notifica en estrados, excepcionalmente a través de comunicaciones enviadas a las partes, ejecutoria de la decisión notificada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Notificaciones, citaciones y comunicaciones: deber de la fiscalía de ubicar al procesado y del juez y el ministerio público de garantizar los derechos de las partes

«De otra parte, en los procesos seguidos por la Ley 906 de 2004 la regla general es que las notificaciones se llevan a cabo en estrados y así lo dispone el artículo 169 de este estatuto procedimental, lo que resulta acorde con el principio de oralidad que gobierna la actuación penal. A su vez el artículo 171 y siguientes, regulan lo relacionado con las citaciones, como las que deben llevarse a cabo para la realización de las audiencias. Sobre su forma y trámite, el artículo 172 señala que:

“Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.

El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones.”

Es claro, entonces, que esta labor debe llevarse a cabo con especial diligencia y cuidado, de manera que se verifique la exactitud de las distintas direcciones, números telefónicos o correos electrónicos que obren en la actuación, para que se logre enterar en forma idónea a los interesados sobre las diligencias que se han de surtir y las determinaciones que se adopten, a efectos de garantizar así a plenitud el derecho de defensa y contradicción de las partes y de los demás intervinientes en el proceso».

NULIDAD - Derecho de defensa: no es convalidable / **NULIDAD** - Defensa material: se configura, cuando la no comparecencia del procesado a la audiencia pública de juzgamiento, obedece a obstrucción, negligencia o deficiencias administrativas del juez / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Defensa técnica: citaciones y notificaciones

«Situación distinta advierte la Sala respecto de las citaciones realizadas a las audiencias del juicio oral. En efecto, la citación a la primera sesión programada para el 21 de julio de 2020, esto cuando se desarrollaba el confinamiento ordenado por el Gobierno Nacional para contrarrestar la pandemia de la Covid 19, se hizo mediante una llamada al número telefónico equivocado que había señalado la fiscalía en el escrito de acusación, esto es, al [...] e igualmente se envió oficio a la dirección de residencia de CP, pero la citadora del juzgado hizo constar: “número de celular apagado y citaciones con devolución”. Al no hacerse la citación en debida forma, CP no concurrió, pese a esto la audiencia se llevó a cabo, sin que la juez hubiera indagado el motivo por el cual el teléfono se encontraba apagado, cuando por este medio era que se había citado en forma efectiva al procesado para que concurriera a la audiencia de acusación. Tampoco para establecer el motivo por el que fueron devueltos los oficios. Se limitó a dejar a cargo de la defensora pública la comunicación para que CP se enterara que la continuación de la audiencia se llevaría a cabo el 17 de febrero de 2021, sin tener en cuenta, además, que esta defensora pública había asumido la representación del procesado a partir de la audiencia preparatoria a la que éste no acudió.

Al no presentarse CP a esta audiencia, la juez de instancia no indagó a la defensora sobre si le había comunicado sobre su realización y ésta tampoco hizo manifestación alguna de haberlo citado. Pese a esto, la audiencia se llevó a cabo y de nuevo, la juez de instancia dejó a cargo de la defensora pública la citación para la continuación de esta el día 3 de agosto de 2021. En esta sesión se terminó la práctica de las

pruebas decretadas para la fiscalía y se siguió con las ordenadas a favor de la defensa. Al terminar el testimonio de JMP, la juez interrogó a la defensora respecto de la comparecencia de CP como testigo, quien le manifestó que había sido imposible su localización. Ante lo cual, aplazó la sesión para el 6 de octubre siguiente, con el fin de recibir el testimonio del procesado, pero no realizó acción alguna para citarlo, pese a que la defensora manifestó la imposibilidad de localizarlo.

Al haber solicitado la defensa el aplazamiento de la audiencia argumentando que por exceso de trabajo no había podido revisar los audios de las audiencias, la juez fijó como última fecha el 16 de marzo de 2022 y pese a que la defensora había manifestado que no había podido ubicar a CP, le solicitó nuevamente citarlo para que concurriera a rendir su declaración. Cuando terminó el juicio oral, la juez de instancia consideró necesario ordenar la captura de CP para la lectura del fallo y éste fue capturado en el lugar de residencia que en la audiencia de imputación había señalado, esto es, la carrera [...] de Villanueva-Casanare.

La Sala advierte, entonces, que se vulneró el derecho de defensa material al procesado CJCP al no citarlo a las audiencias del juicio oral. Y no es cierto que, al tratarse de un debate técnico, dicha omisión no conculca su derecho de defensa material, como lo manifestó el delegado del Ministerio Público en la audiencia de sustentación del recurso. La obligación de citar al procesado a las audiencias como garantía del derecho material de defensa, se deriva de un mandato legal y constitucional a cargo del juez y

demanda un especial cuidado. El juez, incluso, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 172 de la Ley 906 de 2004, puede disponer de servidores de la administración de justicia para hacerlo y, de ser necesario, de los integrantes de la fuerza pública o de policía.

La juez de primera instancia, como se advierte, no hizo lo necesario a su alcance para citar a CP al juicio oral, tampoco desarrolló acciones para establecer el motivo por el cual el teléfono al que se hizo la citación se encontraba apagado ni las razones de la devolución de los oficios enviados a su lugar de residencia, como hizo constar la notificadora del Despacho. Limitó su accionar a ordenar a la defensora que lo citara para que concurriera a la segunda sesión de continuación del juicio, pero tampoco indagó a ésta si lo había hecho. Luego, en la tercera sesión del juicio oral, cuando se terminaron de practicar las pruebas aprobadas para la fiscalía y pese a que la defensora le informó que había sido imposible localizar a CP para que rindiera el testimonio que había sido decretado en la audiencia preparatoria, insistió en que ésta lo citara, pero no utilizó los medios dispuestos por la ley para hacer efectiva la citación del procesado. Con este actuar no sólo lesionó el derecho de defensa material al procesado, sino que, además, afectó la estrategia defensiva, esto es, la defensa técnica, en la que se tenía previsto el testimonio de CP durante el juicio.

De antaño la Corte ha dicho que la vulneración del derecho de defensa no es convalidable. Para subsanarla se impone la nulidad de lo actuado».

23. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Prueba de referencia: supuestos de admisibilidad, no es un listado cerrado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisión, cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, se configura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, supuestos de admisibilidad, difieren a los de las declaraciones anteriores empleadas para impugnar la credibilidad de un testigo o como testimonio adjunto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, mujer víctima de violencia que no comparece a juicio

La Corte Suprema de Justicia, decidió el recurso de casación presentado por el defensor de LACP contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que, al revocar la decisión absolutoria de primera instancia emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito, condenó al procesado imponiéndole como sanción privativa de la libertad 200 meses de prisión, al declararlo penalmente responsable del delito de tentativa de feminicidio que le había sido imputado.

La Sala casó parcialmente la sentencia impugnada, para fijar en 125 meses tanto la pena de prisión como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a LACP. Las demás determinaciones adoptadas permanecen sin modificación.

Al respecto, encontró demostrado que, no fue posible ubicar a la víctima para ser citada a declarar al juicio oral, por encontrarse amenazada y sometida a su absoluto dominio físico y emocional por parte de su pareja; lo cual se adecua en la hipótesis exceptiva residual del art. 438 del C.P.P., por lo que, su declaración podía ingresar como prueba de referencia, a través de los testimonios rendidos por los policiales HYRP y JAA.

De igual manera, consideró que, no corresponde a la realidad procesal y probatoria, que el único elemento de conocimiento en el que se sustentó la sentencia, haya sido la prueba de referencia; en tanto, se suma copiosa prueba indiciaria, a través de cual se produce el convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito de feminicidio y de la responsabilidad del acusado, sobre la base de que el atentado a la vida de DCCL exacerba un evidente ciclo de violencia

física y psíquica en su contra, como expresión inequívoca de violencia de género propia de esta modalidad delictiva.

SP512-2023(55465) de 29/11/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 20 de septiembre de 2015, DCCL se encontraba departiendo en un establecimiento público destinado al consumo de licor y baile, cuando a tal lugar arribó LACP, con quien mantenía una relación sentimental. Pasados algunos minutos y después de haber salido el hombre brevemente del sitio, regresó procediendo a atacar a la mujer con un bisturí, infiriéndole varias heridas en el cuello. Al intentar huir fue aprehendido por vecinos y entregado a la autoridad. Entre tanto, agentes de la Policía trasladaron a la mujer a un centro médico en donde se logró salvar su vida.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: la regla general es la no disponibilidad del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ella / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisibilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, supuestos de admisibilidad, difieren a los de las declaraciones anteriores empleadas para impugnar la credibilidad de un testigo o como testimonio adjunto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: supuestos de admisibilidad, no es un listado cerrado

«[...] el legislador de 2004 introdujo en la Ley 906, a través de reglas definidoras de la prueba de referencia, la posibilidad de que una declaración anterior al juicio, vertida por un testigo que no está disponible para ser confrontado e interrogado, pueda excepcionalmente ser admitida; restringiendo el poder demostrativo de la misma, al hecho de que no se puede sustentar una condena exclusivamente con base en esta clase de pruebas.

Lo realmente significativo por ministerio de la Ley, es que una sentencia puede tener fundamento, no exclusivo, en prueba de referencia, pues así quedó previsto en el Estatuto procesal. Método de admisión relativa de esta clase de pruebas, que por ende se sitúa metodológicamente entre aquellos que la admiten sin restricciones y los que la excluyen absolutamente.

El art. 437 a través de un enunciado sobre los fines a que puede servir, procura una definición de la prueba de referencia, en los términos siguientes:

“Se considera como pruebas de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.

Doctrina de la Sala ha precisado que el supuesto concerniente con la admisibilidad de la prueba de referencia, difiere de aquellos en que una declaración anterior puede ser empleada para impugnar la credibilidad de un testigo, o como testimonio adjunto; esto es, aquellos casos en que el testigo concurre al juicio oral, pero presenta una declaración distinta a la ofrecida por fuera de la audiencia, variable excepcional provocada por una situación sobreviniente como lo es el cambio del relato otorgado.

La prueba de referencia, en su lugar, supone la indisponibilidad de la fuente de conocimiento, por ende, está admitida en forma absolutamente excepcional en orden a preservar las garantías fundamentales concernientes con el debido proceso probatorio, así como por razones derivadas de su poca confiabilidad, toda vez que entraña por los motivos indicados destacados riesgos en el proceso de su valoración.

Pero su admisión dentro del proceso penal hace evidente la necesidad de solucionar situaciones procesales extraordinarias, derivadas de la imposibilidad de comparecencia de los testigos al juicio, cuya peculiaridad impone alternativas de trámite que impidan la propia denegación de la actuación judicial y entonces de la administración de justicia.

Por ello y teniendo en cuenta las limitaciones a las garantías fundamentales del proceso probatorio anotadas, la Ley enuncia exaltando el carácter excepcional de la prueba de referencia y los casos que la admiten, así:

“Art. 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia.

Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) Adicionado.L.1652 / 2013, art.3°. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos»

Aun cuando se ha afirmado que la prueba de referencia sólo es admisible en los precisos términos de este precepto, atendiendo a la taxatividad de las causales allí enunciadas que la permiten; es lo cierto que el legislador no elaboró un listado numerus clausus de este medio de conocimiento, sino que, por el contrario, asumiendo que la realidad podría ofrecer situaciones análogas que lo justifiquen, como está visto, en el literal b, se prevé viable cuando quiera que el declarante sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada “o evento similar”; hipótesis general a partir de la cual la Sala ha entendido desde antiguo (Sentencia 27477 de 2008), que esta remisión analógica alude a situaciones semejantes a las expresamente mencionadas, ya sea por su naturaleza, o porque participan de las particularidades que le son comunes.

A propósito, incluyó a guisa de ejemplo, casos en los cuales el declarante no se halle disponible como testigo y tal indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor que no puedan ser racionalmente superadas, como consecuencia de su desaparición voluntaria o su imposible localización.

Clarificando que la indisponibilidad del declarante tiene que ver con la finalidad de la regla allí fijada, que está vinculada a casos singularmente excepcionales en los que resulta imposible contar con el testigo en el juicio, de donde la fuerza mayor está relacionada con el carácter insuperable de los motivos que justifican las diversas hipótesis enunciadas expresamente

en la norma, emergiendo consecucionalmente entendible que estos casos análogos sean aceptables y derivados en el grado de semejanza con los supuestos previstos como “evento similar” en el precepto citado.

Este es el estado actual de la doctrina de la Sala en relación con la prueba de referencia y en particular en lo atinente con los supuestos en que resulta teóricamente admisible, reiterado en las sentencias 36518 de 2013 y 60795 de 2023, entre otras»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: admisión, cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, se configura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, mujer víctima de violencia que no comparece a juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, la inflexibilidad de las formas cede ante las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, constituyen prueba de referencia dependiendo del ejercicio del derecho de confrontación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de prueba, eventos de admisión excepcional / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, cuando la mujer víctima no ejerce libremente el derecho a no declarar contra su pariente / **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES** - Alcance: la persona no puede ser obligada a declarar, ni doblegada a través de amenazas u otro de tipo de presiones ilegales / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: Ley 1257 de 2008 / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad

«Los reparos del actor en casación tienen por exclusivo fundamento, en el primer cargo, que la sentencia impugnada se ha fundado exclusivamente en prueba de referencia.

Para comenzar, no cuestiona el demandante el hecho de que se pueda estar en presencia de prueba de referencia admisible, sino que la condena ha tenido sustento sólo en esta clase de elementos de conocimiento.

Por supuesto, está al margen de cualquier controversia jurídica considerar que dada la excepcionalidad de este caso, se pudieran anteponer objeciones concernientes a la propia incorporación de la declaración previa de DC como prueba de referencia, cuando quiera que la Fiscalía solicitó entre las pruebas a practicar, precisamente escuchar el testimonio de la víctima de feminicidio, en forma tal que inclusive dejó su relato en último lugar, procurando hacer solubles las dificultades para su localización y presencia en el juicio oral, mismos que como de ello se ha dado cuenta no fue posible superar y sin que en relación con lo depuesto como relato de referencia por el agente RP, el defensor del procesado se hubiera opuesto en el juicio por entrañar el mismo tal excepcional naturaleza, con lo que su convalidación, siendo admisible, tampoco admitiría cuestionamiento alguno.

Mucho menos cabe cualquier réplica, si ello supusiera exaltar el procedimiento formulario en que se había convertido la metodológica formalización del proceso probatorio para incorporar el testimonio adjunto y / o mutatis mutandi, la prueba de referencia, cuando quiera que la postura actual de la jurisprudencia (Sentencia 62852 de 2023) ha clarificado que así formalmente no se haya dispuesto en la oportunidad debida la incorporación de una declaración anterior, nada obsta para que la misma sea valorada si emerge admisible, siempre y cuando se garantice su contradicción, haciendo de esta manera prevalecer una concepción sustancial de la justicia, sobre una meramente formal, como de ello ya se había ocupado su doctrina en esta materia sentada en la Sentencia 55959 de 2021.

[...]

A partir de esta claridad conceptual, para la Sala, lo primero que resulta imperativo es precisamente establecer si en el caso concreto se está en presencia de una de las excepciones que hacen a la prueba de referencia admisible, para enseguida constatar si el argumento del actor relacionado con ser la única que solventa el fallo es real.

En este sentido, como fue advertido, doctrina fijada desde hace más de tres lustros por la Corte, ha señalado que la admisibilidad de la prueba de referencia en relación con supuestos derivados de la cláusula residual incluyente del art.438.b del C. de P.P., relacionada con “eventos similares” a los expresamente allí fijados; debe tener como fundamento situaciones especiales de fuerza mayor razonablemente insuperables, como la desaparición voluntaria del testigo y la

imposibilidad de ubicarlo, encontrarlo o tener contacto con él.

En el presente caso está visto que a DCCL no fue posible ubicarla para ser citada a declarar al juicio oral y desde un principio prefirió no hacer presencia ante las autoridades judiciales que adelantaban el proceso en el que obraba como víctima, por encontrarse amenazada y sometida a su absoluto dominio físico y emocional por parte de su pareja, en forma tal que ni siquiera se presentó para el reconocimiento para valoración por Medicina Legal; esto último, cuando quiera que no obstante los hechos de este proceso, había continuado la vida en común con su agresor y en la oportunidad en que fue contactada no solamente expresó tener miedo, sino que manifestó haber sido de nuevo agredida e intimidada por CP, como de ello dio cuenta al subintendente JAA.

La Fiscalía, conforme fue anotado, antes de desistir de la declaración de la víctima, la buscó con evidente persistencia, dando cuenta de sus infructuosos resultados a la juez de la causa; por manera que no es dable en los supuestos de este asunto atribuirle al ente acusador desidia que pudiera explicar la ausencia de la testigo de cargo.

Por el contrario, en este sentido, su desaparición voluntaria no solamente estaría plenamente determinada, sino dadas las especiales circunstancias del caso, justificada, como que considerada la naturaleza de los hechos investigados, cuyo antecedente da cuenta del atentado contra la integridad personal de la víctima, nuevos actos de violencia en su contra y las serias y graves amenazas que se le habían hecho, explican con mayor razón su decisión de no declarar (Cfr. Sentencia 30598 de 2009).

Teniendo este caso adecuación en la hipótesis exceptiva residual del art. 438, nada obsta para que la declaración de DCCL ingresara como prueba de referencia, a través del testimonio rendido por los policiales HYRP y JAA que, con base en los mismos, logró ser conocido en este caso que quien atentó contra la vida de su pareja fue el procesado LACP y de las circunstancias determinantes de la inhibición de la víctima para deponer en el juicio.

Esta postura de la Sala de acuerdo con la cual en contextos de violencia de género se hace indispensable valorar cada caso en orden a fijar la viabilidad que el mismo ofrece para entender que sus declaraciones anteriores sean admisibles como prueba de referencia, así como ya se ha expresado en otras oportunidades en relación con la condición de víctima de la mujer, respecto de la utilización del privilegio contenido en el art.

33 de la Carta Política (Sentencia 50587 de 2020); en cuyos eventos por comprensibles razones se niegan a declarar contra sus parejas agresoras; no solamente está plenamente justificado en este caso, según queda visto, dada la situación analógica que el mismo tiene con la cláusula general que la comprende como hipótesis o evento similar a los contenidos en la referida norma 438 C.P.P., sino que además, se impone en el alcance legal que corresponde darle frente al texto y teleología de la Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008 por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, y se introducen reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

En efecto, por el contenido de esta normativa, su cometido es ampliar el ámbito de protección de los derechos de la mujer violentada, en forma tal que además de otros derechos reconocidos en la ley o en tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, las mujeres tienen derecho a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad y autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal (art.7°).

Específicamente, el art. 8° que enuncia los derechos de las víctimas de violencia, expresamente señala:

“Toda víctima de alguna de las formas de violencia previstas en la presente ley, además de los contemplados en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 15 de la Ley 360 de 1997, tiene derecho a:

...

K) A decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo” (Se resalta y subraya)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, puede ser superada con prueba complementaria o ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica

«Despejada así cualquier inquietud en relación con la propia viabilidad de la prueba de referencia en este caso, al propio tiempo y contrariamente a lo afirmado por el impugnante, no corresponde a la realidad procesal y probatoria, que el único elemento de conocimiento en que se ha sustentado la sentencia, radique en dicha prueba

y por lo mismo, no es cierto que la sentencia haya quebrantado la prohibición legal de acuerdo con la cual una decisión condenatoria no puede sustentarse exclusivamente en esta clase de fuentes de saber.

El Tribunal deja en claro que a la prueba de referencia en el grado de admisible de que se ha dado cuenta, se suma copiosa prueba indiciaria que ciertamente produce el convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado en el delito de feminicidio por el que se le ha juzgado, sobre la base de que el atentado a la vida de DCCL exacerba un evidente ciclo de violencia física y psíquica en su contra, como expresión inequívoca de violencia de género propia de esta modalidad delictiva.

Ciertamente, la presencia de LACP en el lugar y momento en que sucedieron los acontecimientos de sangre, encuentra fuente indudable de inferencia acerca del hecho según el cual está dentro de lo lógicamente probable que haya sido el ejecutor de la conducta punible.

Y la misma emerge del testimonio rendido por el policía RP, quien tan pronto arribó al lugar

escena de los hechos -lo que sucedió según su propio relato en menos de un minuto de producirse el llamado a la autoridad-, tomó conocimiento por percepción directa de que CP estaba inmovilizado por un grupo de ciudadanos, quienes lo sujetaron inmediatamente inferido el ataque letal a la mujer.

A DC se le infirieron sendas y extensas heridas, con afectación de la yugular izquierda, mediante el empleo de un arma corto punzante. El gendarme RP, a su vez, sometió a registro a quien la comunidad mantenía cautivo y halló en su poder un bisturí color naranja, prototipo de artefacto de las características idóneas como el que pudo ser el empleado para inferir las lesiones a la mujer.

A través de la declaración del subintendente A se tiene conocimiento acerca del hecho según el cual, para el momento del suceso criminal y con posterioridad al mismo, víctima y procesado eran compañeros sentimentales y mantenían convivencia juntos. También que aún después de su acaecimiento, la mujer dio cuenta de persistir actos de extrema violencia física y mental en su contra y de amenazas».

Inicio

24. TENTATIVA - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, alude a su órbita subjetiva / **TENTATIVA** - Admite el dolo eventual / **DOLO EVENTUAL** - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Tentativa de homicidio / **DOLO** - Directo: diferencia con el dolo eventual

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JJHA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual, de un lado, confirmó la condena dictada en primera instancia por tentativa de homicidio agravado y, de otro lado, absolvió al procesado por tráfico, fabricación y porte de armas de fuego.

En esta oportuna la Corte no casó el fallo impugnado, al considerar probado más allá de toda duda razonable que, JJHA disparó el arma de fuego con la cual fue herida S.A.G.G., aunado a que, actuó con dolo eventual en la tentativa de homicidio por la que se le acusó.

Lo anterior por cuanto, la Sala de Casación Penal consideró que, los testimonios de la víctima y su padre, son coherentes al describir la manera en que JJHA accionó su revólver hacia la acera de

enfrente de su vivienda, donde la lesionada jugaba con dos nietas de la compañera permanente del acusado.

Igualmente, determinó que: i) los disparos de arma de fuego tienen capacidad para ocasionar la muerte a una persona; ii) JJHA puso en marcha actos idóneos para la producción del resultado típico; iii) JJHA previó la probabilidad de que su actuación condujera al deceso de la víctima, pese a lo cual, siguió adelante con su plan, de tal manera que asumió el resultado y dejó su no producción librada al azar y; iv) la muerte de la víctima no se produjo gracias a la oportuna atención médica.

SP510-2023(55250) de 29/11/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Salvamento de voto

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente desde las siete de la noche de 7 de diciembre de 2016 hasta las cuatro de la madrugada del día siguiente, JJHA consumió licor con varios amigos y parientes, en el andén de su vivienda. Mientras tanto, tres niñas familiares de los adultos jugaban en la acera de enfrente.
2. Minutos antes de las cuatro de la madrugada, como era su costumbre cuando se embriagaba, JJHA le pidió a la compañera permanente que le entregara su revólver y disparó seis cartuchos seguidos, en dirección al lugar en el que jugaban las menores de edad. Uno de los proyectiles impactó el cuerpo de S.A.G.G., de 11 años e hija de uno de los amigos que departía con quien accionó el arma. El proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo. La atención médica oportuna evitó la muerte de la víctima.
3. Las lesiones causadas dieron lugar a una incapacidad médico legal de 40 días, así como a una deformidad física de carácter permanente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: víctima / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, familiar / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: de los aducidos por la defensa, cuando presentan inconsistencias e interés de favorecer al acusado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Teoría del caso: evento en que la presentada por la defensa no encuentra demostración

«A juicio de la Sala, los testimonios de la niña y su padre son internamente consistentes, contienen detalles relevantes y dan cuenta de circunstancias que sustentan sus afirmaciones, lo cual los hace creíbles. Contrario a lo señalado por el demandante, la declaración de la víctima es digna de crédito, no por su condición de menor de edad, sino en la medida en que, con solvencia, rememoró dónde estaba cada grupo de personas y desde qué lugar el procesado le disparó. Así mismo, de forma inequívoca reiteró que, luego de accionar el revólver, “La Gorda” se lo recibió a HA y, pasado un instante, se lo volvió a entregar, con el propósito de amedrentar a su padre, en medio de la discusión por lo ocurrido.

Además, la niña aseveró con seguridad que había visto en dos ocasiones el arma de fuego (al momento en que fue disparada en su contra y cuando JJHA la empleó para amenazar a su

progenitor), explicó qué ocurrió primero y por qué se dio cuenta de que estaba herida. De la misma manera, no dijo haber visto que alguien más tuviera en su poder un arma de fuego en ese momento y afirmó no observar que pasara algún vehículo por la calle en los instantes de los hechos.

El relato de la víctima, a su vez, concuerda en lo sustancial con el de su padre. GG también refirió la misma ubicación general suya y de JJHA en el andén de la vía pública, así como la de la afectada, en la acera de enfrente. Igualmente, con certeza afirmó que había sido HA quien disparó contra su hija y expresó que se trató de una conducta inexplicable. Además, también puso de manifiesto, como lo hizo la víctima, el papel de custodia del arma de fuego que ejercía la compañera permanente de HA.

El desconcierto que expresó el testigo frente a los disparos que lesionaron a su hija, realizados por el acusado, constituye, en buena medida, una razón que fortalece la veracidad de sus afirmaciones. El declarante manifestó, y nadie lo contradujo, que conocía por más de veinte años atrás a HA y que fueron amigos hasta el día del incidente. Esto muestra que, de no ser cierto, el testigo no tenía razones para incriminar injustamente al procesado.

Adicionalmente, GG admitió haber propinado un golpe en el rostro a NC, golpe al que se refirió también la menor de edad lesionada e, incluso, los testigos de descargo. En este orden de ideas, las declaraciones de la víctima y su padre demuestran, con solidez, que JJHA, ya en horas de la madrugada del 8 de diciembre de 2016, en estado de alicoramiento, disparó el revólver que le facilitó su compañera permanente y, como consecuencia, hirió gravemente a la menor de edad S.A.G.G. Esta conclusión, conforme se muestra a continuación, no se desvirtúa por la hipótesis defensiva, según la cual, el agresor fue un tercero.

NMGC y su esposo, EAVP, así como NV concurrieron como testigos de descargo y declararon que quien disparó contra S.A.G.G. fue una persona que se movilizaba con otra en una motocicleta. Los tres afirmaron que ese vehículo pasó por la vía en dos ocasiones y que, en la segunda oportunidad, se escuchó accionar el arma. Así mismo, los tres aseveraron haber escuchado tres detonaciones, que se agacharon para eludir los disparos y que ninguno logró ver las características físicas ni el color de la moto, de la ropa ni de los cascos de los motociclistas. Señalaron que tampoco pudieron observar con cuál de las dos manos el tirador habría disparado.

De otra parte, los tres afirmaron que el padre de la víctima, GG, comenzó a insultar a los parientes y allegados de JJHA, que les atribuyó la responsabilidad de la lesión sufrida por la menor de edad y los amenazó a todos con una navaja. Así mismo, NMGC y EAVP aseguraron, al unisono, que una vez la agredida fue ingresada a la camioneta de propiedad de aquellos para ser llevada a recibir atención médica, GG los obligó, bajo amenazas, a dar varias vueltas por el barrio, antes de acceder a que la víctima fuera transportada al centro asistencial.

Como lo plantea la defensa, es claro que la capacidad demostrativa de los tres testigos no depende especialmente de su relación con la compañera permanente del acusado, sino de la consistencia del contenido de sus declaraciones. Pero, precisamente en este sentido, la versión expuesta por ellos resulta carente de toda credibilidad. Sus declaraciones se fundan en la supuesta irrupción de dos personas en una motocicleta, que habría cruzado en dos ocasiones por el lugar en el cual departían. Como la vía, según afirmó EV, es una cuesta, afirmaron que la motocicleta subió, luego bajó y, de nuevo, habría ascendido y, en camino de descenso, el “parrillero” habría disparado. Las versiones de los declarantes se encuentran construidas sobre ese único suceso, a partir de una repetición exacta y lineal. Sin embargo, ninguno aporta información que permita considerar que se trata de un hecho realmente ocurrido.

Todos se refieren al mismo número de disparos (afirman haber captado que fueron tres) y dicen haber realizado la misma acción al escuchar las detonaciones (se agacharon). A pesar de que quienes, según aducen los testigos, se desplazaban en el vehículo realizaron idéntico recorrido en dos oportunidades, ninguno de los declarantes logró identificar detalles ni de la motocicleta ni de las personas que viajaban en ella. Además, no obstante haber visto accionar el arma al “parrillero”, tampoco ni uno ni otro testigo de descargo pudo responder si aquél lo hizo con la mano derecha o la izquierda.

Como acertadamente lo señaló el Juzgado al restar poder demostrativo a estos testigos: “no supieron... características de la motocicleta pese a haberla visto en tres oportunidades, ni las vestimentas de los individuos, de quienes solo aducen, llevaban puestos sus cascos cerrados, por lo que tampoco pudieron observar sus rostros”. También criticó la Juez de primer grado que el testigo EAVP, aun cuando fue policía, “con preparación en (sic) tipo de armas, reacciones frente a ataques como el que se suscitó según su dicho, no haya sido capaz de si quiera haber

señalado con propiedad el arma usada por los presuntos delincuentes”.

Además, nótese que la hipótesis que los testigos intentaron plantear no tiene ninguna concordancia con otro hecho que permita otorgarle un nivel mínimo de veracidad. No hay un elemento de juicio que permita conocer a quién querían dar muerte los supuestos sicarios o por qué habrían querido disparar hacia donde estaba el grupo de niñas. Tampoco se supo de información posterior sobre la motocicleta o sus ocupantes, que conduzca a otorgar sentido o explique el ataque repentino al que se refieren los declarantes.

Desde otro punto de vista, los tres testigos de la defensa hacen referencia a dos situaciones inverosímiles. Por un lado, afirman que luego del disparo que hirió a la menor de edad, su padre comenzó a insultar a los allegados de JJHA, que les atribuía la responsabilidad de lo ocurrido y amenazó a todos con una navaja. Sin embargo, no tiene sentido que el progenitor de la víctima, al haber observado que la niña había recibido un disparo de arma de fuego, la emprendiera contra todos los miembros de la familia y les atribuyera la responsabilidad.

Es evidente que un resultado como el mencionado pudo haberlo causado solo la persona que disparó el arma de fuego, de modo que no resulta creíble que el progenitor, en reacción, haya intentado atacar a cada uno de los miembros de la familia, por considerarlos autores de la lesión sufrida por su hija.

Por otro lado, los declarantes de descargo sostienen que una vez la víctima abordó la camioneta de NMG y su esposo con destino al centro asistencial, el padre de aquella, mediante amenazas con el arma blanca, los obligó a dar varias vueltas por el barrio, a tal punto que la niña terminó recibiendo atención médica solo entre 30 o 40 minutos después de haber sido herida. Los testigos se limitaron a decir que no sabían qué pretendía el ascendiente de la niña. El relato sobre este hecho tampoco tiene fuerza probatoria, precisamente porque no es creíble que el padre de la menor de edad quisiera hacer recorridos por el barrio sin un rumbo ni una finalidad clara y, en particular, que tuviera un objetivo más importante que salvarle la vida a su hija. Es patente que los testigos pretenden únicamente descreditar a GG.

En este orden de ideas, para la Sala resulta manifiesto que la hipótesis que pretendió mostrar la defensa con sus testigos carece de veracidad. Por el contrario, es evidente que nadie más que JJHA fue quien disparó el arma de fuego, con la cual resultó herida de gravedad la niña S.A.G.G.

En este sentido, asiste razón a las instancias, al considerar que para llegar a esta conclusión no se requiere que se hubiera practicado la “prueba de absorción atómica” al procesado, como lo reclama la defensa en la demanda. En un régimen de libertad probatoria como el previsto en la Ley 906 de 2004 (Art. 373), todos los medios de convicción válidamente practicados e incorporados son aptos para demostrar la responsabilidad del acusado. Y, en este caso, conforme lo expuesto con anterioridad, la prueba testimonial demuestra más allá de toda duda razonable que HA, en estado de alicoramiento, accionó su revólver e impactó gravemente el cuerpo de la menor de edad.»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: cuando el testigo rinde varias declaraciones, examen de coherencia y univocidad sobre los aspectos centrales del relato / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando son varios declarantes, evento en que no hay contradicción en su dicho / **DOLO** - Clases

«La defensa cuestiona que los testimonios de la lesionada y su progenitor acrediten que JJHA haya herido a S.A.G.G. Así, afirma que mientras la víctima afirma que “El Mono” le disparó y que lo hizo a una distancia cercana, el padre de aquella declaró que HA accionó el arma hacia donde estaba su hija y otras dos niñas jugando, pero no exactamente que le haya disparado a su descendiente. De la misma manera, argumenta que la niña testificó que el revólver era negro, en tanto que el progenitor de aquella refiere que era “blanquito”. Añade que la menor de edad aseveró que el acusado le disparó “de frente”, no como afirma la sentencia recurrida, que estaba “de frente al agresor”.

Analizada la prueba, la Corte observa que no asiste razón al recurrente. En primer lugar, en efecto, la víctima indicó que el arma de fuego era negra, mientras que su padre señaló que se trataba de un revólver “blanquito”. Para la Sala, se trata de una discordancia que no afecta el hecho central declarado, relativo a que JJHA estaba en posesión y accionó el arma de fuego.

El padre de la lesionada testificó que conocía la clase de revólver que tenía el acusado, pues él también había tenido un arma amparada de las mismas características, razón por la cual, además, sabía que se trataba de un artefacto marca “Llama”. Así mismo, aseveró que estaba muy cerca al procesado (refirió que aproximadamente a un metro) cuando aquél percutió el revólver. De este modo, es probable que GGM haya estado en mejores posibilidades que su hija de identificar las características del arma, quien se encontraba en la acera de

enfrente y, por lo tanto, a algunos metros más de distancia.

Además, es probable que la niña, quien, puede inferirse por su edad, no era conocedora de armas de fuego, se estuviera refiriendo a alguna parte del artefacto, mientras que su padre hiciera mención a otra parte del mismo. Igualmente, dado que el objeto descrito regularmente no es de amplias dimensiones y fue empleado en horas de la madrugada, cuando la iluminación, pese al alumbrado público, no es óptima, la no coincidencia sobre el punto es explicable y no incide en el mérito probatorio del hecho afirmado.

Ahora, S.A.G.G. declaró que se encontraba jugando con las dos niñas allegadas a JJHA en la acera de enfrente a la vivienda del procesado. De igual modo, precisó que aquél se hallaba departiendo con sus parientes y con el padre de la menor de edad “cerquita” a la puerta de su inmueble. El testimonio de la niña concuerda con lo referido por todos los testigos que declararon en el juicio oral, en el sentido de que el acusado se encontraba en el andén adyacente a su vivienda, en tanto que las tres menores de edad jugaban en la acera opuesta.

Así, no es el Tribunal sino el demandante el que distorsiona la afirmación de la víctima, al sostener equívocamente que esta afirmó haber sido impactada “de frente” con el arma de fuego. Ante preguntas aclaratorias, la víctima solo precisó la ubicación de cada una de las personas que se encontraban en la escena y, en particular, la suya con respecto a JJHA (“enfrente”), no la posición de su cuerpo con respecto al arma de fuego al momento del disparo. De este modo, no solo no se presenta la errónea apreciación de la evidencia alegada por la defensa, sino que está probado que cuando se produjo el impacto, victimario y víctima se hallaban, cada uno, en los costados opuestos de la calle, en los correspondientes andenes.

La niña afirmó también que JJHA le disparó, afirmación que, contrario a lo sostenido por la defensa, no es discordante con la aseveración de su padre, en el sentido de que el acusado accionó el arma hacia el lugar a donde aquella jugaba con las otras dos niñas, pero no que le disparó a su hija. Las dos atestaciones parten de una perspectiva diferente, pero no son contradictorias. Con la primera, la menor de edad solamente puntualiza que el procesado la hirió con el arma de fuego. Este hecho es indiscutible, pues, conforme se dejó expuesto, está probado que, objetivamente, HA accionó el revólver y uno de los proyectiles impactó a la víctima.

A su vez, la segunda atestación está enmarcada en una comprensión más amplia de lo sucedido

que el padre de la menor de edad intentó transmitir en el juicio oral. Al expresar que JJHA disparó, no a su hija, sino hacia donde esta se encontraba con las otras dos niñas, el testigo dio a entender que no apuntó intencionalmente a su descendiente con el propósito de causarle la muerte. De ahí que su aseveración solo haga referencia a la dirección en la cual el revólver fue disparado. No se presentan, por lo tanto, las inconsistencias que señala el demandante.

En concordancia con lo hasta aquí explicado, la reconstrucción testimonial del padre de la menor de edad no deja dudas sobre las características del peligroso episodio originado en la descarga del arma de fuego. GGP sostuvo que JJHA sacó el revólver y disparó hacia donde jugaban las tres niñas, que solo había sido herida su hija y que “de buenas” las otras dos, nietas de la compañera del procesado, salieron ilesas. En una entrevista previa, el testigo había sostenido que HA disparó “al aire”. Sin embargo, en el juicio oral aclaró que con la afirmación anterior quería significar que el procesado había accionado el arma de fuego, no con el ánimo de impactar un objetivo cercano ni con la intención de causarle la muerte a su hija o a las tres niñas. Dado que el grupo de menores de edad estaban jugando en la acera opuesta, precisó que “accionar el revólver” hacia allá, “es al aire”.

La aclaración del testigo tiene todo sentido. El padre de la víctima quiso manifestar que el acusado disparó “al aire” en el entendido de que no apuntó a nadie en particular ni percutió el revólver con el propósito de lesionar alguien. Sin embargo, otra cosa es la dirección en la cual dispuso el cañón del arma al momento de descargarla. Pudo hacerlo de forma vertical, lo que implicaba que la habría empuñado de manera paralela a su cuerpo, o también pudo hacerlo de manera horizontal, lo cual suponía que tuvo que disponer el cañón de forma perpendicular a su cuerpo.

Del relato del testigo surge evidente que JJHA disparó, no de forma vertical, sino horizontal y, por lo tanto, como lo asegura el declarante, hacia el grupo de niñas que jugaba en la acera de enfrente. Lo anterior adquiere una notable fuerza demostrativa debido a su compatibilidad con la ubicación y características de la lesión sufrida por la víctima. De acuerdo con la historia clínica y la prueba técnica, el proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo.

Si HA hubiera disparado de manera vertical, la única forma en que el proyectil habría podido causar la citada lesión sería cuando estaba en caída, por la sola fuerza gravitacional, y la víctima

tuvo que estar acostada, de lado, en el pavimento. Esto es poco probable, teniendo en cuenta que las menores de edad se encontraban en vía pública y que estaban haciendo “quemadas”. Además, ninguno de los testigos sugiere la posibilidad de que la lesionada se encontrara, en razón de sus actividades lúdicas, en la referida posición.

De este modo, la herida causada a S.A.G.G. coincide con el testimonio de GG, en el sentido de que JJHA disparó de forma horizontal su revólver y, por ende, que el arma fue accionada en dirección al andén de enfrente del sitio en el que se encontraba. En este lugar se hallaba el grupo de tres niñas jugando: la menor de edad que resultó gravemente herida y las dos nietas de su compañera permanente. En adición a lo señalado, el progenitor de la víctima testificó que el procesado percutió seis cartuchos, “en ráfaga”, es decir, uno enseguida del otro. Este hecho completa el escenario de peligro concreto creado. El episodio, sin embargo, fue valorado de manera diversa por los jueces de instancia, desde el punto de vista de la intencionalidad del agente.

[...]

Debe recordarse que el sujeto obra con dolo directo de primer grado cuando conoce y quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, también denominado de consecuencias necesarias, opera en aquellos supuestos en los cuales el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, tiene aplicación en los casos en que, si bien el agente no desea el resultado, este ha sido previsto como probable y su no producción se deja librada al azar (CSJ SP de 25 de agosto de 2010, rad. 32964).»

TENTATIVA - Concepto / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el agente realice actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, alude a su órbita subjetiva / **TENTATIVA** - Admite el dolo eventual / **DOLO** - Directo: diferencia con el dolo eventual / **DOLO EVENTUAL** - Concepto

«Tentativa de delito y dolo eventual

La necesidad del citado análisis de compatibilidad se deriva de las exigencias para la configuración del delito tentado y las características del dolo eventual. De conformidad con el artículo 27 del Código Penal, la tentativa implica que los actos que el agente emprende, además de ser idóneos y comportar el comienzo de la ejecución del delito, deben estar

inequívocamente dirigidos a su consumación. Se trata del elemento subjetivo del dispositivo amplificador del tipo y cubre tanto el aspecto volitivo como el cognoscitivo. Supone que lo pretendido por el agente al iniciar la ejecución de la conducta punible haya sido, justamente, lograr la producción del resultado típico (SP1175-2020, rad. 52341).

El problema radica en que en la configuración dogmática del dolo eventual el citado elemento subjetivo, requerido por la tentativa, parecería difuso. La discusión, en estos términos, reconduce a la configuración conceptual del dolo eventual. Las posiciones que, hace ya varias décadas, negaban la compatibilidad entre la tentativa de delito y el dolo eventual, consideraban que este último no sería una especie de dolo, junto al de primero y segundo grado. Una aproximación de este tipo está descartada en la legislación colombiana, pues es claro que el artículo 22 del Código Penal contempló tanto la figura del dolo directo como la del dolo eventual.

Otras posiciones han considerado, más genéricamente, que en el dolo eventual el agente realmente no quiere el resultado. Por esta razón, no podría actualizarse el componente subjetivo de la tentativa, consistente en que el sujeto haya emprendido los actos ejecutivos con el propósito de lograr el resultado típico. A juicio de estas posturas, ese propósito o querer real no estaría dado y ello impediría contemplar el delito tentado cuando el sujeto ha obrado con dolo eventual. La Sala no comparte este punto de vista.

En la Sentencia CSJ SP de 25 de agosto de 2010, rad. 32964, la Corte analizó ampliamente la figura del dolo eventual. El artículo 22 del Código Penal establece: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. La Sala sostuvo que, conforme lo había señalado la jurisprudencia en ocasiones anteriores, la norma citada había acogido la “teoría de la probabilidad”, en la cual, “lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente”. Explicó, además, que la dimensión cognitiva del dolo eventual implica que el agente se represente la probabilidad de producción del resultado antijurídico.

En todo caso, la Sala también aclaró que, además de este elemento cognitivo, se requiere la dimensión volitiva, vinculada a que el agente haya dejado la no producción del resultado típico librado al azar. Afirmó en el fallo: “el dolo eventual como modalidad de imputación subjetiva exig[e] para su configuración dos

condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado típico objetivo (aspecto cognitivo), y (ii) que deje su no producción librada al azar (aspecto volitivo)”. De esta manera, si bien es cierto el artículo 22 del Código Penal acentúa el aspecto cognitivo en los términos indicados, se precisa de un componente anclado a la voluntariedad del agente, el cual se halla ligado normativamente a la actitud del sujeto, de haber dejado la no producción de la consecuencia librada al azar.

De esta manera, cuando el sujeto obra con dolo eventual, emprende un plan y no tiene el deseo inequívoco de vulnerar un específico bien jurídico. Sin embargo, la realización de ese plan implica, de forma necesaria, la puesta en marcha de un curso causal idóneo para la producción de un resultado típico y esto es perfectamente previsible para el autor. En estas circunstancias, si el agente continúa adelante, realmente asiente, acepta, que se produzcan tales consecuencias. Este es el elemento volitivo del dolo eventual.

Conforme a lo anterior, en el dolo eventual hay también una resolución, una decisión, del agente hacia la lesión del bien jurídico, pero no con la misma intensidad que en el dolo directo. Su configuración también es distinta. El sujeto concluye que, a partir del curso de actuación creado por él mismo, es probable que el resultado se produzca. Pese a esto, adopta la determinación de continuar. A partir de este momento, nótese que la concreción de la consecuencia antijurídica no depende del sujeto, quien ya emprendió actos adecuados para la infracción del bien jurídico. La consecuencia depende del azar y las circunstancias. Con todo, es evidente que en ese instante actuó ya la determinación del sujeto y, por ende, incursionó su voluntad en la probable producción del resultado.

Un ejemplo de la doctrina, tomado con modificaciones, puede ilustrar la voluntad de quien actúa con dolo eventual, a diferencia de quien obra con dolo directo. El cuidador de un enfermo en fase de cuidado paliativo conoce de una sustancia con la capacidad para aliviar los dolores de la enfermedad, pero al mismo tiempo, sabe que, por la condición clínica del paciente, existe la seria probabilidad de que el medicamento le genere una alergia mortal. Pese a esto, decide suministrárselo, pues estima que, de ocasionarse el resultado, se trataría de un mal menor en comparación con sus terribles padecimientos.

Obsérvese que el cuidador prevé la probabilidad de la consecuencia y, aun así, adopta la decisión de seguir adelante, con lo cual consciente en que aquella se produzca. Es claro, además, que a

partir del momento en el que el cuidador resuelve suministrar la sustancia, la concreción del resultado ya no depende de él, de su voluntad, sino del azar. Sin embargo, el aspecto ligado a la voluntad ya ha obrado, en el instante en que el sujeto resolvió proporcionar la sustancia al paciente.

El anterior escenario es distinto de aquel en el que el agente, con dolo directo, emprende un conjunto de actuaciones para causar la muerte a una persona. El autor no solo acepta el resultado, sino que persigue activamente, con medios adecuados, su concreción y hace todo lo posible para alcanzarlo. En estos casos existe también la posibilidad de que el sujeto repita tantas veces la misma acción hasta que haya conseguido el objetivo deseado. Por hipótesis, el autor dispara tantas veces como le sea posible hasta dar en el blanco.

En adición a lo expuesto, conviene precisar el elemento de “probabilidad” que actúa en la figura analizada. En el dolo eventual, el sujeto activo prevé que, probablemente, el resultado típico se producirá. Esta probabilidad surge considerada: (i) la idoneidad objetiva de los medios empleados por el agente o del curso causal que este pone en marcha y (ii) de la adecuación de las condiciones fácticas de contexto, de cara a la lesión del bien jurídico. Tal probabilidad, por lo tanto, no es una estimación subjetiva del autor ni una especulación suya sobre la ocurrencia del resultado. Está vinculada, en cambio, a las variables serias, reales y objetivas de que ocurra, teniendo en cuenta los dos mencionados elementos.

En síntesis, el dolo eventual implica que el agente, al emprender un plan de acción, pone en marcha un curso causal que, probablemente, puede ocasionar el resultado típico y ello es previsto por el propio sujeto. Dicha probabilidad se funda en (i) la idoneidad de los medios empleados por el agente y (ii) la adecuación de las condiciones fácticas de contexto, de cara a la violación al bien jurídico en cuestión. En estas circunstancias, si el sujeto activo, habiendo previsto esa probabilidad, resuelve seguir adelante, consiente o asiente que se produzcan tales consecuencias.

Así precisado el alcance del dolo eventual, es clara su compatibilidad con la tentativa de delito. Además de emprender actos idóneos y que impliquen el comienzo de la ejecución de la conducta punible, si el agente prevé la probabilidad de que el resultado antijurídico se producirá en la forma en que se ha ilustrado y, sin embargo, decide continuar adelante, acepta, asiente o asume como propios tales resultados.

Si el resultado finalmente no se produce por razones ajenas a la voluntad del sujeto, entonces, se habrá cometido el delito en modalidad de tentativa, a título de dolo eventual.»

DOLO EVENTUAL - Se configura / **DOLO EVENTUAL** - Tentativa de homicidio / **TENTATIVA DE HOMICIDIO** - Se configura

«Así, a juicio de la Corte, las pruebas evidencian que el acusado no quería privar de la vida a S.A.G.G. [...]

La impresión expresada por el testigo, sobre la intencionalidad del agente, obedece a una comprensión de sentido común sobre el suceso. No existían razones para que JJHA quisiera dar muerte, ni a la niña S.A.G.G. ni a las nietas de su compañera permanente. Pese a que accionó el arma en dirección hacia donde aquellas estaban y de que disparó los seis cartuchos del revólver, la interpretación razonable de lo ocurrido no implica que el acusado tuviera una inequívoca intención homicida, como lo consideró el Tribunal.

En este orden de ideas, la conclusión de la segunda instancia, de que el acusado obró con dolo directo, no se ajusta a los hechos probados.

El escenario de grave peligro creado por JJHA se subsume, en cambio, en una conducta ejecutada con dolo eventual.

En la madrugada de los hechos y habiendo ya consumido licor por varias horas, como era su costumbre, el acusado pidió a su compañera permanente el arma de fuego para dispararla. Una vez con ella en su poder, procedió a accionarla y lo hizo en dirección hacia donde estaba el grupo de tres niñas jugando en la acera de enfrente. Además, según el padre de la víctima, el acusado percutió el revólver en seis oportunidades seguidas o, en sus palabras, “en ráfaga”.

Pues bien, al emprender su plan, en primer lugar, JJHA sabía que los proyectiles de arma de fuego son idóneos para causar la muerte a una persona. Pero, además, el acusado disparó seis cartuchos de su arma de fuego. Lo anterior incrementó significativamente el peligro creado y aumentó dramáticamente las posibilidades de su concreción. Hay una ostensible diferencia, de cara a la probabilidad de lesión del bien jurídico, cuando se dispara un arma de fuego en una o dos ocasiones a cuando se hace en seis oportunidades. Por lo tanto, es manifiesta la idoneidad de los medios empleados por el agente para la producción del resultado típico.

En segundo lugar, de acuerdo con todos los testigos, quienes tomaron parte de la celebración

en la madrugada de los hechos se encontraban en andenes de una vía pública residencial. EV afirmó que la calle era de doble vía y que cabían dos vehículos. De ello puede inferirse que la distancia entre las dos aceras y, por lo tanto, entre JJHA y la víctima era realmente corta, si se tiene en cuenta el alcance que, regularmente, puede tener el disparo de un arma de fuego. Además, el hecho de que el proyectil haya impactado a la niña en el hombro permite inferir que estaba de pie o sentada, no acostada en el pavimento. Por lo tanto, la reducida distancia entre el tirador y la víctima y la posición de esta en el andén de enfrente implica que existieron unas condiciones adecuadas de contexto para que se produjera el desenlace fatal.

De esta manera, (i) la idoneidad de los medios utilizados para la producción del resultado, en conjunto con (ii) las adecuadas condiciones fácticas de contexto permitieron al procesado prever la probabilidad seria, real y objetiva, de que se produjera la muerte de la víctima. Se actualiza así la dimensión cognitiva del dolo eventual. Ahora, pese a la alta probabilidad de que se ocasionara el resultado, el acusado no se detuvo, sino que resolvió accionar el arma de fuego en seis oportunidades. Al hacerlo, aceptó, asumió, que la muerte de la víctima podía ocurrir, resultado que, entonces, dejó librado al azar o a las circunstancias. Precisamente circunstancias como la pronta atención médica impidieron el deceso de la víctima, pese al grave peligro en que fue puesta. Así, se actualiza también la dimensión de voluntad del dolo eventual.

En este orden de ideas, no existe duda de que JJHA incurrió en la tentativa de homicidio, ejecutada con dolo eventual, por la cual fue acusado. [...]

En consecuencia, acertaron los jueces de instancia al condenar al procesado por el delito contra la vida objeto de acusación, aunque, como lo señaló la A quo, ejecutado con dolo eventual, conforme lo explicado en las consideraciones del presente fallo.»

SALVAMENTO DE VOTO CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

SALVAMENTO DE VOTO - Magistrado de la Sala de Casación Penal: se aparta de la decisión mayoritaria y expone razones / **JUEZ** - Están sometidos al imperio de la ley / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: no es suficiente la gravedad de los hechos ni la injusticia derivada del mal proceder de la Fiscalía

«Se sabe que en el lugar y fechas indicados en la postura mayoritaria, el procesado, en estado de embriaguez, accionó un arma de fuego, como solía hacerlo cuando se dedicaba a la ingesta de licor. Se conoció, igualmente, que en ese contexto resultó gravemente lesionada una niña, quien fue impactada por uno de los proyectiles.

La gravedad de estos acontecimientos no se discute. Tampoco, que los múltiples errores cometidos por la Fiscalía impidieron adelantar un proceso como es debido. Por ahora, basta con destacar que los yerros en materia probatoria impidieron la condena por el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, ya que ni siquiera pudo aportarse la certificación de que el procesado no tenía autorización para portar el arma de fuego.

Sin embargo, ni la gravedad de los hechos ni la “injusticia” derivada del mal proceder de la Fiscalía pueden conducir a la emisión de una condena a como dé lugar.

Ello no es aceptable de los jueces de instancia, por su sujeción al ordenamiento jurídico, lo que se erige en piedra angular del Estado de derecho, y por su compromiso con la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

El compromiso con los derechos y garantías previstos en el bloque de constitucionalidad encuentra su máxima prueba en casos como el presente. Ante el repudio que generan este tipo de acciones y resultados, no es extraño que las víctimas, el vecindario, e incluso los medios de comunicación y otros actores sociales, clamen por medidas extremas, por el “máximo castigo”.

Bajo esas condiciones, la figura del juez se erige en el fiel de la balanza, para mantener el equilibrio entre la conducta punible y la sanción que debe imponerse, así como para garantizarle al procesado, y, por esa vía, a todo el conglomerado social, la vigencia del debido proceso.

Lo anterior se espera de los jueces de instancia, y, con mayor razón, del tribunal de casación, por las razones expuestas en los párrafos anteriores y por su función constitucional y legal de esclarecimiento y unificación, de lo que depende, en buena medida, la materialización de dos aspectos medulares de un Estado constitucional de derecho: la seguridad jurídica y la igualdad.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: fines / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación:

funciones del juez, velar por la claridad de los cargos elevados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: materializa el derecho del procesado a conocer los cargos por los que se solicita condena / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: inobservancia de los requisitos mínimos de claridad, impide el cumplimiento de los fines de la imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: su indefinición genera nulidad / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Delimitación de los elementos estructurales: importancia / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: el sujeto activo debe conocer de su existencia e intentar hacer uso de ella

«[...] es claro que, en este caso, la Fiscalía no cumplió con la obligación de comunicar adecuadamente los cargos, toda vez que: (i) el hecho de “disparar al aire” y “tener el infortunio de que una de los proyectiles impacte a alguien” no encaja en ningún tipo penal; (ii) aunque calificó los hechos como tentativa de homicidio con dolo eventual, la Fiscalía no incluyó los referentes factuales de los principales elementos de esta modalidad, entre ellos, la previsibilidad del resultado y la decisión de dejar su no producción librada al azar; y (iii) de hecho, la relación de hechos podría ser más compatible con un delito culposo, aunque tampoco fue estructurado en debida forma.

Bajo estas condiciones, los jueces (de control de garantías y de conocimiento) estaban en la obligación de ejercer las respectivas labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpliera con su deber de hacer la imputación y la acusación según lo establecido en el ordenamiento jurídico. Más puntualmente, tenían el deber de garantizar que el acusador presentara los hechos jurídicamente relevantes de manera sucinta y clara.

Por tanto, los yerros de la Fiscalía en la estructuración de la hipótesis factual, aunados a la inacción de los jueces, dieron lugar a la trasgresión del debido proceso, toda vez que el procesado no tuvo la oportunidad de conocer oportunamente los hechos relevantes a la luz del derecho penal vigente, que justificaran su vinculación al proceso.

Acorde con la copiosa jurisprudencia de la Sala sobre esta materia, lo procedente era decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, inclusive, para que la Fiscalía adelantara su labor como es debido.

La acusación es mucho más deficitaria en lo que concierne a la circunstancia de agravación

prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal.

Efectivamente, si la hipótesis se redujo a que el procesado disparó al aire, no se avizora ningún hecho atinente a la indefensión en que se encontraba la niña que fue impactada por uno de los proyectiles, ni, mucho menos, se hizo alusión a que el procesado conociera esa situación y haya querido aprovecharse de ella. De hecho, la hipótesis por la que optó la Fiscalía descarta los elementos objetivos y subjetivos de la circunstancia de agravación, ya que la misma consiste en que el procesado “disparó al aire” y no a alguien en particular.

Lo anterior, en contravía del amplio desarrollo jurisprudencial acerca de la obligación de considerar estos aspectos en los juicios de imputación y acusación (en lo que atañe al fiscal), así como en la sentencia. [...]»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: se vulnera si la sentencia se profirió por hechos que no fueron atribuidos por la Fiscalía

«[...] las posturas por las que finalmente optaron el Juzgado, el Tribunal y la Corte son notoriamente diferentes a la expuesta por la Fiscalía en la acusación.

La premisa fáctica de la condena, según la Corte, tiene los siguientes elementos estructurales: (i) el procesado disparó hacia el lugar donde estaban las tres niñas; (ii) disparó en seis ocasiones sin solución de continuidad (“en ráfaga”); (iii) el procesado previó que con ello podía causar la muerte de una persona; (iv) sin embargo, realizó la conducta y dejó la no producción del resultado librada al azar; y (v) la muerte de la víctima no se produjo por la oportuna atención médica.

Esta descripción fáctica no guarda correspondencia con los hechos incluidos en la acusación, cuyos principales elementos son los siguientes: (i) el procesado disparó al aire; y (ii) tuvo el infortunio o la desdicha de que uno de los proyectiles impactó a la víctima.

Sin mayor esfuerzo se advierte que la acusación no contenía unos cargos establecidos con una mediana claridad. Igualmente, que ese vacío fue llenado paulatinamente por los juzgadores, con las variaciones ya anotadas. Esto es, en este caso se conjugaron los roles de acusador y juzgador, ya que ni el Juzgado ni el Tribunal se ciñeron a los hechos expuestos por la Fiscalía en la acusación. Ambos crearon sus propias teorías factuales, que ni siquiera coinciden entre sí.

Nada distinto se observa en la postura mayoritaria. De hecho, no se le destinó ni una

línea a referir los términos de la acusación, a pesar de la concurrencia de hipótesis factuales. Simplemente, se optó por una novedosa teoría fáctica, sin evaluar su viabilidad jurídica a la luz del principio de congruencia.

Lo anterior implica la trasgresión de lo establecido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, porque se emite la condena por hechos no incluidos en la acusación.

A la luz de las garantías judiciales mínimas previstas en el artículo 6° de la CADH y el artículo 14 del PIDCIP, replicados y desarrollados en los artículos 8° , 288, 337 y 448 de la Ley 906 de 2004, el procesado fue puesto en indefensión, ya que fue acusado por “disparar al aire” y por tener el “infortunio de que uno de los proyectiles impactó a la víctima”, y fue condenado por haberles apuntado y disparado a las niñas en seis ocasiones, haber previsto que con ello podía causar la muerte de una persona y, finalmente, porque dejó librado al azar la no producción del resultado.

A esta altura, debe retomarse lo expuesto al inicio del presente salvamento, en el sentido de que no se discute lo reprochable que resulta que un ebrio dispare un arma y hiera a una niña. Ello, agravado por las omisiones que impidieron la condena por el delito de porte ilegal de armas.

Sin embargo, ello no justifica la edificación de una condena a como dé lugar. No torna ajustado al ordenamiento jurídico el que los jueces, cada uno a su manera, asuman el rol de acusador y construya su propia teoría del caso, con notorias diferencias en los planos objetivo y subjetivo.»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: interés del testigo en el proceso / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: contradicciones, evento en que son trascendentes

«Incluso si se aceptara, en contra de la evidencia, que no se presentaron las dos formas de violación del debido proceso indicadas en los numerales anteriores, la condena no podría emitirse por el delito de tentativa de homicidio en la modalidad de dolo eventual.

En la postura mayoritaria, se plantea que únicamente existen dos hipótesis sobre la forma como resultó lesionada la víctima: (i) el procesado disparó al aire (o sea, hacia arriba) y pudo impactar a la niña porque ésta estaba tendida en el pavimento; o (ii) el procesado les apuntó a las menores e hirió a una de ellas.

Finalmente, se da por sentado que el procesado dirigió el arma de fuego hacia el lugar donde se encontraban las niñas y les disparó repetidamente, en seis ocasiones. Igualmente,

que a la víctima y el procesado los separaba la calle, esto es, que estaban en las aceras opuestas.

Para arribar a esta conclusión, se le otorgó plena credibilidad a lo expuesto por el padre de la víctima, principalmente porque encuentra respaldo en la ubicación de la lesión sufrida por la niña.

La anterior conclusión es producto del análisis fragmentario de la prueba. En efecto, se dejaron de considerar aspectos relevantes, que permiten establecer la existencia de duda razonable frente a las hipótesis factuales adoptadas por los juzgadores de instancia, como también frente a la expuesta en la postura mayoritaria.

Además, se plantea un falso dilema, porque no es cierto que las hipótesis se reduzcan a las dos enunciadas en precedencia. Efectivamente, las notorias falencias en la investigación y en la práctica probatoria impiden descartar otras hipótesis igualmente plausibles, entre las que se destaca la posibilidad de que el procesado haya disparado al aire (hacia arriba), pero, por su ebriedad, haya realizado otro disparo cuando bajaba el brazo.

Esta hipótesis alternativa permite explicar diversos aspectos, entre ellos: (i) a pesar de la corta distancia, del número de disparos que realizó y de la pluralidad de niños que compartían en la acera, solo uno de los proyectiles impactó a uno de los menores; (ii) el padre de la víctima estaba junto al procesado y, según dice, lo vio cuando dirigió al arma hacia las pequeñas, lo que impide entender por qué no hizo algo para evitar el atentado; y (iii) no se aportaron datos orientados a establecer a dónde fueron a parar los otros disparos (en la puerta, la venta o la fachada de las residencias ubicadas en la zona), pues no puede perderse de vista que los hechos ocurrieron en un barrio de la ciudad de Bogotá y no en un despoblado.

Para explicar de mejor forma lo anterior, se hace necesario un recuento de lo sucedido durante la práctica probatoria en el juicio oral:

En primer término, la víctima hizo alusión a varios aspectos que no son objeto de discusión: (i) esa madrugada, su padre estaba ingiriendo licor con “el Mono”, como se le conocía al procesado; (ii) este se encontraba más embriagado que su padre; (iii) en el sitio también estaban la compañera sentimental de HA, una hija de esta, quien, a su vez, estaba con sus tres descendientes; y (iv) hubo agresiones físicas a raíz de estos hechos, en las que se vieron involucrados su padre y el procesado.

[...]

Las investigadoras citadas al juicio oral se refirieron a la entrevista del padre de la víctima y a su incidencia en la estructuración del caso. Ello puso en evidencia que la Fiscalía se vio sorprendida ante el cambio de versión del principal testigo de cargo. Por ello, se vio precisada a impugnar su credibilidad, en los términos ya referidos, lo que permitió conocer en el juicio oral el contenido de la primera versión suministrada por el padre de la afectada.

No puede perderse de vista que el acusador, a pesar del cambio de versión, siguió sosteniendo la tesis de que el procesado realizó los disparos al aire.

La primera versión del testigo es más creíble, por lo siguiente:

En primer término, todos los testigos (de cargo y descargo) coincidieron al afirmar que este incidente dio lugar a que el progenitor de la niña lesionada agrediera físicamente a la compañera sentimental del procesado (la golpeó en el rostro). Igualmente, hay consenso en las desavenencias que en adelante se suscitaron, que dieron lugar a agresiones físicas y verbales.

Así, no existía ninguna razón para que el procesado faltara a la verdad en la entrevista inicial para favorecer a la persona que, según su último relato, le apuntó a su hija y le hizo “seis disparos en ráfaga”, esto es, para que declarara falsamente que hizo los disparos al aire.

Por el contrario, los múltiples problemas entre ambas familias pudieron dar lugar a que el testigo hiciera una presentación más gravosa de los hechos durante el juicio oral, con el ánimo de perjudicar a quien se convirtió en su antagonista.

Ello, sin perder de vista que el declarante dejó entrever su personalidad agresiva, pues durante el interrogatorio trató con irrespeto al fiscal, se mostró desobligante al contestar y no atendió oportunamente las directrices trazadas por la juez.

Sumado a ello, es inaceptable la explicación que dio cuando la defensa le indagó por los motivos del cambio de versión. Como quedó anotado, se limitó a decir que en la entrevista habló de disparos al aire en atención a la distancia que existía entre el disparador y sus “objetivos”.

Además de que la explicación dada por el testigo es en sí misma irracional, no puede perderse de vista que él aceptó que las niñas estaban a corta distancia, “de andén a andén”, aproximadamente a dos metros, separados por la calzada.

También debe recordarse que el declarante y la tía de la niña que se encargó de llevarla al hospital resaltaron que HA acostumbraba disparar al aire cuando estaba borracho, lo que disipa cualquier duda que pudiera existir sobre el sentido de lo expuesto en la entrevista traída a colación por el fiscal para impugnar la credibilidad de su propio testigo.

Igualmente, debe considerarse que el testigo estaba junto al procesado, en virtud de la amistad que los unió hasta ese momento, por lo que era razonable esperar que hubiera realizado alguna maniobra de evitación al ver que el Mono apuntó con el arma hacia las niñas y les hizo seis disparos.

De otro lado, aunque la ubicación de las lesiones sufridas por la víctima en principio permitiría concluir que se trató de un disparo frontal, existen razones suficientes para concluir que ese dato no le brinda soporte suficiente a la hipótesis factual de la condena. Ello porque:

Primero. No es creíble que el procesado, que estaba a escasos metros de las niñas, les haya hecho seis disparos “en ráfaga” y solo uno haya alcanzado a una de ellas. Esto, bajo el entendido de que, según el progenitor de la víctima, las niñas “estaban junticas”, lo que coincide con lo expresado por la víctima en el sentido de que estaba jugando con sus amigas.

Segundo. No se estableció absolutamente nada sobre la posición en la que se encontraban las niñas (de pie, arrodilladas, sentadas, acostadas, de frente, de lado, etcétera), lo que impide realizar un estudio fundado sobre la trayectoria del disparo. Es más, ni siquiera se sabe cuántos niños estaban allí, ya que: (i) el procesado dice que tres, (ii) la madre de las otras niñas, habla de cuatro, y (iii) a la víctima no se le preguntó por este tema.

Tercero. La Fiscalía optó por presentar tres peritos para demostrar las características y consecuencias de las lesiones -tema que fue poco discutido-, pero no hizo nada para establecer las características del lugar, la distancia que existía entre las personas involucradas, ni procuró la emisión de un dictamen que permitiera entender la trayectoria del disparo, a partir de datos como los referidos en el párrafo anterior.

Cuarto. Aunque los hechos ocurrieron en un barrio, y el disparador y las niñas supuestamente estaban separados por una calle, no se estableció dónde fueron a parar los otros cinco disparos que supuestamente hizo el procesado cuando dirigió el arma hacia las menores. Esto es, no se precisó si impactaron la puerta o las ventanas de las residencias ubicadas al lado del andén donde se

encontraba la víctima, si los proyectiles dañaron algún vehículo, etcétera.

A lo anterior, se añan los siguientes aspectos del testimonio de la víctima:

Aseguró que el procesado le disparó, pero no mencionó la multiplicidad de disparos a que alude su padre (seis disparos en ráfaga), lo que, por su notoriedad y trascendencia, no debió pasar desapercibido.

La niña dijo haber visto cuando la compañera sentimental del procesado le entregó el arma y cuando este le disparó (según su padre, estaban separados por la calle). Ello lleva a pensar que la menor estaba de frente, lo que no corresponde a la ubicación de los orificios de entrada y salida del proyectil (ingresó por un hombro y salió por el otro).

Según sus propias palabras, ya la niña había entregado una versión incorrecta por las presiones que ejercieron los familiares del procesado (en el hospital, dijo que fue herida cuando se transportaba en un taxi). Por tanto, no puede perderse de vista que su padre y el procesado (y las respectivas familias) han tenido inconvenientes serios a raíz de estos hechos, tal y como se explicó al relacionar las razones que pudieron llevar a dicho testigo a cambiar su versión, agravándola. Estas circunstancias pudieron incidir en el relato de la menor.

En la misma línea, se tiene que durante el juicio oral se estableció que el padre de la víctima estaba privado de la libertad y se dio a entender que la detención estaba asociada a estos hechos, lo que pudo agudizar los problemas entre las dos familias. Lamentablemente, este tema no fue profundizado.

De otro lado, aunque la niña asegura haber visto cuando el procesado le disparó (esto es, cuando le hizo seis disparos en ráfaga, según la versión de su padre), durante su interrogatorio y el de su progenitora se habló de que se enteró de que estaba lesionada porque sintió el hombro caliente y / o vio sangre en su ropa.

En este contexto, adquiere mayor trascendencia el hecho de que la niña aseguró que el procesado utilizó un arma de color negro, mientras que su padre, que estaba junto al disparador, señaló que el artefacto era blanco.

Asimismo, debe considerarse que hasta el día de los hechos el procesado y el padre de la víctima estaban unidos por un fuerte lazo de amistad, por lo que no se avizoran motivos para que este quisiera atentar contra su hija. Igualmente, no se estableció que tuviera motivos para atentar contra los nietos de su compañera, sin que deba

olvidarse que fue esta quien le entregó el arma, claramente convencida de que la utilizaría para hacer disparos al aire en medio del festejo, como era su costumbre.

Por último, aunque no resulte determinante para la decisión jurisdiccional, debe recordarse que el acusador siempre insistió en la hipótesis inicial, atinente a que el procesado disparó al aire. Ello se vio reflejado en la impugnación de la credibilidad del padre de la víctima, cuando cambió su versión, y, principalmente, en el contenido del alegato de conclusión, donde se reiteró dicha postura.

A la luz de esta realidad procesal, se concluye que existe duda razonable frente a la hipótesis consistente en que el procesado dirigió intencionalmente el arma hacia el grupo de niños que departía en la calle y les hizo seis disparos en ráfaga. Por tanto, debe optarse por la hipótesis más favorable, esto es, que realizó los disparos al aire, como lo sostuvo el principal testigo de cargo en sus primeras versiones.

En el caso objeto de estudio, no puede descartarse que el procesado haya disparado al aire, pero, por su ebriedad, haya accionado el arma una vez más cuando el cañón no estaba dirigido hacia arriba, y que haya sido ese disparo el que impactó a la víctima.

En suma, la hipótesis más plausible da cuenta de que el procesado, como era su costumbre cuando ingería licor, realizó disparos al aire, esto es, hacia arriba. Su ebriedad incidió en la manipulación del arma de fuego, dando lugar a que uno de los proyectiles saliera en dirección a donde se encontraban 3 o 4 niñas jugando, con el resultado ya conocido.»

DOLO EVENTUAL - Elementos / **DOLO EVENTUAL** - Elementos: cognitivo y volitivo, el elemento cognitivo es más relevante que el volitivo / **DOLO EVENTUAL** - Elementos: cognitivo, que la realización de la infracción penal haya sido prevista como probable / **DOLO EVENTUAL** - Elementos: volitivo, que la no producción del resultado haya sido dejada al azar / **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable

«En este caso, pueden apreciarse dos aspectos perfectamente diferenciables, a pesar de la relación que suelen tener: (i) la existencia de un peligro efectivo, lo que corresponde a un dato objetivo, que puede o no coincidir con la representación que del mismo haga el sujeto activo; y (ii) la aprehensión que el sujeto activo hace de esa situación en particular. [...]

En la teoría mixta adoptada por el legislador en el artículo 22, se optó por la fórmula “probable”, en lugar de “posible”. Sin perjuicio del significado de estas palabras en el plano semántico, la doctrina especializada ha establecido diferencias a la luz de las diversas teorías orientadas a explicar el dolo eventual. Así, por ejemplo, se resalta que al referirse al elemento cognoscitivo “algunos adoptan el criterio de la teoría de la posibilidad y exigen que el autor se represente el resultado como ‘posible’. Otros en cambio recogen la teoría de la probabilidad señalando que el sujeto se debe representar al mismo ‘seriamente’ o con un ‘alto grado de probabilidad’ (...)”.

Sin perjuicio de las críticas que recaen sobre la teoría de la probabilidad (una de las centradas en el aspecto cognoscitivo), entre otras cosas, por la dificultad de establecer un linderó objetivo y, por tanto, verificable, entre lo posible y lo probable, es dable rescatar la idea de que existe dolo eventual cuando el sujeto actúa representándose el resultado como de muy probable producción, es decir, como una eventualidad próxima y cierta. En este sentido se pronunció la Sala en las decisiones CSJSP3218, 28 julio 2021, Rad. 47063; CSJAP765, 28 feb 2018, Rad. 51038, entre otras.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hipótesis alternativas plausibles: incidencia frente al estándar de más allá de toda duda razonable

«Con las pruebas aportadas al proceso se demostraron varias circunstancias de las que se desprende la duda razonable acerca de si el procesado se representó que con su conducta probablemente podría afectar la vida o integridad de otras personas.

En efecto, se estableció que: (i) HA hacía parte del grupo de personas que podían verse afectadas con uno de los proyectiles, en el evento de que estos descendieran con fuerza letal, ya que todos los testigos aseguran que estaba en la misma zona donde departían adultos y niños; (ii) en el lugar también se encontraba su compañera permanente, así como las hijas y los nietos de esta; (iii) predicar que se representó la alta probabilidad de que alguien resultara lesionado con los “disparos al aire”, implica aceptar que era consciente del alto riesgo que corrían él mismo y sus parientes; (iv) así, esta tesis riñe con el instinto de autoprotección y con la tendencia a proteger a los familiares más cercanos; (v) en otras ocasiones había disparado al aire, sin que se tenga noticia de que haya causado la muerte o heridas a otras personas, lo que potencialmente puede disminuir su percepción sobre el peligro generado con ese tipo de conductas; y (vi) estaba

ebrio, lo que pudo incidir en la comprensión del riesgo que estaba generando.

Sumado a lo anterior, se advierte que las personas que lo acompañaban esa noche tampoco se representaron el peligro derivado de esa conducta, toda vez que: (i) su compañera permanente fue quien le facilitó el arma para que disparara al aire, aparentemente sin percatarse del riesgo que ello representaba para ella misma, sus hijas y sus nietos, quienes estaban en el lugar departiendo o jugando en la calle en compañía de la víctima; (ii) aunque el padre de la niña lesionada sabía que el procesado acostumbraba disparar al aire cuando estaba ebrio, no tuvo reparos en consumir licor en su compañía, al parecer sin percatarse de que el, su hija o cualquier otra persona podrían resultar afectadas con los proyectiles; y (iii) ninguno de los testigos de cargo menciona que hayan tratado de disuadir al procesado de disparar el arma, a pesar de haberse percatado con suficiente antelación de que la compañera sentimental de este se la entregó con el claro propósito de que disparara al aire, pues, según se sabe, esa era su costumbre cuando estaba bajo los efectos del licor.

En este orden de ideas, es plausible la hipótesis de que el procesado no se representó el peligro inminente que su conducta representaba para la vida e integridad de otras personas.»

JURISPRUDENCIA - Precedente: indebida construcción

«Acorde con los criterios más básicos para el estudio del precedente generado en la solución de casos concretos, el entendimiento de la ratio decidendi pasa necesariamente por la ubicación precisa de la premisa fáctica a la que, finalmente, se le aplica la regla decantada por vía jurisprudencial.

En este caso, los mayores problemas de la postura mayoritaria están asociados a la delimitación de la premisa fáctica.

Como se indicó en el numeral 3, no existen elementos de juicio suficientes para concluir que el procesado, conscientemente, dirigió el arma de fuego hacia el lugar donde estaban las 3 o 4 niñas, justo en la acera del frente, y les disparó seis proyectiles “en ráfaga”.

Sin embargo, si en gracia de discusión se aceptara que ello fue así, luce mucho más razonable la tesis del Tribunal (claramente trasgresora del principio de congruencia), según la cual el procesado actuó con dolo directo.

Para concluir lo contrario (el procesado disparó en repetidas ocasiones hacia donde estaban las

niñas, pero no con el ánimo de lesionarlas o matarlas), la postura mayoritaria da por cierta la confusa versión del padre de la víctima.

Como ya se indicó, el testigo en mención, al ser confrontado con su versión anterior (en la entrevista dijo que su vecino disparó al aire), trató de explicar su contradicción, aludiendo a que las niñas estaban justo en la acera de enfrente cuando el procesado les apuntó con el revólver, aunque señaló que éste no actuó con la intención de matarlas.

Aunque esa explicación presenta el déficit analizado en el numeral 3, la postura mayoritaria acogió acriticamente la versión de este testigo hostil e interesado, bajo el argumento principal de que el procesado no tenía ningún motivo para atentar contra la hija de su amigo, y, mucho menos, contra sus parientes (las otras niñas eran nietas de su compañera sentimental).

Bajo esos presupuestos, se descartan las hipótesis más plausibles, para abrir paso a otra que no fue suficientemente explicada.

Efectivamente, si el procesado estaba a tan corta distancia (algunos testigos dijeron que 2 metros; otros, la calcularon entre 8 y 10 metros) e intencionalmente les disparó “seis proyectiles en ráfaga” a 3 o 4 niñas que estaban juntas, reunidas en la acera, no parece razonable que se descarte que haya actuado con el conocimiento y la voluntad propios del dolo directo.

Es cierto que esa hipótesis es incompatible con la ausencia de razones para causarle daño a las niñas, pero también lo es que la misma no encuentra respaldo en las pruebas practicadas durante el juicio oral, tal y como se explicó en el numeral 3.

Ahora bien, si lo que se pretende decir es que el procesado no les apuntó a las niñas, sino a un lugar aledaño a donde ellas estaban, necesariamente habría que indagar por otra hipótesis, compatible con un delito imprudente, a saber: el procesado era consciente del riesgo creado con su conducta, pero confió en evitarlo.

En este contexto, en la postura mayoritaria de trata de explicar la compatibilidad del dolo eventual y la tentativa, a partir de un precedente que no guarda analogía fáctica con el asunto objeto de análisis (en ese caso, se trató de un piloto drogado y ebrio, que causó un accidente de tránsito en el que fallecieron dos personas).

Como, en el fondo, la premisa fáctica del fallo condenatorio es más compatible con el dolo directo, ello dio lugar a la elusión de los principales problemas teóricos y prácticos de la

aplicación conjunta del dolo eventual y el referido dispositivo amplificador del tipo, entre ellos:

A diferencia de otros ordenamientos, el artículo 27 del Código Penal, al regular la tentativa, establece, entre otros requisitos, la existencia de “actos idóneos e inequívocamente dirigidos” a la consumación de la conducta punible.

De entrada, esta reglamentación conlleva unas puntuales cargas argumentativas de cara a su aplicación concurrente con el dolo eventual, precisamente porque en esta modalidad del dolo se parte de que el sujeto activo no busca atentar contra el bien jurídico, aunque conoce la probabilidad de que ello suceda y deja la no producción del resultado librada al azar.

En la postura mayoritaria, no se explica por qué la hipótesis factual que allí se defiende permite concluir que el procesado no les apuntó directamente a las niñas sino a un lugar aledaño, sin la intención de lesionarlas o matarlas, y, al tiempo, admite la idea de que su conducta estaba inequívocamente dirigida a causarles la muerte.

Sumado a lo anterior, allí se elude otro problema identificado por la doctrina para articular el dolo eventual y la tentativa, incluso cuando el ordenamiento jurídico, por lo menos de manera expresa, no supedita este dispositivo amplificador a la existencia de “actos inequívocamente dirigidos” a la consumación de la conducta punible.

En el presente caso, en la postura mayoritaria se tuvo por demostrado que el procesado disparó seis proyectiles en “ráfaga” hacia un lugar aledaño a donde se encontraban reunidas 3 o 4 niñas.

Sin perjuicio del déficit probatorio de esa hipótesis y de las dificultades para ajustarla a las normas que regulan la tentativa de homicidio bajo la modalidad de dolo eventual, se deja por fuera el problema de la concreción del riesgo y su cercanía con su eventual materialización.

En efecto, aunque se habla de 3 o 4 niñas, que estaban juntas, y se da por sentado que el procesado disparó 6 proyectiles (solo uno de ellos impactó a la víctima), no se explica si las menores que no resultaron lesionadas también fueron víctimas del delito de tentativa de homicidio. En términos simples, no se precisa si, en casos como este, solo puede hablarse de tentativa de homicidio, bajo la referida modalidad, si la víctima resulta lesionada; si ello es predicable cuando el proyectil pasa muy cerca de su cuerpo; etcétera.

Lo anterior permitiría comprender la forma más plausible de solución de los múltiples eventos a

los que pueden verse enfrentados los fiscales, defensores y jueces cuando surja la posibilidad de calificar los hechos como tentativa de dolo eventual. Por ejemplo, cuál hubiera sido la solución de este caso en el evento de que la niña no hubiera resultado lesionada.

Es cierto que en la acusación no se incluyeron los otros posibles delitos de tentativa de homicidio (como ya se dijo, no se imputó ningún delito de manera adecuada), pero también lo es que la Sala, a la luz de la postura mayoritaria, tenía el deber de analizar la viabilidad de compulsar copias para que la Fiscalía investigara los atentados contra la vida de las otras menores.

Aunque no se comparte la premisa fáctica del fallo mayoritario, lo que, en principio, haría impertinente el estudio de su calificación jurídica, las anteriores precisiones se echan de menos porque en la decisión mayoritaria se anuncia el desarrollo jurisprudencial de la compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual.

Si se tiene en cuenta lo expuesto en precedencia sobre las principales funciones de un tribunal de casación, el anunciado desarrollo jurisprudencial necesariamente debió incluir los aspectos atrás referidos, sin perjuicio de otros que resulten relevantes para el mejor entendimiento de estas figuras, en orden a que fiscales, defensores, jueces y demás intervinientes en el proceso penal cuenten con mejores elementos para resolver los casos donde se presenten este tipo de controversias.

En el presente salvamento de voto no se hace una propuesta sobre la compatibilidad del dolo eventual y la tentativa, porque los yerros de la Fiscalía en la estructuración de la teoría del caso impiden la identificación de una premisa fáctica que haga pertinente un debate de esta naturaleza.

Además, porque, como ya se dijo, la premisa fáctica de la decisión mayoritaria está mucho más cercana al dolo directo (si se asume, como lo hizo el Tribunal, que el procesado les disparó a las niñas), o a una culpa con representación, si se parte de que dirigió el arma hacia un lugar aledaño. Lo anterior, sin perjuicio del déficit probatorio de esas posturas.

Por tanto, no puede considerarse que en este caso se logró un desarrollo jurisprudencial sobre el asunto en cuestión. El debate queda en pie, a la espera de un caso que incluya una genuina controversia frente al mismo y, por tanto, facilite que la Sala fije su postura.

SALVAMENTO DE VOTO
DIEGO EUGENIO CORREDOR

SALVAMENTO DE VOTO - Magistrado de la Sala de Casación Penal: se aparta de la decisión mayoritaria y expone razones / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Vulneración del principio / **DERECHO DE DEFENSA** - Se vulnera / **DEBIDO PROCESO** - Se vulnera

«Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar el voto respecto de lo decidido en el presente asunto, pues, considero que no es posible condenar al procesado, por el delito de homicidio en grado de tentativa, cometido con dolo eventual.

Al efecto, debo manifestar que comparto en su generalidad el salvamento de voto presentado por el HM. Carlos Roberto Solórzano Garavito, en tanto allí se hacen ver las dificultades probatorias que el asunto encierra, no necesariamente resueltas en el fallo del cual me aparto, a más de la evidente afectación del debido proceso y las garantías de las partes, en clara vulneración del principio de congruencia, hasta derivar en la insuficiente explicación, frente a lo ocurrido y de la postura dogmática que soporta la delimitación del elemento subjetivo del delito, dentro del espectro del dolo eventual.

Acerca del primerio de los puntos en cuestión, la fijación de lo acontecido, coincido con el doctor Solórzano Garavito en que, la Fiscalía adelantó una tarea bastante deficiente de cara a verificar lo sucedido, pues, de forma bastante acrítica, asumió como única hipótesis del caso la derivada de lo dicho en su inicial declaración por el padre de la afectada, traducido en los hechos jurídicamente relevantes planteados en la audiencia de formulación de imputación, como que el procesado disparó “al aire” y, por un infortunado “azar”, terminó por lesionar a la menor.

No quiero plantear una innecesaria discusión semántica respecto de lo que debe entenderse por “disparar al aire”, pero es claro que, dentro del conocimiento del lego y del experto, ello corresponde, siempre, a los casos en los cuales se toma un arma de fuego y esta se ubica en forma vertical, con el cañón hacia arriba, y luego se percute.

Es esta la normal y adecuada comprensión que en lo práctico corresponde a la afirmación del padre de la menor.

Es por ello que la Fiscalía, de entrada, consideró que el resultado no correspondía al querer o decisión voluntaria directa del entonces indiciado, en el entendido que éste no dirigió su arma en forma horizontal, con el cañón hacia el

sitio donde se hallaban jugando varios menores, entre ellos la víctima, y, además, en afirmación con indiscutible efecto dogmático, atribuyó al “azar” el efecto dañoso.

Sucede, sin embargo, que en curso de su declaración, durante el juicio, el padre de la afectada mutó de forma diametral dicha versión -aunque la Sala mayoritaria no lo entienda tal o signifique que la explicación del declarante “tiene todo sentido”-, para ahora significar un hecho trascendente completamente distinto: que el procesado no disparó “al aire”, sino que, no se sabe por cuál ignota razón, apuntó el arma, con el cañón en forma horizontal, hacia donde se hallaban los menores jugando y la percutió en seis ocasiones.

Por más explicaciones que se intenten para, verificar lo contrario, es ostensible que lo dicho en juicio modifica de forma sustancial y trascendente lo manifestado por el testigo, en su declaración inicial, al extremo de obligar a modificar, como ocurrió en el fallo de la Corte, los hechos jurídicamente relevantes que se consignaron en la imputación.

Y no es ello un asunto apenas intuido por el suscrito, sino el manifiesto resultado de la variación de su narración, al extremo que el fiscal, en curso de la declaración del juicio, se vio obligado a impugnar la credibilidad del testigo, porque entendió, como es incontrastable, que éste mutaba lo dicho originalmente y ello, por lo demás, afectaba su teoría del caso, construida en torno del disparo “al aire” y la intervención del imponderable “azar”.

De esta manera, entonces, no se asienta en la realidad asumir, como lo hace la Sala mayoritaria, que las pruebas son coincidentes y contestes en demostrar cómo ocurrieron los hechos, pues, se reitera, estos no se encuentran completamente claros en su ejecución concreta y específica en la actividad del acusado, de lo cual se sigue que no es posible afirmar, con condición irrefutable, que de verdad el procesado dirigió su arma al lugar en el cual se encontraban los menores -a muy corta distancia, cabe destacar, como que se hallaban en la acera de enfrente- y sin que se pueda explicar por qué, circunstancia que en sí misma obligaba de mayor atención en el examen, dada la amistad y cercanía de las familias, descargó seis tiros en contra de los niños que allí jugaban.

Dado que la Fiscalía, tal cual se anotó antes, dio por cierto lo dicho al inicio por el padre de la afectada -en sí mismo controvertible, por simple balística de efecto, atendida la zona anatómica en la que entró y salió el disparo-, no realizó labor investigativa encaminada a verificar si ello

efectivamente pudo suceder así, para lo cual se demandaba examinar el sitio y las huellas que los disparos pudieron dejar en las viviendas, plasmó en la imputación unos hechos jurídicamente relevantes que, después, acorde con lo entregado en juicio por los testigos, se vieron completamente desdibujados, al extremo de desvirtuar su teoría del caso.

En frente, así, de una inocultable contradicción testifical, se ha decidido tomar postura por la tesis de que el procesado disparó su arma, con el cañón dirigido de forma voluntaria al grupo en el cual se encontraba la menor afectada y de esto se derivó el daño, soslayando una pregunta fundamental que, incluso, sin mayor soporte, se hace valer para delimitar la existencia del dolo eventual, en contraposición al directo: ¿qué propósito o intención animó al acusado para apuntar su arma, a una distancia de no más de tres metros, en contra del grupo de menores, algunos de ellos, al parecer, familiares suyos y, en lo que toca con la víctima, hija de sus amigos, para luego dispararles los seis tiros de su tambor?

Mínimos de sindéresis impiden considerar que, de verdad, el procesado, de forma voluntaria, se repite, teniendo a la vista a los menores -pues, de lo contrario, no estaríamos discutiendo el tema aquí-, sin más, decidió apuntar contra ellos y dispararles con una desconocida intención, desde luego, ajena a querer darle muerte, pues, si así fuese, la atribución se habría hecho a título de dolo directo.

Creo, como se asienta en el otro salvamento de voto, que, en efecto, otra hipótesis acerca de los hechos, con la cual se respondería de forma satisfactoria la pregunta planteada, es que, dado su alto grado de alicoramiento, en verdad el acusado sí empezó a disparar hacia el aire, pero, con la natural deficiencia física y de reflejos que el licor comporta, en uno de los disparos fue vencido por la fuerza de retracción del disparo y el peso del arma, hasta dirigirla hacia el lugar en el que se hallaban los menores.

Ello, sin embargo, no fue considerado en el fallo del cual me aparto, con las consecuencias conocidas en términos del tipo de responsabilidad despejada y condigna sanción penal.

Ahora bien, despejado el tema de lo que efectivamente debe entenderse probado, es necesario precisar que si de verdad lo demostrado en juicio es que el procesado no disparó al “aire”, sino directamente en contra del grupo en el cual se localizaba la víctima, ello representa variación sustancial de la teoría del caso de la Fiscalía, plasmada en los hechos

jurídicamente relevantes, de lo cual se sigue, entonces, que la decisión a tomar por la Corte no era, como sucedió, condenar por estos nuevos hechos demostrados en juicio, sino absolver al acusado, dado que, de un lado, la fiscalía no pudo demostrar su hipótesis o teoría del caso y, del otro, la condena por los nuevos hechos representa innegable violación del principio de congruencia.

No quiero detenerme en la definición teórica del tema, pues, doy por sentado, ya se conoce con suficiencia la postura jurisprudencial de la Corte en torno de la naturaleza y efectos de los hechos jurídicamente relevantes, pero sí debo destacar que no se discute su esencia total en términos de debido proceso y respeto de las garantías de las partes, al extremo de asumirse acuñado que los mismos deben registrarse invariables desde la imputación hasta el fallo, en lo que a su núcleo central compete, sin posibilidad de que estos puedan ser mutados a lo largo del proceso formalizado, so pena de afectar el principio de congruencia.

Entonces, si en la formulación de imputación y acusación, el fiscal, con un innegable efecto dogmático, afirmó que el procesado disparó al “aire” y que el resultado vino consecuencia del “infortunado azar”, manifestación fáctica que, como ya dije, representa un claro contenido jurídico, no es posible emitir condena por unos hechos completamente diferentes, en los cuales, se cambia lo trascendente de la imputación, para despejar ahora que el acusado no disparó “al aire”, sino directamente al grupo que jugaba al otro lado de la calle.

Es claro que los hechos jurídicamente relevantes y, en particular, la teoría del caso de la fiscalía, han sido desvirtuados.

Pero, además, en términos materiales de afectación al derecho de defensa, se sorprende, sin posibilidad de enmienda, a la parte defensiva, cuando ahora, en el fallo de casación, se dice que lo ocurrido no fue disparar “al aire”, sino directamente en contra de los menores, circunstancia de la cual jamás tuvo la oportunidad de defenderse o allegar elementos de prueba en contrario.»

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: funciones como órgano de cierre, actúa como tribunal de casación / **CASACIÓN** - Finalidades: unificación de la jurisprudencia, necesaria para la seguridad jurídica y orientación de los jueces / **CASACIÓN** - Finalidades: no se puede limitar a la obtención de justicia / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el agente inicie la ejecución de una conducta

punible / **TENTATIVA** - No admite el dolo eventual / **DOLO EVENTUAL** - Elementos / **DOLO EVENTUAL** - Frente a la culpa con representación / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: el sujeto activo debe conocer de su existencia e intentar hacer uso de ella / **SENTENCIA** - Motivación: insuficiente

«[...] para no hacer farragoso el salvamento, observo, lo digo con inmenso respeto, bastante insuficientes los argumentos que se presentan en el proyecto, para soportar la tesis de que es factible emitir condena, con dolo eventual, por un delito de homicidio, en grado de tentativa.

Ya se conoce de manera suficiente la discusión teórica que durante muchos años ha separado a los doctrinantes, quienes no se ponen de acuerdo en torno de la real naturaleza y componentes del dolo eventual, dada su innegable cercanía con la culpa, en particular, con la llamada culpa consciente.

En este sentido, si desde Welzel se viene diciendo que es esta -la distinción entre culpa consciente y dolo eventual-, uno de los grandes retos del derecho penal, y si, además, como se reconoce en el fallo del cual me aparto, la discusión se torna más difícil cuando el asunto deriva hacia los delitos tentados, lo menos que cabría esperar, dada la condición de Corte de casación y no simple instancia que asiste a esta Corporación, es que el tema se desarrolle con la suficiente amplitud, para que se conozcan las tesis enfrentadas y las razones que gobiernan la elección de una de ellas.

De hecho, una de las grandes críticas que se formulan contra la imposición del dolo eventual, como forma de responsabilidad penal, asociada a la misma pena que se consagra en la ley para el dolo directo -como sucede en Colombia-, estriba en su carácter eminentemente normativo, que se utiliza para obtener una mayor sanción en casos en los que algún sentimiento de justicia repudia la simple condena y condigna sanción inferior en los delitos ejecutados con culpa consciente.

Y, en este mismo sentido, la controversia en torno del elemento de probabilidad, como factor diferenciador entre una y otra categorías en juego, atiende precisamente a su contenido claramente cuantitativo, que no ontológico, a cuyo amparo, entonces, es imposible establecer qué elemento explica que en unos casos no se quiera el resultado y en otros sí, evidente como se hace que el dolo es consciencia y voluntad, así esta última pueda reducirse, que no eliminarse, como incluso lo pregona Roxin.

Destaco, para retomar el hilo de la argumentación, que la labor de la Sala, en sede de casación, no puede limitarse a resolver el caso concreto, aún si se quieren introducir factores de justicia de la decisión, pues, si se trata de asumir estudios dogmáticos profundos, como el que aquí se demanda, se espera de la Corte un verdadero examen de fondo que, en términos de jurisprudencia, sirva de norte a la labor de los jueces, pues, no puede olvidarse, lo aquí postulado servirá de base a las discusiones que en el futuro se planteen en los despachos judiciales sobre el tema en cuestión.

Es por ello que la decisión, reitero, no debe tener como finalidad apenas la resolución del caso concreto, así los hechos despejados produzcan algún tipo de sentimiento que conduzca a aplicar una sanción severa al procesado, por cuanto, si no se tiene la *sindéresis* necesaria, esa solución, que solo aplicaría para éste, se vuelve lugar común para todos los asuntos.

Los jueces y demás intervinientes en el proceso penal necesitan conocer las razones puntuales que gobiernan la teoría adoptada por la Corte, así como las reglas y subreglas que de ella se desprendan, por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad. Incluso, quien no la comparta, debería contar con argumentos suficientes para entender su soporte y poder controvertirlo.

Esos elementos, sin embargo, no se contienen en la decisión de la que me aparto, situación que puede llevar a que, como ha sucedido en otros casos similares, en los cuales se ha preferido solucionar en términos de “justicia” un caso estimado aberrante, la postura de la Corte no haya sido aplicada o reiterada por los jueces de la República.

Como es poco lo que puede controvertirse de lo consignado en el fallo de la Sala mayoritaria, dada su generalidad, apenas advierto, en torno de la manera en que pretende solucionarse la dicotomía planteada por los tratadistas respecto del delito tentado y su comisión con dolo eventual, que la simple remisión a dos normas que regulan aspectos distintos, no puede servir de fórmula de solución.

Esto es, que el artículo 22 del C.P., contemple dos aspectos propios del dolo eventual -probabilidad y desinterés- como susceptible de atribuir en Colombia, a título de dolo, no significa que, entonces, el artículo 27 siguiente, referido al delito tentado, obligue, consagre o permita que este dispositivo amplificador consagre dicha modalidad.

Se trata, es obvio, de normas distintas, con naturaleza y efectos diferentes, que no necesariamente se complementan en todos sus extremos.

Entonces, desde un carácter general, ajeno al artículo 27 en cita, ya de entrada se ofrece problemático, de cara a lo que naturalística y subjetivamente reclama el fenómeno tentado, significar que en un delito necesariamente ejecutado por etapas -huelga reseñar, que en los delitos de mera conducta no es factible pregonar la tentativa-, no existe una intención inicial que se refleje en el resultado y, así, del ejecutor se obliga una especie de dolo directo para realizar algo, pero después, en curso del iter *criminis*, accede otro tipo de voluntad, diferente de la inicial, en la cual se acepta cualquier resultado, distinto del querido, o mejor, del plan trazado inicialmente, para remitir a los términos utilizados por Roxin.

Desde luego que los elementos propios del iter *criminis* -ideación, preparación, ejecución, consumación-, que se reclaman en los delitos que admiten tentativa, son ajenos a la forma de culpabilidad propia del dolo eventual, en los cuales el resultado no se quiere, sino que se admite como probable, por consecuencia de la actividad querida.

Pero, si el fallo del cual me aparto, en efecto, reseña que el artículo 27 contempla como exigencia inescapable, que la persona inicie “la ejecución de una conducta punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación”, el asunto se torna insoluble, de cara a lo planteado por la Sala mayoritaria en torno del tipo de voluntad inserta en el dolo eventual, pues, en los términos de Roxin, consignados en la providencia, es claro que la empresa en la cual se ocupa el sujeto es aquella que corresponde a su querer directo -dígase, conducir a alta velocidad, tirar una granada en un establecimiento, etc.- y a ella es a la que se refiere el dispositivo amplificador cuando relaciona los “actos” que se empiezan a desplegar, que no terminan en su consumación.

Entonces, acorde con la teoría del dolo eventual, dentro de ese querer teleológico, el sujeto se representa que probablemente se cause una muerte o se afecte a personas distintas de aquellas a las cuales se dirigió el acto y “decide” persistir en su acción.

Ese resultado no necesariamente querido, ajeno al que con dolo directo gobierna la acción que se adelanta con varios actos ejecutivos, no puede ser aquel que se consagra en el artículo 27, en tanto, la norma reclama del término “inequívoco”,

que necesariamente debe asumirse dentro del querer y actos ejecutivos de este.

Para el caso concreto, si se tratase de asumir la aplicación del artículo 27 del C.P., habría que significar que el acusado se representó -conocimiento-, una acción concreta, digase, disparar armas de fuego, que constituía una finalidad en sí misma -se descarta, cabe destacar, que quisiera, como finalidad específica, dar muerte o lesionar a alguien, dado que en este caso el asunto muta hacia el dolo directo, por obvias razones- y con voluntad plena adelantó las acciones necesarias para obtener su cometido, sólo que en el camino, por razones ajenas a su voluntad, ello no se alcanzó, vale decir, no pudo disparar su arma.

Sin embargo, el caso examinado no refleja esta condición necesaria de la tentativa, pues, lo que no se consumó no es la pretensión o querer del acusado, que efectivamente fue materializada, sino el hecho dañoso que eventualmente -con mayor o menor probabilidad, para acoger los términos del artículo 22 del C.P.- se podía presentar.

Entonces, me pregunto: ¿cuáles son los actos queridos por el acusado que “inequívocamente” dirigidos a la consumación, se pudieron evitar con la intervención de terceros, o mejor, contra su voluntad?

La única forma de responder esta cuestión, frente a la condena por el delito de tentativa de homicidio, opera a partir de significar que lo querido por el procesado era dar muerte a alguien y que, además, los actos realizados por él estaban dirigidos “inequívocamente” a este propósito y no apenas a disparar un arma de fuego, pues, repetimos, lo que se pudo enervar con la intervención de terceros fue la muerte de la menor.

Además, el fallo del cual me aparto no resuelve, ni puede hacerlo, la paradoja que surge de lo consignado en el segundo apartado del artículo 27 tantas veces reseñado, en cuanto, obliga, para determinar que el delito opera bajo la modalidad de tentativa, que el resultado no se produzca “por circunstancias ajenas a la voluntad” del actor.

Si el sujeto agente no quería, realmente, dar muerte a alguien en particular, aunque se lo representó como “probable” y lo dejó librado al azar, acorde con la condena por dolo eventual, no encuentro manera de señalar, a la par, que la intervención de los médicos, cuando lograron salvar la vida de la afectada, operó contra la “voluntad” del procesado.

Entiendo que el término “voluntad”, como se lee en algunos escritos de doctrinantes, puede ser

usado para introducir algún tipo de ánimo volitivo en el actuar que se atribuye a título de dolo eventual, diferenciándolo del querer puro y simple.

Sin embargo, basta examinar el contexto del artículo 27, para entender que la voluntad a la cual se refiere la norma no puede ser otra distinta a la que gobernó la decisión de adelantar actos ejecutivos en busca de un fin determinado, dado que sólo esta puede haber sido contrariada, en un plano material y jurídico, por la actuación o hecho que impidió la consumación.

Es por ello que, frente a la posibilidad de adelantar la ubicación de lo ocurrido dentro del fenómeno del dolo eventual, respecto de la tentativa de homicidio, en el fallo del cual me aparto se acude a varios planteamientos, caminando así en la delgada línea que separa el dolo directo del eventual, al punto de eludir reseñar, acorde con la tesis doctrinal que lo ampara, cuál fue el propósito o empresa que quería realizar el acusado, a efectos de determinar cómo en ese cometido, que gobernó su voluntad plena, se introducía a título de resultado probable, que dejó librado al azar, el de dar muerte a la menor.

Entonces, para dar por sentado que el procesado “conocía” que el acto de disparar, en concreto, podría generar ese resultado muerte, se acude a unos hechos que por sí mismos explican mejor el dolo directo que el eventual.

En efecto, si se da por sentado que el acusado se hallaba a muy corta distancia del grupo de menores, que jugaba en la acera del frente, que apuntó con su arma a ese grupo y que descargó las seis balas de su revólver, en contra de ese objetivo, no se encuentra ninguna razón objetiva sólida, por mucho ejercicio argumental que se intente, para no atribuir el resultado dañoso a un conocimiento y voluntad expresamente dirigidos a causar la muerte -dolo directo-, pues, se ofrece bastante artificial, en estas circunstancias, sostener que lo representado en la mente del atacante fue apenas la probabilidad de causar ese efecto.

Lo digo con entero respeto, en esas condiciones, no encuentro ninguna explicación diferente a la de querer causar la muerte, para que un adulto, que se supone consciente y conocedor de sus actos y el resultado de los mismos, opte por esgrimir un arma, apuntar contra el grupo de menores cercano y dispare los seis cartuchos contra éstos.

Ahora, que no se conozca de razón suficiente para que el procesado quisiera causar la muerte a algún menor, lejos de incidir favorablemente en

la tesis del dolo eventual, advierte que la investigación no se adelantó de forma adecuada, o mejor, que los hechos entendidos como probados no se corresponden con lo ocurrido.

El fallo del cual me aparto dice, apenas, que la “interpretación razonable” de lo ocurrido, impide atribuir al querer del procesado la muerte de los menores.

Empero, se echa de menos una “interpretación razonable” que explique por qué, si no quería matarlos o lesionarlos, disparó contra ellos, en seis ocasiones, a tan corta distancia.

Para finalizar, la sentencia obvia examinar, por qué, en este caso, es posible despejar la causal de agravación dispuesta en el numeral 7° del artículo 104 del C.P., que se incluyó en la sanción ordenada.

Sobra anotar que las causales de agravación reclaman de un doble contenido -objetivo y subjetivo-, que demanda, no sólo verificar la condición de indefensión de la víctima, sino el conocimiento cabal, por parte del acusado, de que ello ocurre y la decisión de valerse de dicha circunstancia, para consumar el delito».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9408
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

