



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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2024

Julio a Septiembre 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. **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Demostración: valoración integral del contexto en que se produce el hecho \_\_\_\_\_ 3
2. **ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES** - Configuración: mediante la falsificación ideológica, material o por destrucción, supresión u ocultamiento de las actas, tarjetones o documentos \_\_\_\_\_ 8
3. **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferente a la coautoría en la comisión de cualquier delito \_\_\_\_\_ 13
4. **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Elementos: elemento normativo (requisitos legales esenciales), determinación de qué requisitos son esenciales según la naturaleza del contrato \_\_\_\_\_ 17
5. **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: opera en materia penal o en trámites policivos o contravencionales \_\_\_\_\_ 20
6. **ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: el operador judicial debe garantizar que la forma como se nombra al acusado o acusada a lo largo de las actuaciones procesales corresponda a la manera como él o ella se auto percibe \_\_\_\_\_ 23
7. **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1849 DE 2017)** - Juez competente: juez penal del circuito especializado de extinción de dominio del lugar donde se ubica el bien, cuando haya bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez del distrito con mayor número de jueces de extinción de dominio \_\_\_\_\_ 27
8. **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género \_\_\_\_\_ 29
9. **FEMINICIDIO** - Tentativa: se presenta aun cuando la víctima resulte ilesa \_\_\_\_\_ 32
10. **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN** - Facultades discrecionales para la asignación de procesos \_\_\_\_\_ 36
11. **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la sala recoge un criterio anterior, para afirmar que la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral prevista en el artículo 42 de la ley 600 de 2000 es aplicable a casos de ley 906 de 2004r la ley 906 de 2004 \_\_\_\_\_ 41

<b>12.LEY DE JUSTICIA Y PAZ</b> - Recurso de apelación: procede únicamente contra sentencias y autos que resuelven asuntos de fondo _____	46
<b>13.LIBERTAD CONDICIONAL</b> - Procedencia: el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria_	49
<b>14.PREVARICATO POR ACCIÓN</b> - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, carecer de competencia para pronunciarse sobre la devolución de bienes, entrega de vehículo _____	53
<b>15.PREVARICATO POR ACCIÓN</b> - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela _____	57
<b>16.RECURSO DE APELACIÓN</b> - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, se asemeja al efecto diferido, reglas jurisprudenciales _____	67
<b>17.RECUSACIÓN</b> - Trámite: se enviará a quién le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano _____	78
<b>18.SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, variación jurisprudencial _____	81
<b>19.SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio _____	92
<b>20.SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Indicio: no fue suprimido por la ley 906 de 2004____	96
<b>21.SISTEMA PENAL ACUSATORIO</b> - Prueba: pertinencia, conducencia y utilidad, concepto _____	101
<b>22.TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES</b> - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, evolución jurisprudencial _____	107
<b>23.VÍCTIMA</b> - La reacción o mecanismo de defensa que asume es diverso _____	112



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

# Extracto Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Tercer trimestre 2024

Julio a Septiembre 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

**SP1204-2024(60954) de 08/05/2024**

#### **1. ACCESO CARNAL VIOLENTO -**

Demostración: valoración integral del contexto en que se produce el hecho / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Agravado: por el carácter, posición o cargo / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: cuando el sujeto activo aprovecha su condición de médico para atentar contra la integridad sexual de la víctima

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la impugnación especial interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual, revocó la absolución dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa ciudad y, en su reemplazo, condenó a RRN como autor del delito de acceso carnal violento agravado.

En este caso, la Sala confirmó la decisión impugnada, al encontrar acreditado el elemento normativo de la violencia, en consideración a que la conducta del procesado se realizó con abuso de poder.

Al respecto, explicó que, entre el acusado, médico especialista, y su paciente menor de edad, quien acudió a él en busca de ayuda debido a un cuadro psíquico o emocional descrito como depresión, existía una relación de poder. Ahora bien, aprovechando esta asimetría, el encartado lo accedió carnalmente.

Adicionalmente, consideró que el argumento de la defensa, que sugiere que el adolescente sintió deseo hacia el agresor, y quería experimentar con él debido a sus inhibiciones sexuales y desarrollo personal, contradice una correcta valoración del abuso y la protección de los derechos de la víctima.

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. Por iniciativa de su progenitora y con la finalidad de tratar un aparente trastorno depresivo, el adolescente J.F.H.L., de 15 años para la época de los acontecimientos, acudió en tres ocasiones al consultorio del médico especialista en medicina familiar, RRN.
2. La primera sesión de terapia ocurrió el 12 de septiembre de 2015. En ella el procesado le pidió a J.F. que lograra una erección, para luego tocarle el pene y los testículos; la segunda, sucedió el 19 del mismo mes y, en esta, nuevamente, lo instó a que tuviera una erección y lo incitó a masturbarse. En la tercera oportunidad, hizo que J.F. se pusiera un condón y que se masturbase hasta eyacular, luego de lo cual, aplicó al joven un lubricante en el ano e introdujo un aparato de plástico por dicho esfínter para, posteriormente, por la misma cavidad y a pesar de que aquel le manifestó que no le gustó la penetración con el objeto, proceder a introducirle los dedos de la mano.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Demostración: valoración integral del contexto en que se produce el hecho / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: cuando la interacción sexual sucede, aunque la víctima no ha dado su libre consentimiento para ello / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Agravado por el carácter, posición o

cargo / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Consentimiento de la víctima / **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

«[...] la Corte encuentra que el contexto de los hechos atrás referidos, se caracteriza por una serie de actos de preparación ejecutados por el procesado, durante las tres ocasiones en que tuvo contacto con el afectado, bajo el pretexto de una supuesta terapia, de manera tal que, en una secuencia in crescendo, dirigió su acción mediante la supuesta atención médica ofrecida al menor para, al final de esta, perpetrar la penetración por vía anal con el descrito objeto y con los dedos.

Como características de ese actuar, tal como lo consideró el Tribunal, se detecta con plena evidencia que, el acusado abordó la atención de J.F. logrando, desde el lenguaje hasta los actos, sexualizar el contexto de la praxis médica, esto es, confiriéndole carácter o significado sexual cuando esta no la tiene. En la primera oportunidad, inició la sesión con una auscultación completamente innecesaria de los genitales del adolescente y lo indujo a obtener erecciones y a masturbarse, rodeó tales conductas con la adecuación de la situación a su antojo erótico a través de conversaciones en torno a la sexualidad, y trató temas como las hormonas, la etapa de vida del paciente y el uso del preservativo. Así lo complementó el menor, lo que le permitió al procesado convencerlo para la ejecución de los vejámenes:

[...]

Para la Corte, la información que sobre la sexualidad dio el médico a F.J., fue el vehículo por medio del cual, permitió que las sesiones se convirtieran en un neto contexto sexual para el acusado, que no para el atacado, prevalido de su conocimiento por su condición de profesional y, comprensiblemente, de la relación médico paciente, sin la cual es probable que la víctima no permitiera la materialización de las conductas; por ende, ese contexto creado por el autor condujo con facilidad a la realización del acceso carnal anal que, en otras condiciones, no habría alcanzado.

Contrario a lo alegado por la impugnante, en este caso la prueba testimonial es idónea, toda vez que el menor fue explícito en indicar la confianza que en las consultas le generó el acusado y las razones por las cuales permitió la exploración anal, a la cual, finalmente, y contrario a lo que

afirma la recurrente, sí se opuso y no frenó el actuar del procesado.

En ese sentido, la condición de médico y del ejercicio de la medicina, para insistirle al adolescente en la necesidad del examen al cual podía negarse, influyó en la decisión de permitir la exploración, lo que impidió al menor, en principio, comprender que en realidad estaba frente a un abuso sexual, constitutivo sin duda de la conducta reprochada, ya que, sin ambages, y sin que se viera una relación crítica entre la supuesta terapia y los padecimientos de salud del menor, acomodó el escenario tratando temas de sexualidad y redujo la interacción a acciones de índole sexual, que determinaron la final introducción anal de un elemento y de los dedos.

Y es que, como lo asiente el adolescente en su declaración, obedecía las instrucciones del acusado, como su médico tratante, porque convencido estaba de que al sitio fue llevado por sus padres con el único propósito de obtener ayuda frente a sus padecimientos de salud mental y no con otra motivación, ni tampoco es dable deducir que esta la obtuvo por el placer de las primeras sesiones.

[...]

Sobre la respuesta de J.F., para ejecutar lo que le decía el médico que debía hacer, aceptando las condiciones sexuales de la atención, también indicó el joven: «simplemente hacía lo que él me decía, pero... no tenía como la claridad de las cosas»; claridad que, agregó, solo obtuvo después de la última sesión porque veía «demasiado raro lo que él me hacía», afirmó; por lo que, al consultar en Internet supo que podía constituir un comportamiento ilícito y decidió contar lo sucedido a su progenitora.

Por lo anterior, para la Corte es desatinada la tesis defensiva alusiva a que el menor comprendiera los sucesos de índole sexual, les diera ese alcance y esa comprensión, al punto de sentir deseo, placer o excitación, por cuanto, queda despejado de su declaración, que no tuvo tal nivel de intelección.

[...]

A partir de la conclusión previa, la Corte no acepta los múltiples argumentos de la impugnante tendientes a desacreditar la probada existencia de la conducta punible analizada, así como de la responsabilidad del acusado en su realización, como pasa a explicarse.

No desconoce la Sala que, a partir de la formación del mismo menor de edad, se le puede caracterizar como un joven adolescente que podrían catalogarlo con la capacidad suficiente para comprender los hechos, al poseer la edad de



quince años cuando los sucesos, un desarrollo personal y académico propios de esa edad, estudios de inglés y karate, educación sexual, pues, en efecto, J.F. confirmó que ha recibido clases de educación sexual, contexto en el que el adolescente reconoció el elemento con el cual fue accedido como un “consolador”, así como la presencia de lubricante en su orificio.

Frente a ello, debe reiterar la Sala que la asimetría presentada en la relación médico y paciente, de la cual se valió el autor para abusar de su poder sobre la víctima, fue el vehículo para procurar la consumación del punible, de tal manera que, para efectos de la estructuración típica, poco importa que, en este asunto, el menor para la fecha del hecho cursara noveno grado de estudios secundarios y tuviera capacidad de discernir, así como las demás condiciones específicas de su personalidad; porque la afectación de la comprensión o del consentimiento de la relación sexual es coetánea con el delito (CSJ SP229-2022, Rad. 50487).

En todo caso, se aprecia que el nivel formativo del menor y las referidas alusiones confirman sus escasos conocimientos en materia de sexualidad, antes que ser indicadores de que haya sido consciente de la actividad sexual perpetrada por el acusado y, contrario a como lo reclama la defensa, ello no sugiere la existencia de un conocimiento avezado ni experiencia, mucho menos la aprobación de la penetración como una acción propia de una relación sexual.

Como tampoco lo confirma que le haya permitido al médico la puesta del lubricante en el ano, antes de la introducción del objeto; pues, tales circunstancias, en realidad, evidencian su disposición para ser objeto del supuesto tratamiento para su depresión antes que para ser accedido carnalmente de forma ilícita.

En ese mismo hilo argumentativo, es inadmisibles para la Corte la regla de experiencia aludida por la abogada de R, que apunta a señalar que el ciclo fisiológico narrado por J.F. de erección, masturbación y eyaculación, evidencian la presencia de deseo y satisfacción que confirman que estuvo de acuerdo con la ejecución del posterior acceso, dado que esa sucesión de circunstancias fueron consecuencia de la utilización del contexto médico empleado por el acusado en contra del menor, junto con su incompreensión de tal escenario sexual creado por aquel, en el cual no hubo una interacción voluntaria y voluptuosa que implicara la existencia de atracción física o sexual, para J.F. con respecto a su médico.

[...] todo lo expuesto en este acápite acerca de la manera en que los testigos descritos percibieron

a J.F., tanto en la intimidad de su hogar como en otros espacios, llevan a descartar el propuesto escenario de deseo que, según la defensa, ocurrió en el consultorio al acontecer los sucesos denunciados.

Adicionalmente, debe decir la Corte que resulta inadmisibles el argumento de la defensa desde una visión de protección a los derechos del menor adolescente y víctima de los hechos, respecto de quien, sugiere de manera equívoca no solo que sintió deseo hacia el agresor, sino que, por sus inhibiciones de tipo sexual, y aspectos propios de su intimidad y de su vida en desarrollo, quiso experimentar y satisfacerse con las maniobras del acusado»

### **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES -**

Configuración: connotación sexual, idoneidad de la conducta

«De otro lado, encuentra la Sala que tampoco tiene razón la abogada del encartado, al aducir que no se demostró en el juicio que RRN actuara con ánimo libidinoso, pues, desde un plano meramente objetivo, la introducción por el ano de un dispositivo y luego de los dedos, no encuentra explicación diferente a que, a través de tal acontecer, el agresor estaba descargando una tensión sexual.

Y es que, tratándose de delitos contra la integridad, formación y libertad sexual, la Sala ha indicado que para que una conducta tenga connotación sexual en el ámbito penal «no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquella revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad»

Supuesto que queda en evidencia, comoquiera que la descripción de los hechos relatados por el menor se ajusta a una práctica que se inscribe en las relaciones sexuales que se desarrollan en la actualidad y, con ello, el contexto dirigido a excitar o satisfacer la lujuria del perpetrador o, más claramente, su apetencia sexual o impulsos libidinosos.

De allí que no sea exigible, como parece entenderlo la apoderada, demostrar ahora, la percepción personal del acusado, esto es, si sintió placer o satisfizo sus deseos sexuales, para de allí sostener la materialidad de la conducta reprochada, pues, se reitera, es en un plano objetivo desde el cual se debe revisar la aptitud e idoneidad que revisten los hechos para satisfacer el propósito destacado.

[...]

De modo que, para la Corte, es inaceptable el planteamiento de la impugnación, pues ni siquiera desde el punto de vista del sentido común, se observa de qué manera los comportamientos del procesado, con los que logró que el joven tuviera una erección, lo indujo a masturbarse y a eyacular utilizando un preservativo, para después, proceder a la introducción de un aparato sexual y de sus dedos por el ano con lubricación previa a la víctima, podrían tener una connotación médica o científica.

[...]

Y frente al argumento de la defensa según el cual afirma que el menor sintió deseo en una relación sexual voluntaria y, al mismo tiempo, que el acusado le ofreció una terapia para tratar sus padecimientos de salud mental, se tiene una evidente violación al principio de la lógica formal de no contradicción, al afirmarse la concurrencia de dos situaciones disímiles como coexistentes: o bien hubo relación sexual con voluntad mutua, ora existió un tratamiento médico por el procesado a favor del joven.

Por consiguiente, ese razonamiento de la defensa, resulta desde ese punto de vista, desatinado, aunado a que, se reitera, ninguna de las dos fórmulas fue debidamente acreditada por la defensa en este caso.

En consecuencia, se tiene que la introducción del elemento y los dedos, vía anal, por parte del acusado al adolescente, fue ejecutado por él con el propósito de accederlo carnalmente, al tiempo que, se halla probado que el médico RN lo hizo aprovechando la posición de poder que tenía sobre joven J.F.H.L., en el contexto de esa interacción médico paciente que se generó en este asunto».

**ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elemento normativo: violencia / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elemento normativo: violencia, concepto / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Agravado: por el carácter, posición o cargo / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: cuando el sujeto activo aprovecha su condición de médico para atentar contra la integridad sexual de la víctima

«[...] encuentra la Sala que los señalamientos hechos por la defensora de RN, extensamente dirigidos a cuestionar la existencia de violencia en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 212A del Código Penal, carecen de toda trascendencia en la medida que, a partir de los

hechos acreditados, se demostró un acceso carnal violento, perpetrado bajo el abuso de poder por parte de RRN, al aprovecharse del estado de sujeción o, de dominio propio de la relación médico paciente.

En efecto, al desarrollar la conducta descrita en el artículo 205 del Código Penal, esto es, acceso carnal violento, la jurisprudencia ha dicho (Vg. SP2687-2021, rad. 58575), sobre la noción de violencia sexual, que esta hace referencia al acto de coacción hacia una persona con el objeto de llevar en ella a cabo una determinada conducta sexual y se constituye en la máxima afrenta que padece el ser humano al relacionarse con su integridad sexual.

En punto de dicho elemento, la Corte se ha referido en los siguientes términos:

En sentencia CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 17068, se dijo que «(...) en esta clase de actos se ha de considerar la interacción entre el ofensor y la víctima, no se trata precisamente de una cuantificación de la violencia como si de su cualificación, entendida ésta como la suficiente para vencer una resistencia (...)».

En la providencia CSJ SP, 2 jun. 2004, rad. 18987, aunque refiriéndose al acto sexual violento, señaló la Corte que la violencia como elemento estructurante del tipo «(...) se constituye en el medio para lograr la ejecución del acto sexual (...)».

Igualmente, en proveído CSJ SP, 26 oct. 2006, rad. 25743, con referencia al punible de acto sexual violento la Sala plasmó las siguientes consideraciones que, mutatis mutandis, son aplicables al reato de acceso carnal violento:

La violencia. 1.1. El concepto. Por violencia, para efectos del delito que ocupa la atención de la Sala, se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica -intimidación o amenaza- que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta.

La relación causal. Como es obvio, debe haber perfecto vínculo de fundamento a consecuencia entre la violencia realizada por el autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo y el acto agresor. Dicho de otra forma, el comportamiento sexual es consecuencia de la fuerza previa o concomitante, en el entendido que sin ésta no es posible el atentado. O con las palabras del artículo 206 del Código Penal, el acto sexual se debe realizar 'mediante violencia', vale decir, la presión media, intercede.

[...]

Y en providencia CSJ SP2136-2020, 1 jul. 2020, Rad. 52897, incluso se consideró que dicho elemento se configura «si la persona exterioriza y persiste discerniblemente en su voluntad de no acceder a un intercambio sexual», en el entendido que «lo contrario implicaría la asunción violatoria de la dignidad humana de que el consentimiento es irrelevante y carece de significado en la autodeterminación sexual del individuo.»

Decisión en la que se destacó respecto de los artículos 205 y 212A del Código Penal, que:

“De la hermenéutica conjunta de ambos preceptos se sigue con claridad que la conducta típica se materializa cuando la interacción sexual sucede aunque la víctima no ha dado «su libre consentimiento» para ello, es decir, cuando la aquiescencia es aparente y está determinada por la coacción (de cualquier índole). Con mayor razón, por consecuencia, cuando sucede en contra de su voluntad discernible de no asentir al mismo.

La inclusión del precitado artículo 212A al Código Penal, entonces, supuso un viraje en la comprensión del delito sexual violento. Mientras antes estaba asociado a la existencia de una relación causal instrumental entre la violencia y el evento sexual, ahora su dimensión normativa está referida a la consumación de intercambios sexuales sin la aquiescencia real (voluntaria y libre de constreñimiento alguno) de la persona ofendida.”

Ahora, debe recordar la Sala que, el Tribunal Superior de Cali consideró en el fallo de condena que lo configurado en este asunto fue un acceso carnal violento, a partir de estimar que existió una suerte de violencia, conforme con la jurisprudencia (CSJ SP 2136-2020, rad. 52897), en atención de que «cuando se presenta una relación sexual donde no exista consentimiento del ofendido, o este manifieste su rechazo u oposición al acto y de todas maneras este produce, la conclusión es que se quebranta la voluntad del sujeto pasivo, y, por ende, existe conducta de naturaleza violenta conforme a la descripción del artículo 212A del C.P.».

Sin embargo, para la Sala, el rechazo al que se alude en el caso sub examine, antes de asimilarse al precedente jurisprudencial citado para deducir la existencia de un delito sexual violento, sugiere que, en el instante en que el menor indicó que no le gustaba la penetración anal con el referido adminículo, todavía no comprendía que estaba ante una relación sexual y que bajo esa lógica, estuviera en la capacidad de aceptar u objetar el acceso, sino que esa expresión se presentaba en el escenario del supuesto tratamiento médico al

cual se sometía, de manera que, esa advertencia de disgusto no se estaba inscribiendo en una consciente y voluntaria interacción erótica, sino en un imaginario que se representaba en ese momento J.F.H.L., que se reitera, estaba dado que en ese intervalo era atendido por un profesional de la salud que ejecutaba sobre su cuerpo un procedimiento terapéutico.

Para la Corte, como lo consideró el Ad quem, se encuentra acreditado ese elemento normativo “violencia”, empero, en consideración de que la conducta de RRN se actualizó en el ejercicio del abuso de poder, como una de las hipótesis contenida en el artículo 212A del Código Penal:

«... se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.»

Lo anterior, dada la existencia en este especial asunto, de una relación de poder, materializada por la posición asimétrica entre el tratante de la salud y el menor, en la cual el profesional detentaba pleno dominio para doblegar la voluntad del paciente, considerando que, el acusado se trataba de un hombre adulto, médico, especialista en medicina familiar y a quien, por medio de su progenitora, acudió la víctima en minoría de edad y con un cuadro psíquico o emocional descrito como una depresión, para ser tratado en ese padecimiento; desigualdad y completo desequilibrio entre las fuerzas de uno y otro sujeto, que le permitió al encartado bajo evidente dominio y autoridad acceder carnalmente al menor.

Superioridad que le facilitó al acusado, desde su posición privilegiada de poder conducir el supuesto tratamiento brindado a la víctima para, en el contexto del mismo, superponerse a la voluntad de este y conseguir el acceso carnal vía anal. Ello, dado que, regularmente cuando se acude a una cita o tratamiento médico el paciente ante la necesidad y urgencia de encontrar alivio a su afección, se deja llevar y acata las instrucciones del médico, en el convencimiento de alcanzar mejoría en su enfermedad, como es evidente se verificó en el caso sub examine.

Por lo tanto, como el comportamiento fue desarrollado bajo un claro abuso de poder por parte del procesado sobre la víctima, se configura, sin duda, el delito de acceso carnal violento».

## 2. ALTERACIÓN DE RESULTADOS

**ELECTORALES** - Configuración: mediante la falsificación ideológica, material o por destrucción, supresión u ocultamiento de las actas, tarjetones o documentos / **ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES** -

Configuración: mediante la falsificación, diferencias con el error aritmético / **ALTERACIÓN DE RESULTADOS**

**ELECTORALES** - Objeto material sobre el que recae: documentos o tarjetones de carácter electoral / **CÓDIGO ELECTORAL (DECRETO LEY 2241 DE 1986)** - Escrutinio: trámite / **CÓDIGO ELECTORAL (DECRETO LEY 2241 DE 1986)** - Comisiones escrutadoras auxiliares: obligaciones

La Sala de Casación penal decidió la impugnación especial promovida por la defensa de XGG, GPV, TEOQ, LCGG, DLM, PVGO, RJCS y EGGR, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, que revocó la absolución emitida a su favor, por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué (Bolívar); y, en su lugar, los condenó como coautores del delito de alteración de resultados electorales.

Después de analizar el trámite de escrutinio dispuesto en el Código Electoral y valorar las pruebas recaudadas, la Sala confirmó la sentencia condenatoria de segunda instancia, al considerar que, no existe duda en cuanto a la existencia de las maniobras fraudulentas al interior de la contienda electoral desarrollada el 14 de marzo de 2010, encaminadas a la alteración de los datos registrados en varios de los formularios utilizados para la determinación del resultado final de los comicios, cuyo diligenciamiento por mandato legal concierne a las comisiones escrutadoras.

De igual manera, explicó que, no era necesario demostrar un pacto detallado entre los implicados para probar la coautoría, ya que esta se deduce de los actos que muestran una decisión conjunta. En este caso, no fue una simple omisión de verificación, sino una labor deliberada de adulteración de documentos electorales, donde cada delegado actuó de forma independiente, pero con el mismo objetivo: introducir datos falsos en la votación.

**SP2048-2024(60286) de 31/07/2024**

**Magistrado Ponente:**

## RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Entre los días 16 a 27 de marzo de 2010, se adelantaron los escrutinios correspondientes a la jornada de elecciones parlamentarias desarrolladas en los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué (zona 3), cuyas comisiones escrutadoras estuvieron integradas por los señores LCG, DLM, TEOQ (Altos del Rosario); XGG, AJPV, GPV (Talaigua Nuevo); RJCS, PVGO y EGGR (Magangué – zona 3).

2. Una vez finalizado el escrutinio, por parte del candidato a la Cámara de Representantes por el Partido Cambio Radical, GOO se advirtió acerca de las alteraciones que se venían presentando en los formularios E-24 respecto al contenido de los formularios E-14, sin que, de otro lado, existiere constancia alguna en las actas generales de escrutinio que justificara tales modificaciones.

3. Se aduce que la referida situación terminó favoreciendo las candidaturas de los señores HP y JPM, por cuanto era a estas personas a las que se le iban sumando los votos que se le descontaban al ítem de votos nulos y no marcados.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES** - Configuración: mediante la falsificación ideológica, material o por destrucción, supresión u ocultamiento de las actas, tarjetones o documentos / **ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES** - Objeto material sobre el que recae: documentos o tarjetones de carácter electoral

«[...] de acuerdo a la estructura misma con que fue concebido el sistema electoral colombiano, se concluye conforme a la descripción del tipo penal, la forma idónea de alterar los resultados electorales, será mediante la falsificación de las actas, tarjetones o documentos que den cuenta de la voluntad del elector primario; en este entendido se acepta entonces que, la falsedad podrá ser ideológica, material o por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público.

Se está ante una alteración de los comicios mediante una falsificación ideológica, cuando se ha realizado en los documentos que contienen los resultados electorales por parte de los jurados de



votación, los miembros de las comisiones escrutadoras o los magistrados del Consejo Nacional Electoral, y éstos tienen que llevar a cabo los escrutinios.

A su turno, se incurrirá en falsedad material cuando los anteriores documentos son alterados por cualquier persona o servidor público que no tengan la facultad para su creación, a favor de un candidato o un partido político o movimiento»

**CÓDIGO ELECTORAL (DECRETO LEY 2241 DE 1986)** - Jurados de votación: escrutinio, trámite / **CÓDIGO ELECTORAL (DECRETO LEY 2241 DE 1986)** - Escrutinio: trámite / **ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES** - Configuración: mediante la falsificación, diferencias con el error aritmético

«De conformidad con el Código Electoral, artículo 142, el primer escrutinio del proceso electoral está a cargo de los jurados de votación, quienes al final de la jornada consignan los resultados en las actas correspondientes Formulario E-14, del cual se extienden varios ejemplares, uno de ellos con destino a las comisiones escrutadoras municipales o distritales.

Terminado el escrutinio en las mesas de votación, los documentos electorales se introducen y guardan en un arca denominada “triclave”, que se entrega para su custodia a los claveros municipales, departamentales o nacionales, hasta que inicia el proceso de escrutinio por parte de las comisiones escrutadoras.

Conforme el artículo 163 del Código Electoral, y para lo que aquí interesa, el proceso de escrutinio distrital o municipal comienza con la lectura que hace el registrador delegado de los documentos introducidos en el arca triclave, los cuales le han sido entregados previamente por los claveros.

Enseguida, le corresponde abrir, uno a uno, los pliegos de las mesas de votación, dejando constancia en el acta general de los sobres que contengan anomalías, lo mismo que de las tachaduras, enmendaduras o borrones en las actas de conteo de votos, casos en los cuales se realizará un recuento de votos.

Si no se presenta ninguno de esos eventos, el cómputo se realiza con las actas de jurados de votación, previa exhibición a los interesados, cuando así lo soliciten, y los resultados deben ser anotados en un acta parcial, con el fin de llevar a cabo el cálculo del total de los votos obtenidos por cada lista o candidato de la respectiva zona.

El recuento de votos procede también por petición de los candidatos, de sus apoderados o de los testigos electorales debidamente acreditados. De todo ello, debe dejarse

constancia en el acta general del desarrollo del escrutinio. Así lo dispone complementariamente los artículos 164, 170 y 172 del Código Electoral.

El proceso de escrutinio que se comenta, en la práctica, se materializa con la lectura de los formularios E-14 de cada mesa de votación comprendida en la jurisdicción territorial del municipio o la zona designada a la comisión escrutadora. La información develada con la lectura de los E-14 es la consignada en la respectiva acta parcial, cuya denominación corresponde al formato E-24, que expresará entonces los votos obtenidos por cada lista o candidato.

No está demás precisar, que a partir del año 2010, como lo refirió el Registrador del Estado Civil, AZJ, la información develada con la lectura de los formularios E-14 claveros, se ingresa al formulario E-24 por un grupo de personas ajenas a las autoridades electorales, los digitadores contratados para tal fin.

Así, pues, en principio, debe existir plena coincidencia entre los datos reportados en uno u otro formulario (E-14 y E-24), sin perjuicio de presentarse discordancias, por ejemplo, porque el recuento de votos de la comisión escrutadora arrojó resultados diversos a los registrados por los jurados de mesa o se presentaron errores aritméticos en la sumatoria realizada en el primer conteo de votos, entre otros eventos; circunstancias que han de ser documentadas por los escrutadores en las respectivas actas generales, como lo dispone la ley.

En ese contexto, se parte por decir que obran diferentes elementos de conocimiento contentivos de los resultados arrojados por el certamen electoral desarrollado el 14 de marzo de 2010, respecto a los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué Zona 3, Departamento de Bolívar, dentro de los cuales se destacan los formularios E-14 de delegados, E-14 de claveros, E-24 y las respectivas actas generales, suscritas por los miembros de las comisiones escrutadoras.

Documentos que en consonancia con las manifestaciones de la víctima y de los varios declarantes que concurrieron al juicio, como bien lo precisó el Tribunal de Cartagena, permiten evidenciar la adulteración de los formularios E-14 de claveros y E-24, a través de la introducción de datos no coincidentes con la realidad de la votación que se llevó a cabo en los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué zona 3, en los formularios E-24, guiada por el objetivo de aumentar veladamente los votos a favor del entonces candidato a la Cámara de Representantes HJPÁ, irregularidades que

conducen a corroborar la ocurrencia objetiva de las alteraciones en los comicios.

Y, aunque es cierto, como lo aducen los recurrentes, los testigos GOO víctima, OVG P miembro de la subcomisión conformada por el Consejo Nacional Electoral, y AZJ funcionario público de la Registraduría Nacional del Estado Civil no se encontraban en el lugar y hora en que se realizó el escrutinio distrital en Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué Zona 3, de allí no se puede concluir, que el Tribunal no debió valorarlos; pues, cada uno de ellos narró lo que de manera directa percibió, esto es, los hallazgos detectados en los documentos utilizados por los miembros de las comisiones escrutadoras investigadas.

Medios de conocimiento suficientes para inferir que existió una labrada forma de alterar los comicios adicionándole artificialmente a un candidato incrementos cual si fuesen sufragios válidos a su favor, cuando en realidad esos incrementos provenían de los votos nulos, no marcados o en blanco; que no le pertenecían ni podían acrecentar sus guarismos electorales.

En efecto, GOO candidato a la Cámara de Representantes por el partido Cambio Radical para las elecciones del 14 de marzo de 2010, dio a conocer que finalizada la jornada electoral en el Departamento de Bolívar, su nombre aparecía liderando la contienda con una diferencia de 340 votos por encima del también aspirante HJPÁ.

Sin embargo, tuvo que radicar 8 reclamaciones ante el Consejo Nacional Electoral, debido al fraude en las comisiones escrutadoras de los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué Zona 3; pues, sus integrantes «sacaban votos de los votos nulos y no marcados y se los asignaban ilegalmente al señor P».

Para demostrar las alteraciones, precisó el testigo, solicitó mediante derecho de petición al Consejo Nacional Electoral los documentos que los implicados utilizaron y tuvieron a su disposición. Obtenidos los formularios E-14 de claveros, E-24 y actas generales, con su equipo de abogados y expertos realizaron un estudio detallado de los mismos, [...]

En ese contexto probatorio, es evidente la existencia de una adulteración a través de la introducción de datos no coincidentes con la realidad de la votación que se llevó a cabo en los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué zona 3, en los formularios E-24, guiada por el objetivo de aumentar veladamente los votos a favor del entonces candidato a la Cámara de Representantes HJPÁ.

Además, no se trató de un simple «error aritmético» en la sumatoria de los votos; en tanto, se consignaron datos ajenos a la realidad electoral, lo que sin lugar a dudas configura una falsedad ideológica en documento público.

[...]

Siendo así, se colige que, sin existir un antecedente fáctico concreto, reclamaciones o actuaciones de oficio y /o de parte de los servidores públicos, los implicados optaron por modificar el contenido material de algunos documentos electorales en beneficio de un candidato, comportamiento que, como correctamente lo consideró el Tribunal, objetivamente corresponde al delito de alteración de resultados electorales, previsto en el artículo 394 del Código Penal.

En ese contexto, al no existir duda en cuanto a la existencia de las maniobras fraudulentas al interior de la contienda electoral desarrollada el 14 de marzo de 2010, encaminadas a la alteración de los datos registrados en varios de los formularios utilizadas para la determinación del resultado final de los comicios, cuyo diligenciamiento por mandato legal concierne a las comisiones escrutadoras, procede la Sala a analizar la responsabilidad que pudiere asistirle a los implicados».

**CÓDIGO ELECTORAL (DECRETO LEY 2241 DE 1986)** - Comisiones escrutadoras auxiliares: obligaciones

«Es un hecho indiscutible igualmente que, tal como lo establece la ley y lo precisó el experto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la lectura de los formularios E-14 de claveros en cada uno de los municipios donde se presentaron alteraciones en los resultados electorales estuvo a cargo de los miembros de las comisiones escrutadoras, quienes son los responsables de su diligenciamiento y ello respaldan con sus respectivas firmas.

Además, todos los declarantes, hicieron notar que el escrutinio adelantado en los mencionados, fue seguido para muestra colectiva de los presentes testigos electorales, candidatos y público en general, por un «video beam», a través del cual se proyectaba al público y se socializaba sin fisuras la correcta digitalización de las cantidades públicamente leídas por la comisión escrutadora.

[...]

Medios de conocimiento de los cuales se extrae que previo a iniciar el escrutinio en los municipios donde se presentaron las modificaciones, no existía ningún tipo de

alteración en los formularios puestos a disposición de las comisiones escrutadoras, los E-14.

Esto se corrobora, además, con las actas generales del escrutinio municipal para Senado y Cámara suscritas por los implicados e incorporadas al juicio oral, y en las cuales no se observa que, hasta ese momento, se haya dejado alguna novedad frente a las mesas donde se alteró el contenido material de los documentos electorales en beneficio del candidato HJPÁ.

Es más, los ya relacionados declarantes no indicaron ni advirtieron irregularidad en los formularios E-14 de claveros: por el contrario, fueron enfáticos y contundentes en sostener que abiertos los comicios y el arca triclave, se dio publicidad a los citados documentos, sin que se presentara objeción por los asistentes, ni solicitud de recuento de votos por irregularidades.

Al juicio oral igualmente comparecieron varios de los jurados de votación que participaron en los comicios del 14 de marzo de 2010, en el municipio de Magangué, esto es, RCCR, PJAH y LECS, quienes concordaron en afirmar que cumplieron sus funciones conforme los parámetros legales establecidos. Los formularios E-14 no presentaban tachaduras o enmendaduras; por ende, si se presentó algún fraude ocurrió en otro escenario electoral.

Tampoco existe duda en cuanto a que concluida la lectura de los E-14 por los escrutadores, la información se consolidaba en el E-24 por los digitadores, el cual, impreso, quedaba en poder de los implicados para su revisión y suscripción.

En ese contexto, ante el grado de exposición en que se desarrolló el escrutinio, cualquier irregularidad en los E-14, debía ser detectada por los integrantes de la comisión escrutadora y los asistentes.

Siendo ello así, es imposible que la alteración en los comicios se presentara antes de iniciar el escrutinio; pues, la lectura de la información consolidada por los jurados de votación estuvo en todo momento sometida al control de los testigos electorales, apoderados, candidatos y público en general, quienes bien pudieron manifestar su inconformismo ante alguna irregularidad, pero no lo hicieron.

Son estas circunstancias las que permiten advertir que la adulteración se dio a espaldas de los mecanismos dispuestos para dotar de transparencia a los comicios, pues, solo de esa manera puede explicarse la ausencia de reclamaciones y la falta de constancias en las actas generales de escrutinio de la presencia de

tachaduras y enmendaduras encontradas en los E-14 de claveros.

De otra parte, frente al trámite que debe surtir una vez se haya suscrito el formulario E-24 por los miembros de la comisión escrutadora, el Código Electoral establece:

[...]

En ese orden de ideas, si concluido el escrutinio, los formularios base de los mismos (E-14) y los producidos en él (E-24 y actas generales), quedan a disposición de los funcionarios de la Registraduría, resulta ilógico pensar que, en este caso específico, las alteraciones de los documentos se realizaron en un momento posterior a ello, si en cuenta se tiene que las firmas que registran le pertenecen a los miembros de las comisiones escrutadoras, las cuales solo pudieron estamparse cuando aún se encontraban en su poder, a menos que hubiere mediado una falsificación por parte de los citados servidores, la que nunca fue alegada.

Y, no puede tratar de generarse una duda inexistente al sugerir que quienes alteraron los resultados electorales fueron las personas que cumplían con el proceso de digitalización, porque como lo precisó el Tribunal, los datos registrados en el E-24, no fue el resultado de un simple aumento en el número de votos en beneficio de un candidato, sino que el mismo iba respaldado con una disminución en los votos nulos y no marcados, modo de operar que requiere de cierta precisión, difícil de lograr cuando aquellos registraban las cifras que los procesados en voz alta comunicaban al público presente.

No hay que olvidar, además, que todo el escrutinio fue seguido por diferentes actores a través de un “video beam”, que permitía visualizar sin dificultad alguna lo que iba ocurriendo en la correcta digitalización de las cantidades públicamente leídas por los miembros de la comisión escrutadora; sin que se haya objetado tal labor.

Es a partir del escenario legal dispuesto para adelantar el escrutinio que se puede concluir, como estimó el Ad quem que, las modificaciones introducidas en los formularios E-24, fueron realizadas por los implicados, pues, como se ha indicado, fue estando en su poder y bajo su exclusivo control que ellos mismos efectuaron las adulteraciones; las cuales solo pudieron ocurrir en desarrollo de un acuerdo común o plan concertado; al punto que, hubiese bastado que alguno de ellos se opusiera para que el cometido de ayudar inmerecidamente al candidato HPÁ, no hubiera tenido éxito.

Comportamiento que demandaba conocimiento específico de la temática electoral y voluntad consciente orientada a concretar el resultado fraudulento.

No hay que perder de vista, como lo indicó el funcionario de la Registraduría del Estado Civil, AZJ, el acceso al software que posibilitaba el diligenciamiento del E-24, estaba restringido por una clave de seguridad cuyo conocimiento únicamente lo poseían los miembros de la comisión escrutadora.

Información corroborada por FHHR y MAVI, quienes al unisono manifestaron que a ellos como integrantes de las comisiones escrutadoras Zonas 1 y 2 del municipio de Magangué, de las elecciones del 14 de marzo de 2010, les asignaron una clave personal e intransferible para ingresar al sistema implementado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y donde se consolidaban los resultados de las votaciones. Sin esta combinación, agregaron los testigos, no se podía «arrancar» el escrutinio, pues era la que le daba paso al diligenciamiento del E-24, una vez leían los E-14.

Circunstancias que por cierto, demeritan las afirmaciones de los recurrentes, en cuanto que no existe prueba que determinara que a los integrantes de las comisiones escrutadoras se les haya entregado una clave personal e intransferible para ingresar al sistema donde se consolidaban los datos de la votación.

Así las cosas, es claro que la adulteración de los formularios E-24 y las modificaciones introducidas en los E-14 para hacer que coincidieran con los primeros, es un proceder denotativo de un trabajo mancomunado de los delegados de las comisiones escrutadoras, más aun cuando el trámite de los E-24 por parte de los digitadores era digital y, como se indicó, publicitado a todos los asistentes, mientras que las alteraciones de los E-14 resultaron hechas a mano; y, se encuentra acreditado que estos documentos no son objeto de manipulación por parte de los referidos trabajadores (los digitadores).

Actuación ilegal que se evidencia aún más cuando se demostró que las alteraciones, tachaduras o enmendaduras de los E-24, si en efecto se presentaban por “errores” en el proceso de digitalización, podían ser corregidas al momento de su revisión, si es que en verdad lo pretendido era garantizar la transparencia del proceso electoral; situación contraria al proceder de los implicados; pues, en vez de alertar sobre algún yerro, dieron el aval a los formularios sin oposición alguna.

La anterior afirmación se sustenta en lo manifestado por dos de los integrantes de las comisiones escrutadoras zonas 1 y 2 del municipio de Magangué, señores FHHR y MAVI, quienes indicaron que al verificar el E-24 una vez impreso y puesto a su disposición para su respectivo aval y firma, y observar varias diferencias en su contenido ordenaron corregirlas de inmediato.

[...]

Así pues, resulta ser el incumplimiento voluntario el deber que el ordenamiento legal les imponía a los sentenciados como integrantes de las comisiones escrutadoras investigadas, lo que permite colegir la participación de los mismos en el perfeccionamiento del delito, pues todos ellos con su actuar asintieron la alteración del resultado electoral con relación al certamen desarrollado el 14 de marzo de 2010 en los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué Zona 3.

En consecuencia, no hay duda en cuanto a que la adulteración de los formularios E-24 y las modificaciones introducidas en los E-14, para hacer que estos últimos documentos coincidieran con los primeros, es un resultado de un trabajo mancomunado para favorecer la candidatura de un candidato en especial»

**COAUTORÍA** - Concepto / **COAUTORÍA** - Acuerdo: análisis probatorio de las circunstancias / **COAUTORÍA** - Acuerdo: no requiere de un pacto detallado

«Contrario a lo pretendido por los impugnantes, es correcto explicar a través del fenómeno de la coautoría, que en los comicios llevados a cabo el 14 de marzo de 2010, confluyó el mismo interés evidente e inocultable para favorecer al candidato PÁ, sumado a la similar calidad de los implicados, quienes en la misma fecha y en su condición de integrantes de las comisiones escrutadoras de los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué Zona 3, mediante un plan común ejecutaron el delito.

En efecto, el modus operandi empleado da cuenta de la necesidad de adelantar una preparación anterior, que vinculó a los procesados con una actuación concreta de modificar los formularios E-14 y E-24, implicando ello el actuar material en conjunto y la voluntad consciente dirigida por quien o quienes gobernaron el acto delictual.

No sobra aclarar, que para predicar la coautoría no es obligatorio demostrar que los acusados, como integrantes de las diferentes comisiones escrutadoras, tuvieron algún tipo de encuentro a partir del cual deducir la existencia de un



acuerdo. Tal exigencia equivaldría a una manera inadmisibles de tarifar la prueba, con abierto desconocimiento de la sana crítica.

[...]

Nótese que la hermenéutica de la coautoría no exige la firma de un contrato criminal que contenga detalladamente todas las estipulaciones para la correalización del injusto; pues, incluso aunque los sujetos no se conozcan entre sí basta con el conocimiento de que junto a uno intervienen otros con un mismo fin.

En ese contexto, no se requería entonces demostrar un pacto detallado entre los implicados para tener por acreditado ese acuerdo previo o concomitante que se precisa para configurar la coautoría, pues éste se deduce de los actos desencadenantes de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización, como sucedió en este asunto, donde no se trató de una simple omisión del deber de verificación y constatación de la labor desarrollada por los digitadores, sino de una labrada labor de adulteración de documentos

electorales, donde cada delegado de la comisión escrutadora actuó de forma independiente pero con un único fin, la introducción de datos no coincidentes con la realidad de la votación.

En consecuencia, lo que se demostró fue la actitud consciente de este grupo de procesados dirigida a lograr la obtención de un resultado en beneficio de un particular interés, pues no hay duda que todos ellos con su actuar contribuyeron y asintieron la alteración del resultado electoral con relación al certamen desarrollado el 14 de marzo de 2010, en los municipios de Altos del Rosario, Talaigua Nuevo y Magangué zona 3, y que terminó favoreciendo las aspiraciones de HJPÁ.

Así las cosas, probado el incumplimiento voluntario del deber que el ordenamiento electoral les imponía a los servidores públicos implicados, es patente la participación de los mismos en la adulteración de los resultados electorales, pues, se insiste, cada uno de ellos con su actuar asintieron la alteración de los comicios desarrollados el 14 de marzo de 2010».

## Inicio

### **3. CONCIERTO PARA DELINQUIR -**

Diferente a la coautoría en la comisión de cualquier delito / **COAUTORÍA** - Diferencia con el concierto para delinquir / **COAUTORÍA** - Diferente a la participación como determinador / **DETERMINADOR** - Autor: tienen el mismo grado de punibilidad

La Sala de Casación Penal resolvió la impugnación especial promovida por el defensor de JWAB contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual revocó parcialmente la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad y, en consecuencia, lo condenó, por primera vez, como coautor de los delitos de homicidio y concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado.

La Corte confirmó parcialmente la sentencia de segunda instancia, modificando el numeral tercero, en el sentido de condenar a JWAB en calidad de determinador de los delitos de homicidio y coautor propio del concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado.

Para ello, la Sala primero identificó los aspectos distintivos del concierto para delinquir y la coautoría. Luego, concluyó que JWAB, aunque no intimidó ni amenazó directamente a las

víctimas, se unió a una empresa criminal con un propósito ilegal, razón por la que confirmó la condena que le fue impuesta como responsable del delito de concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado.

Por otro lado, encontró que la sentencia no justificaba adecuadamente la calidad de coautor impropio en los homicidios, ya que el recurrente no tuvo control funcional del hecho. Sin embargo, sí se probó su participación como determinador por convenio.

**SP1965-2024(60947) de 24/07/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. JFCM, JDG, LAAS, JWAB y MMA pertenecieron a la organización delincriminal llamada "Oficinas de Cobro del Valle", dedicada a forzar a diferentes familias a abandonar sus terrenos, ubicados en el corregimiento de Gamboa, en Buenaventura, Valle del Cauca.

2. El 19 de marzo y el 16 de abril de 2010, JFCM y JWAB le causaron la muerte a JAMB y a CAMH, respectivamente, forzando a sus esposas e hijos a desplazarse a Cali.

3. Con posterioridad al desplazamiento, JFCM se apropió ilícitamente de los inmuebles de las dos familias, así como de los muebles que estaban en su interior. Seguido a ello, el grupo les informó a los habitantes del sector que: “[L]os bienes pertenecían al “comba” o “la doctora”, para lo cual advirtió que quien se opusiera correría la misma suerte de JAMB y a CAMH”.

4. En una fecha indeterminada, JWAB, actuando como el apoderado de JFCM y valiéndose de una escritura pública falsa, concilió con JAA y JSR para que le transfirieran el dominio de los inmuebles en los que habitaban, a MMA.

5. A cambio de conservar su tenencia, los ciudadanos debían proporcionarle una bonificación. Como no la pagaron, se vieron obligados a abandonar sus terrenos.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**COAUTORÍA** - Diferencia con el concierto para delinquir / **COAUTORÍA** - Elementos / **COAUTORÍA** - Acuerdo puede ser antecedente o concomitante al comportamiento / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferente a la coautoría en la comisión de cualquier delito / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Elementos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Elementos: acuerdo, puede ser previo concomitante o posterior

«[...] la Sala estableció que tanto en la coautoría material como en el concierto para delinquir, media un acuerdo de voluntades entre varias personas. No obstante, mientras la primera se circunscribe a la comisión de uno o varios delitos determinados, en el segundo, se orienta a la realización de punibles indeterminados -aunque puedan ser determinables-.

Así, a diferencia del instituto de la coautoría material, en el que la intervención plural de individuos es ocasional y se circunscribe a acordar la comisión de delitos determinados y específicos, en el concierto para delinquir, a pesar de también requerirse de varias personas, “es necesario que la organización tenga vocación de permanencia en el objetivo de cometer delitos indeterminados, aunque se conozca su especie”.

Con esto, no es necesaria la materialización de los delitos indeterminados acordados para que, autónomamente, se entienda cometido el punible de concierto para delinquir, mientras que, en la coautoría material, no basta que medie dicho acuerdo, pues, si el mismo no se concreta, por lo menos, a través del comienzo de los actos ejecutivos de la conducta acordada -tentativa-, o bien, en la realización de actos preparatorios de aquellos que por sí mismos comportan la

comisión de delitos -como ocurre, por ejemplo, con el porte ilegal de armas-, la conducta delictiva acordada no se entiende cometida en virtud del principio de materialidad y la proscripción del derecho penal de intención.

En otras palabras, el concierto para delinquir subsiste con independencia de que los delitos acordados se cometan o no, mientras que la coautoría material depende que se dé, por lo menos, el comienzo de la ejecución de uno de los punibles convenidos.

Adicionalmente, la coautoría no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, pues, una vez cometida la conducta o conductas acordadas, culmina la cohesión entre los coautores, sin perjuicio de que acuerden la comisión de otra diferente, caso en el cual hay una nueva coautoría.

Sin embargo, se reitera, en el concierto para delinquir, la durabilidad de los efectos del designio delictivo común y del propósito contrario a derecho, “se erige en elemento ontológico dentro de su configuración, al punto que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que es imprescindible su persistencia y continuidad”.

Por ende, en la coautoría material, el acuerdo debe ser previo o concomitante con la realización del delito, pero nunca puede ser posterior. Por su parte, en el concierto para delinquir, el acuerdo o adhesión a la empresa criminal puede ser previo a la realización de los delitos convenidos, concomitante o incluso posterior a la comisión de algunos de ellos. En este último caso, desde luego, sólo se responderá por el concierto en cuanto exista vocación de permanencia en el propósito futuro de cometer otros punibles, sin que haya lugar a concurso material con las conductas realizadas en el pasado.

En este sentido, el concierto para delinquir es, por antonomasia, ejemplo del delito de carácter permanente, pues comienza desde que se consolida el acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados y se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa tal propósito ilegal.

A diferencia del anterior, por regla general, la coautoría material, al ser de índole dependiente de la realización del delito pactado, comienza y se agota con la comisión de dicho punible»

**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Configuración: basta con acreditar que la persona pertenece o formó parte de la empresa criminal / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Configuración: es indiferente la consumación de los injustos indeterminados objeto del concierto, o siquiera el inicio de actos ejecutivos /

**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de mera conducta

«Como se vio en la reseña de la sentencia condenatoria de segunda instancia, el ad quem concluyó, en lo sustancial, que JWAB es coautor -en coautoría propia- del delito de concierto para delinquir (art. 340-2), debido a que encontró acreditado que se asoció con JFCM, LAAS y MMA para forzar a diferentes familias a abandonar sus terrenos en el corregimiento de Gamboa, en Buenaventura, Valle del Cauca.

[...]

No obstante, la Corte aprecia que el defensor, realmente, no confronta tales constataciones, pues:

i) Por un lado, como se vio, centra su ataque en que ninguna de las pruebas practicadas “lo señala cometiendo actos intimidantes” , desconociendo que, como se apreció en la reseña jurisprudencial, el delito en cuestión, por ser de mera conducta, es autónomo e independiente de la puesta en marcha de lo convenido o de sus resultados, por lo que es irrelevante si JWAB intimidó a los ciudadanos de manera directa, pues ello no lo requiere el tipo.

De hecho, el concurso de voluntades orientadas a la comisión de conductas punibles expresa en sí mismo un desvalor de acción merecedor de reproche penal y, por esta razón, no es necesaria ni la producción de un resultado ni la materialización de un delito como efecto del acuerdo, pues ésta subsiste con independencia de que éstos se cometan o no.

ii) Por otro, el defensor admite, de alguna forma, que JWAB sí cumplía una función específica en el plan criminal ulterior para desplazar a la población civil, con lo que acepta que se éste asoció con otras personas para desplegar delitos indeterminados. De hecho, reconoció que él estaba a cargo de una etapa posterior al desalojo, que consistía en adelantar la labor jurídica para materializar la apropiación de los predios.

Con esto, acertó el ad quem al concluir que, en este punto, es indiferente si JWAB es el autor material en otras conductas o si las determina en razón de su posición jerárquica.

[...]

Bajo este panorama, los argumentos presentados en la impugnación no mostraron razones para revocar lo decidido en torno al delito de concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado, con lo que se hace imperioso confirmarlo»

**PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Vulneración: cuando el argumento judicial no se basta a sí mismo para justificar la conclusión / **COAUTORÍA** - Diferencia con el concierto para delinquir

«Por otro lado, recuérdese que el ad quem, luego de establecer la responsabilidad penal por el primer delito, señaló que JWAB:

“[N]o solo es autor del punible de concierto para delinquir sino igualmente que como integrante de la misma, participaba activamente y tenía dominio funcional de los homicidios cometidos para alcanzar el objetivo criminal, es decir que su aporte no era accesorio o secundario al accionar del grupo sino que, por el contrario, su intervención era fundamental para el logro de los objetivos de este [sic]”.

Sin embargo, como se vio, en los escritos que conforman la acusación contra JWAB no se dice, en ninguna parte:

i) Cuál fue el aporte específico que desplegó JWAB para la consecución de las muertes ocasionadas por JFCM el 19 de marzo y el 16 de abril de 2010;

ii) Por qué dicha contribución tenía la entidad suficiente para asignarle el dominio del hecho; ni

iii) En qué fase del iter criminis pudo haber sido.

Dicha omisión se replica en exactas condiciones en la sentencia impugnada, pues no hay referencia alguna al respecto.

Con esto, de entrada, se advierte que hay una vulneración al principio de razón suficiente, toda vez que las premisas que sustentan la conclusión ofrecida en segunda instancia no se soportan a sí solas.

[...]

De ahí que, para la Sala, el principio de razón suficiente se viola cuando el argumento judicial no se basta a sí mismo para justificar determinada conclusión.

Bajo esta óptica, es evidente la falta de motivación de la sentencia condenatoria para justificar la calidad de coautor impropia que le fue atribuida a JWAB en la intervención plural para la comisión de los dos homicidios.

Y es que, si bien es cierto que medió un acuerdo de voluntades en el marco de la organización delincriminal para desalojar a ciertos ciudadanos y apropiarse de sus terrenos, también lo es que, conforme los derroteros jurisprudenciales destacados en el precedente numeral 4 de esta providencia, para soportar la coautoría material

de los homicidios de JAMB y a CAMH, no basta que medie dicho acuerdo.

Por el contrario, en el presente asunto se requería demostrar que JWAB tuvo incidencia en: i) el comienzo de los actos ejecutivos de los homicidios en cuestión; o ii) en la realización de actos preparatorios de aquellos que por sí mismos comportan la comisión de delitos -como ocurre, por ejemplo, con el porte ilegal de armas-.

Ello, sin embargo, no sucedió y el Tribunal, desatendiendo el principio de materialidad y la proscripción del derecho penal de intención, confundiendo que la imputación jurídica por el concierto para delinquir es independiente de aquella que procede realizar con ocasión de las conductas que se realicen como efecto del acuerdo delictivo.

Con esto, olvidó que, desde el punto de vista dogmático, el que pueda atribuirse a una agrupación de personas la asociación para cometer delitos, no supone, automáticamente, que a todos los asociados les sean atribuibles las conductas ejecutadas en desarrollo del concierto, ya que cada una de las conductas impone un análisis de tipicidad y de modo de participación independiente.

Así, si bien es cierto que, dentro de la organización delincriminal existía una clara división de funciones para conseguir el propósito final, no es claro que se diera un juego de roles para ejecutar los homicidios.

Con esto, el Tribunal le impartió condena como coautor, sin detenerse a pensar cuál fue su aporte específico a las muertes, infringiendo, por esa vía, el postulado lógico antedicho.

Teniendo en cuenta lo anterior, sin ánimo reduccionista, le asiste razón al defensor cuando asegura que, de las pruebas obrantes en la actuación, contrario a lo que concluyó el Tribunal, no hay certeza de que el procesado fuese coautor de las muertes».

**COAUTORÍA** - Diferente a la participación como determinador / **DETERMINADOR** - Elementos / **DETERMINADOR** - Modalidades / **DETERMINADOR** - Concepto: sin realizar materialmente la conducta descrita en el tipo, hace nacer en otro la idea delictiva / **DETERMINADOR** - No posee dominio del hecho / **DETERMINADOR**- Autor: tienen el mismo grado de punibilidad / **DETERMINADOR** - Homicidio

«No sucede lo mismo si se modifica la calidad de JWAB de coautor a partícipe, como pasa a verse:

El artículo 30 de la Ley 599 de 2000 indica, en relación con la calidad del sujeto activo en la comisión de las conductas punibles, que son partícipes el determinador y el cómplice.

Adicionalmente, el inciso 2° de esta norma establece que, quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica, incurrirá en la pena prevista para la infracción. Sobre los requisitos de la calidad de determinador, la Sala ha dicho lo siguiente:

i) La tiene quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente. También “se puede determinar a otro mediante promesa remuneratoria, acuerdo, consejo, amenaza, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc”;

ii) La persona que es determinada funge como autor material del delito, ya sea que logre consumir el comportamiento punible o lo haga al menos en grado de tentativa;

iii) Debe existir un nexo entre la acción del determinador y el hecho principal;

iv) El determinador actúa con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el instigado la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica;

v) El determinador carece del dominio del hecho, el cual radica en cabeza del autor material; y

vi) La determinación puede ser tanto directa como en cadena.

[...]

En el caso concreto, es cierto que la Fiscalía no planteó específicamente que JWAB hubiese dado alguna orden para causarle la muerte a JAMB y a CAMH.

Sin embargo, en el escrito de adición a la acusación, se dio a entender que, de una u otra forma, aunque JFCM era el líder de “Oficinas de Cobro del Valle”, LAAS le rendía cuentas a JWAB, a quien JFCM escuchaba.

De hecho, si bien no fue de manera técnica, se dice que LAAS le informó a JWAB de la primera muerte, la cual les generó problemas, y éste fue el encargado de reforzarle a JFCM la idea de desplazarse personalmente a Buenaventura a ejecutar la segunda. Dichas aseveraciones están plenamente acreditadas en la actuación [...]

[...] la Corte puede inferir que JWAB sí indujo a un tercero (JDG) para realizar una conducta antijurídica con miras a lograr el objetivo ulterior



de la organización delincriminal, esto es, forzar a diferentes familias a abandonar sus terrenos en Buenaventura, Valle del Cauca.

Dicho de otro modo, JWAB determinó a JDG mediante un convenio para ejecutar las muertes referidas, ya que:

- i) Lo instigó, inequívocamente, a desplazar a la población como fuera posible, con lo que le creó una idea criminal eficiente que no constituye una mera invitación ni un simple consejo; y
- ii) Luego, JFCM, le impartió las órdenes específicas para llevarlas a cabo, pues le dio recomendaciones sobre formas y circunstancias de comisión de las conductas, lo que incrementó, de manera suficiente, el riesgo de que el autor decidiera cometer el delito.

Con esto, aunque el impugnante se duele de que el Tribunal fundamentó la responsabilidad penal únicamente con base en indicios, ello no se acompasa con la realidad procesal, pues, en virtud del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, si hay elementos de prueba suficientes para emitir sentencia condenatoria en contra de JWAB por los dos homicidios.

Otra cosa es que no será en calidad de coautor, como se vio antes, pues no tuvo el dominio funcional del hecho, sino como determinador por convenio.

Bajo este panorama, se confirmará la sentencia de segunda instancia del 13 de agosto de 2019, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y solamente se aclarará el numeral tercero de la parte resolutive de dicho proveído.

Lo anterior, para que conste que la condena es en calidad de determinador de los delitos de homicidio y coautor propio del concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado (arts. 103 y 340-2, Ley 599 de 2000).

Ahora, aunque se haga la modificación anterior, esto no tiene trascendencia en la dosificación punitiva de la sanción impuesta en la sentencia recurrida, ya que, como se vio en el numeral 6.4.1, el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 establece que quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para dicha infracción».

## Inicio

**4. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Elementos: elemento normativo (requisitos legales esenciales), determinación de qué requisitos son esenciales según la naturaleza del contrato / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Se configura: cuando se vulneran los principios de la contratación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Elementos: acto de apropiación, bien sea en favor propio o de un tercero / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Consumación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: delito de resultado

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la defensa técnica contra la sentencia de 10 de mayo de 2022, mediante la cual la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia condenó a JIM, exgobernador del departamento del Chocó, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y lo absolvió del cargo de peculado por apropiación.

La Corte confirmó la sentencia apelada porque el procesado no demostró errores en la declaración de responsabilidad penal por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. En efecto,

como gobernador del Chocó, ignoró conscientemente las exigencias normativas en la tramitación de tres contratos, cada uno con un valor superior a 30 salarios mínimos, cuantía que le exigía realizar un estudio de necesidad y efectuar la publicación de estos.

Además, la Fiscalía no logró desvirtuar la decisión absolutoria por peculado por apropiación, ya que, aunque los contratos se hicieron sin cumplir los requisitos legales, las funciones de los contratistas eran necesarias y se realizaron correctamente, por lo que no hubo un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

**SP2021-2024(61800) de 31/07/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

## **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. JIM, en el año 2006, cuando se desempeñaba como gobernador del departamento del Chocó, suscribió tres contratos de prestación de servicios sin los requisitos que exigía la ley 80 de 1993, permitiendo que terceros se apropiaran de dineros públicos.

2. Si se tiene en cuenta el presupuesto de ingresos y gastos asignado a la Administración Central de la Gobernación, la cuantía permitida para esa modalidad de contratación no podía ser superior a los \$12'240.000 pesos o, lo que es igual, a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. De otra parte, la Fiscalía enrostró al encartado que, valiéndose de su calidad de servidor público, obligó al departamento a pagar servicios innecesarios a favor de terceros, a través de los referidos contratos, por un valor total que asciende a los \$64'701.633.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Elementos: elemento normativo (requisitos legales esenciales), determinación de qué requisitos son esenciales según la naturaleza del contrato / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Se configura: cuando se vulneran los principios de la contratación / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Tipicidad subjetiva: dolo / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Antijuridicidad

«Aunque la defensa plantea en su apelación, a grandes rasgos, que el presupuesto anual de la entidad departamental es “fluctuante”, con lo que no está acreditado que los contratos cuestionados no sean de menor cuantía, no explicó en debida forma por qué debería restársele valor suasorio a la ordenanza 024 del 26 de diciembre 2005, en la cual se refleja específicamente que el presupuesto asignado para la Administración Central del Departamento del Chocó para el 2006 correspondió a 170.333'413.739 de pesos o, lo que es lo mismo, 417.483, 85 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Solo critica, sin atacar realmente los argumentos jurídicos en que se soportó la decisión, que, en su criterio, deberían tenerse en cuenta las “políticas encaminadas a un mayor recaudo de por ejemplo, no solamente provenientes del Sistema de Participación, sino de impuestos al consumo de cervezas, licores, cigarrillos y tabaco, o ingresos provenientes al Registro, sobretasas a la gasolina o a los vehículos”

Con esto, no dio luces acerca de cuál sería el verdadero monto que existía para el momento de la vinculación de aquellas personas ni explica, en concreto, la cifra que tuvo en cuenta el acusado según la cual esas contrataciones cumplían -o cumplirían- los requisitos legales. Tampoco

aporta de manera legal, regular y oportuna documentación que lleve a considerar montos diversos a los certificados en la multicitada ordenanza.

Adicionalmente, el a quo fue enfático en que el presupuesto asignado para la Asamblea, la Contraloría Departamental, Indecho, la Fábrica de Licores, Lotería y Dasalud, el cual, efectivamente, alcanza un monto de 232.768858.506 de pesos, no puede ser tenido en cuenta debido a que “corresponden al presupuesto asignado a otras instituciones que integran toda la entidad territorial” y no al monto con el que contaba la Gobernación para sufragar sus gastos de funcionamiento.

Por otro lado, el recurrente también dice que no se demostró que, admitiendo que los contratos cuestionados no sean de menor cuantía, se hubieran desatendido sus requisitos legales.

Ello, sin embargo, no enseña razones para derrumbar las conclusiones a las que llegó el a quo, cuando evidenció que, en virtud del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, se requería la “elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista en el parágrafo 3° del artículo 41 de la ley 80”, pero “no existe constancia ni elemento material alguno que acredite que se publicaron dichos contratos en el Diario Oficial - Diario Único de Contratación Pública, según las tarifas estipuladas en la Resolución 510 de 2005”.

De todas formas, la falta de publicación de los contratos no fue la única inobservancia que llevó al quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, pues: i) tampoco se realizaron los estudios de conveniencia y necesidad; y ii) Talento Humano no conceptuó que dentro de la planta de personal del departamento del Chocó no había empleados que pudieran desempeñar los cargos para los cuales se realizaron los contratos aquí investigados.

Sin mencionar que, como bien lo dijo la primera instancia, el propio ex gobernador manifestó con claridad que “no ordené ningún estudio distinto al que mi experiencia me había dado” para ninguno de los tres contratos aquí cuestionados.

Con esto, acertó el a quo al concluir que se quebrantó la legalidad del contrato sobre aspectos sustanciales, con lo son la publicidad del contrato y la economía del mismo, anclada en la ausencia de verificación de la necesidad de las labores que prestarían MPA, LAAG y JAMM.

Lo anterior, pues dichos elementos resultaban esenciales para: i) garantizar el conocimiento de la ciudadanía frente a las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones necesarias y convenientes para la celebración de los contratos -en virtud del artículo 41 de la Ley 80 de 1993-; y ii) determinar si se podía aplicar la excepción para contratar con personas naturales, cuando no haya personal de planta que realice esas actividades o cuando se necesiten conocimientos especializados.

Así, siguiendo los postulados de la sentencia CSJ SP712, 25 ene. 2017, Rad.: 48250, el quebrantamiento citado, en sus diferentes vertientes, supone una desatención penalmente relevante que comporta la ilicitud del proceso contractual y, asimismo, la adecuación al tipo objetivo del artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

Ahora, en este punto es prudente aclarar que, como se verá con posterioridad cuando se estudie la configuración típica del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, si bien en la celebración de los contratos cuestionados no se llevaron a cabo los estudios pertinentes para verificar la necesidad de los servicios pactados, ello no supone, obligatoriamente, que, en este proceso penal, mediante otros medios de prueba, no se pueda saber, con meridiana certeza, si eran necesarios o no.

Frente al tipo subjetivo, el defensor, someramente, critica la conclusión a la que llegó el a quo al establecer el dolo en la conducta de JIM, la cual se basó, en lo fundamental, en su propia declaración, y dice que, en realidad, de sus dichos no debería entenderse que buscó, de manera voluntaria, afectar la administración pública, sino que actuó de buena fe.

Sin embargo, ello no pasa de ser un argumento personal, carente de estructuración jurídica, en cuanto a que no demostró, en ningún sentido, por qué la valoración realizada al medio probatorio resulta errónea ni que ésta hubiera sido tergiversada o distorsionada en su contenido, sino que simplemente pretende que se adopte, sin más, su punto de vista, siendo que tenía el deber de exponer sus argumentos fácticos y /o jurídicos a través de los cuales se evidencie el equívoco cometido por el funcionario judicial.

Igual sucede frente al argumento en que expone que, a grandes rasgos, la conducta desplegada, aun siendo típica, no era antijurídica porque no se probó que se hubiera vulnerado la administración de justicia.

Lo anterior, ya que el recurrente no hizo mención siquiera a los fundamentos de la decisión impugnada a efecto de demostrar su desacierto, siendo que el a quo analizó dicho aspecto al detalle [...]

Por lo anterior, no se evidencian razones para revocar la condena dictada por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, en este sentido, se hace imperioso confirmarla integralmente».

**PECULADO POR APROPIACIÓN**- Elementos: acto de apropiación, bien sea en favor propio o de un tercero / **PECULADO POR APROPIACIÓN** – Consumación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: delito de resultado

«Para el a quo, el ente acusador no acreditó en debida forma que JIM, por razón o con ocasión de las funciones que desempeñaba como gobernador del departamento del Chocó, llevara a cabo el acto de apoderamiento del patrimonio estatal en provecho de terceros, mediante los contratos cuestionados (0001, 0002 y 0003 de 2006).

Ello, en lo sustancial, porque, si bien demostró que los contratos se celebraron sin el lleno de requisitos legales, como su publicación y los estudios de necesidad pertinentes, las funciones que desarrollaron MPA, LAAG y JAMM eran necesarias y fueron prestadas debidamente.

En este sentido, aunque la contratación fuera ilegal, los ciudadanos obtuvieron la suma respectiva en razón a las labores realizadas y, por consiguiente, no se dio un detrimento injustificado del patrimonio estatal ni se dio un resultado dañino contra el bien jurídico protegido por el derecho penal.

La Fiscalía, sin embargo, no atacó ese aspecto. De hecho, solo dijo, rápidamente, que “al quedar probada la ausencia de estudios de necesidad y conveniencia previos a las contrataciones cuestionadas” ello supone la “inexistencia de una real necesidad de contratar los servicios por fuera de la planta de personal del nivel central”.

Seguido a ello, se dedicó a argumentar, como se vio durante el resumen de su recurso, que se probó el ánimo de apropiarse del dinero público, pues los contratos representan un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio de terceros, en tanto: i) el ex gobernador buscaba beneficiar a personas de confianza; y ii) involucraron valores superiores a los que percibirían mediante nombramientos en de planta.

Así, aunque es indiscutible que se requiere la demostración del elemento subjetivo diferente al

dolo para la configuración del tipo penal en cuestión, el debate se circunscribe a algo diferente totalmente.

En todo caso, es falaz señalar que, si no se hicieron estudios de necesidad, entonces es que los servicios prestados -y contratados- no eran necesarios, pues la ausencia de los citados estudios corresponde a un requisito para la celebración de los contratos, pero no supone, ni mucho menos, que los servicios que prestaron MPA, LAAG y JAMM, por los que recibieron una suma, entre los tres, que ascendió al valor de \$70.588.633 de pesos, no se necesitaran para cumplir los fines y objetivos propios de la Gobernación del Chocó.

Igualmente, dicho argumento no derrumba la conclusión a la que llegó el a quo al respecto, en la que dijo que los servicios prestados sí eran necesarios -más allá de la que forma de contratación fuera ilegal-, [...]

Con esto, resulta innecesario analizar si, efectivamente, el ente acusador aportó prueba suficiente del ánimo subjetivo, es decir, del fenómeno eminentemente interno, así fuera mediante la valoración de los actos externos referidos en el recurso. En consecuencia, los argumentos de la Fiscalía tampoco lograron desvirtuar los fundamentos de la decisión absolutoria de instancia y se hace imperioso confirmarla, tal como lo solicitó el Ministerio Público».

## Inicio

**5. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: opera en materia penal o en trámites policivos o contravencionales / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: incluye procesos de toda índole, siempre que se cuestione la responsabilidad penal

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación especial presentada por la defensa de LAAB contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó el fallo absolutorio del Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad y, en su lugar, lo condenó como autor del delito de falso testimonio.

La Corte revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior y, en su lugar, confirmó la absolución emitida por el Juzgado de Conocimiento, pero con el argumento de que, las pruebas recaudadas, no permiten establecer, más allá de toda duda razonable, que las afirmaciones vertidas por el acusado en el interrogatorio de parte ante el Juzgado 37 Civil Municipal de esta ciudad, por el hecho de negar el contrato de arrendamiento, hubiesen sido falsas.

En tal sentido, la Sala refutó las consideraciones del *a quo*, así como las aseveraciones del recurrente, consistentes en que el procesado mintió en el interrogatorio de parte, pero amparado en el ejercicio de su derecho a la no autoincriminación, previsto en el artículo 33 de la Constitución Política. Ello, ya que, en la mencionada diligencia, no fue cuestionado sobre su responsabilidad penal; por el contrario, las preguntas estuvieron enfocadas en establecer si

JAVO (fallecido en febrero de 2015) celebró con él un contrato de arrendamiento.

Sobre el tema, recordó que, el derecho a no la no autoincriminación, ampara a todos los ciudadanos, incluso en procesos no penales, como los civiles. Sin embargo, esta protección solo aplica si durante la actuación procesal o diligencia se les pregunta sobre su responsabilidad penal.

**SP1304-2024(58721) de 22/05/2024**

**Magistrado Ponente:**  
**Gerson Chaverra Castro**

## **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. El 29 de julio de 2016 LAAB, fue llamado ante el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, para rendir interrogatorio de parte frente a la existencia de un contrato de arrendamiento pactado con JAV -fallecido-, respecto del bien ubicado en esta capital.
2. LMCD, esposa del causante y denunciante, aseveró que LAAB mintió en la diligencia, pese al compromiso de no faltar a la verdad.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Normativa / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Concepto / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: opera en materia penal o en trámites policivos o contravencionales / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: incluye procesos de toda índole, siempre que se cuestione



la responsabilidad penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: interrogatorio y contrainterrogatorio, reglas, finalidad / **TESTIMONIO** - Derecho a guardar silencio: alcance

«El derecho a no autoincriminarse o inmunidad personal es una garantía mínima consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 80 num. 2, literal g[11], y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4, num. 3, literal g[12], conforme con la cual, toda persona acusada de un delito, tiene el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Tal garantía ha sido incorporada en la Carta Política, al contemplarla el artículo 33. En este se dispone que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, la cual se extiende al derecho de no hacerlo contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

De antaño, esta Corporación ha sostenido que el derecho a no auto incriminarse, opera solamente en materia penal, en trámites policivos o contravencionales, no así en asuntos civiles, pues en estos los ciudadanos acuden ante la administración de justicia, en igualdad de condiciones, para que dirima los conflictos que existen entre ellos, por lo que no deben abusar del derecho propio y colaborar a la recta impartición de justicia, en la reconstrucción de los hechos y supuestos jurídicos necesarios para la solución del conflicto.

En cambio, ante la presunta comisión de hechos punibles, cobra relevancia la garantía prevista en el artículo 33 constitucional, pues la prohibición de no declarar contra sí mismo o sus parientes, en el grado de parentesco amparado por la norma, favorece al procesado de cara al poder sancionatorio que ejerce el Estado, quien actúa encaminado a derruir la presunción de inocencia que lo ampara.

Ahora bien, el Código General del Proceso consagra el interrogatorio de parte, en su artículo 184, como el que promueve quien pretende demandar o tema que se le demande, con el fin de que la contraparte conteste el interrogatorio que se le formule “sobre hechos que han de ser materia del proceso”, puede hacerlo por una sola vez y debe indicar, concretamente, qué pretende probar.

Este interrogatorio, si se quiere, es el mecanismo, bien, para obtener la declaración de parte, ora, la confesión, que si son medios de prueba, al tenor

del artículo 165 del C.G.P. Este último, vale recordar, consiste en la aceptación como verdadero del hecho o acto suficiente para provocar, contra el que lo admite, consecuencias jurídicas en la actuación que se promueva.

Según el artículo 203 del C.G.P. antes de iniciarse el interrogatorio de parte, se recibirá del interrogado juramento de no faltar a la verdad. Asimismo, se aclara que este deberá contestar las preguntas asertivas, negando o afirmando la existencia del hecho preguntado; las no asertivas, concretamente y sin evasivas y, si “se negare a contestar o diere respuestas evasivas o impertinentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia.”

Esa disposición, cuando estaba contenida en el entonces artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, fue demandada por inconstitucionalidad, con fundamento en que vulneraba, entre otros, el artículo 33 de la Constitución Política, de manera que una lectura acorde a la Carta Política, según el demandante, conllevaba que el declarante pueda negarse a responder cualquier pregunta que comprometiera su responsabilidad o la de sus parientes.

La Corte Constitucional en la sentencia C-599 de 2009, declaró exequible la norma demandada - reproducida por el artículo 203 del C.G.P.- tras considerar que sea en proceso civil o laboral, en la contestación de la demanda, confesión judicial o al rendir un interrogatorio de parte o de terceros, “el ciudadano requerido siempre podrá abstenerse de contestar lo que pueda implicar responsabilidad penal suya o de su cónyuge o compañero permanente, o de sus familiares cercanos, en los grados establecidos en el artículo 33 de la Carta.”

De esta forma, ni el juez ni las partes pueden postular preguntas que impliquen para el interrogado una responsabilidad penal y, si el interesado en el interrogatorio así procede, es deber de aquel informar a quien contesta que no está obligado a responder en virtud de la exoneración constitucional de decir la verdad, frente a este aspecto en concreto.

Precisó, además, que los asuntos civiles se rigen por la observancia de los deberes y obligaciones de las personas, en el ejercicio responsable de los derechos consagrados en la Constitución Política en el artículo 95, ordinales 1° y 7°, esto es, “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y, “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

Además, la Corte Constitucional destacó que, ante el deber de las partes de colaborar con la administración de justicia, es exigible a toda persona atender la solemnidad del juramento, mucho más cuando trata de contestar cuestionamientos que entrañan un conflicto interpersonal, propio del derecho privado [...]

Precisó también, el Alto Tribunal Constitucional que ello tiene fundamento en el principio de la buena fe, supuesto ético, según el cual las personas actúan con transparencia, e igualmente, en su derivado, la lealtad procesal, en cuanto que se confía en que la parte que lo formula actúa con apego a la verdad y, que, quien lo absuelve obrará de similar manera.

Quiere decir lo anterior, entonces, que el derecho a la no autoincriminación, previsto en el artículo 33 de la Constitución, encuentra su mayor expresión en el proceso penal atendiendo su finalidad. No obstante, ampara a todos los ciudadanos, incluso, en procesos de otra índole, como el civil, únicamente, cuando en curso de determinada actuación procesal o diligencia se le inquiera o cuestione sobre su responsabilidad penal».

**FALSO TESTIMONIO** - No se configura / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - No se vulnera

«[...] dista la Sala de las consideraciones del a quo, así como de las aseveraciones del recurrente, consistentes en que el procesado mintió en el interrogatorio de parte realizado el 29 de julio de 2016, pero amparado en el ejercicio de su derecho a la no autoincriminación, previsto en el artículo 33 de la Constitución Política.

Lo anterior, porque en la diligencia reseñada líneas atrás, en ningún momento el acusado fue cuestionado sobre su responsabilidad penal en determinado asunto. Las preguntas postuladas por la apoderada de L.M.C.D. y la juez, asertivas y no asertivas, estuvieron enfocadas en establecer si J.A.V.O. (fallecido en febrero de 2015) celebró con L.A.A.B. un contrato de arrendamiento. Aunado a que este no adujo que se abstendría de contestarlas, por considerar que lo comprometían en una cuestión criminal o sancionatoria.

En su lugar, lo que emerge del interrogatorio de parte que L.A.A.B. rindió ante el Juzgado 37 Civil Municipal, es que sus respuestas, en un todo, fueron uniformes, consistentes y enfáticas para referir que no existió contrato de tal especie con J.A.V.

Tampoco se percibe contradicción de su dicho al ser interrogado por la apoderada sobre la

condición en la que recibió el apartamento y sí lo fue con ocasión del contrato de arrendamiento, por el hecho de responder que J.A.V. no dijo nada en concreto al respecto. Aseveró que este se limitó a solicitarle los \$10.000.000.00 que necesitaba al parecer con urgencia, de modo que, el 1º de octubre de 2014, cuando le entregó dicha suma, aquel le dio las llaves del inmueble que también requería con premura, pero sin que hablaran de pago, plazo o contrato.

Lo cierto es que, ninguna de las respuestas aducidas por el procesado denota que haya mediado un contrato de arrendamiento respecto del cual quisiera mentir. Lo que dejó señalado A.B. en sus respuestas, es que la ocupación de la vivienda se originó en un acuerdo que era recurrente entre ellos, pues se hacían préstamos de sumas importantes de dinero, sin garantía distinta a la confianza que compartían.

Véase que el procesado afirmó en dicho interrogatorio que conocía a J.A.V. de años atrás, lo cual coincide con la afirmación de L.M.C.D., puesto que frecuentaban la farmacia de la que A.B. era dueño, a la que asistían de acuerdo con las necesidades en salud de la menor.

De ahí que, no resulte del todo extraño que el pacto entre J.A.V. y el acusado se limitara a que a cambio del dinero que este último prestó al primero, aquel le permitiera ocupar el apartamento, efecto para el cual le entregó las llaves de ingreso, incluso, sin acordar plazos o condiciones que le llevaran a inferir que habían celebrado un contrato siquiera similar al de un arrendamiento.

Por esto es que se advierte razonable que A.B. condicionara la entrega del inmueble a la devolución del dinero prestado, máxime cuando J.A.V.O. había fallecido. Esta, entonces, sería la razón por la que precisó en el interrogatorio de parte que una eventual conciliación versaría sobre el “negocio” que realizó con aquel.

De suerte que, para la Sala, tales manifestaciones no revelan que el procesado mintió o pretendió ocultar la verdad frente a existencia de un contrato de arrendamiento, pues en su entender, lo acordado entre ellos no constituía un contrato de arrendamiento.

Y aun cuando en acta del 8 de agosto de 2019 se ordenó al procesado la entrega del bien, luego de ser vencido en sentencia del 12 de febrero de 2018, para la Corte, el resultado arrojado por ese trámite procesal no indica, necesariamente, que A.B. faltó a la verdad en punto a si convino un contrato de arrendamiento, como lo consideró el Tribunal, al señalar que la restitución del inmueble hacía patente la mentira.

[...]

De otra parte, se encuentra que las respuestas del acusado contenidas en el interrogatorio de parte, no solo tuvieron una explicación plausible de lo que fue el acuerdo que le permitió tener la ocupación del inmueble, sino que además, reconocieron en todo momento los derechos de su propietaria, incluido el de retornarle el inmueble, cierto sí, a la espera del reconocimiento del derecho que entendió también tenía, esto es, que se le retornara el dinero prestado.

Asimismo, del testimonio de L.M.C.D. se advierte que esta no tuvo conocimiento de que el procesado ocupaba el inmueble sino hasta después de febrero de 2015, en tanto que A.B. recibió el bien el 1° de octubre de 2014, es decir que no presencié la realización del acuerdo, sus antecedentes o condiciones, las que replicó, dijo, por la información que J.A.V. le brindó antes de fallecer. Con todo, afirmó que después de esto habló con A.B. para la devolución del apartamento, quien sostuvo la misma versión que en el interrogatorio de parte extraprocésal».

## Inicio

**6. ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: el operador judicial debe garantizar que la forma como se nombra al acusado o acusada a lo largo de las actuaciones procesales corresponda a la manera como él o ella se auto percibe / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: respetar y garantizar la identidad de género de los ciudadanos, particularmente mediante la forma como se les nombra dentro de las actuaciones judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Personas transgénero / **PERSONAS TRANSGÉNERO** - Sujetos de especial protección constitucional / **PERSONAS TRANSGÉNERO** - Identidad de género: protección al autorreconocimiento como mujer u hombre trans

Al estudiar la demanda de casación presentada por la defensa de YDCG, LFCG, WYRB y NRR, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio confirmó la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, que les condenó, en virtud de allanamiento a cargos, como coautores de secuestro extorsivo agravado, la Corte Suprema de Justicia se refirió a las procesadas en femenino, reconociendo su identidad como mujeres transexuales. Asimismo, recalcó la obligación que tiene el operador judicial de asegurarse de que el nombre usado para el acusado o acusada en el proceso corresponda a la manera como él o ella se autopercibe.

De otra parte, la Sala de Casación Penal inadmitió el libelo ya que no cumplió con las mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías que se produjo con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida, con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional invocado; y, iii) la

determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

## AP4888-2024(60256) de 28/08/2024

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. El 27 de marzo de 2018, CJMA contrató los servicios de una trabajadora sexual a través del sitio web [www.photoprepagos.com](http://www.photoprepagos.com). Hacia las cuatro de la tarde se encontró con Pamela en una vivienda ubicada en el barrio Venecia de la ciudad de Bogotá e ingresó con ella a una habitación.

2. Tras pagar el valor previamente acordado, la acompañante le manifestó que era menor de edad y transgénero. Ante esa revelación la víctima intentó huir del lugar. Pamela bloqueó la salida y, acto seguido, aparecieron otras seis mujeres, algunas transexuales, que se apoderaron de sus pertenencias, le exigieron las claves de acceso a sus tarjetas débito y crédito y lo amenazaron con armas blancas de atentar contra su vida y denunciarlo por violación si no cedía a sus pretensiones.

3. Entre las 4:40 y las 5:10 de la tarde de ese día, Pamela, Rosario y Mafe, hicieron varios retiros en cajeros automáticos por \$4'380.000 mientras la víctima era custodiada por otras cuatro mujeres. Al alcanzar el cupo diario de movimientos, mantuvieron retenido a CJMA hasta el día siguiente, 28 de marzo, para hacer nuevos movimientos por cuantía de \$3'330.000. Sobre las diez de la mañana de la misma fecha le entregaron las tarjetas bancarias al afectado y lo liberaron.

4. En virtud de la denuncia que instauró la víctima, fueron individualizados como posibles

responsables de los sucesos YDCG, LFCG, WYRB y NRR.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**DERECHO AL NOMBRE** - Atributo de la personalidad / **DERECHO AL NOMBRE** - Relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad / **LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD** - Identidad de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: concepto / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: reconocimiento de la identidad sexual de la persona / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: el operador judicial debe garantizar que la forma como se nombra al acusado o acusada a lo largo de las actuaciones procesales corresponda a la manera como él o ella se auto percibe / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: respetar y garantizar la identidad de género de los ciudadanos, particularmente mediante la forma como se les nombra dentro de las actuaciones judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Personas transgénero / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Interseccionalidad: personas transgénero, que ejercen actividades de prostitución / **PERSONAS TRANSGÉNERO** - Sujetos de especial protección constitucional / **PERSONAS TRANSGÉNERO** - Identidad de género: protección al autorreconocimiento como mujer u hombre trans

«Sin desconocer la importancia que tiene la identificación personal, y más concretamente, el nombre de las personas como atributo de la personalidad jurídica, la Corte, respetuosamente, se referirá a las aquí procesadas en femenino, en reconocimiento de su identidad sexual como mujeres transexuales.

En estos eventos, considera esta Corporación, el operador judicial debe garantizar que la forma como se nombra al acusado o acusada a lo largo de las actuaciones procesales, en particular, durante las audiencias y dentro de las providencias, corresponda a la manera como él o ella se autopercibe, lo que también se conoce como su identidad de género. Esto en aras de garantizar la autonomía de la persona para definir su proyecto de vida, así como el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 Constitución Política).

Ello, especialmente, cuando se está ante personas transgénero, que dentro del sector LGBTI son la población que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, por lo que han sido reconocidos como sujetos de especial protección constitucional (Corte

Constitucional, sentencia T-063 de 2015). Situación que es aún más apremiante en los casos de aquellas mujeres trans que ejercen actividades de prostitución, ya que en ellas convergen dos motivos distintos de discriminación: de una parte, la identidad de género, de otra, el estigma social de la actividad que realizan (Corte Constitucional, sentencia T-310 de 2022).

Así las cosas, el autorreconocimiento como mujer u hombre transexual está amparado por la posibilidad que tiene todo ciudadano de desarrollarse y ser reconocido acorde con sus gustos y preferencias. Por ello, anota la Corte, los servidores judiciales tienen el deber de respetar y garantizar la libre decisión de los ciudadanos respecto de su identidad y, de esa forma, asegurar su dignidad humana, particularmente mediante la forma como se les nombra dentro de las actuaciones judiciales»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: interés para recurrir, en caso de aceptación o allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, salvo vicios del consentimiento y o violación de garantías fundamentales, presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: presupuestos para dictar sentencia

«[...] aunque el demandante soporta la censura en que existió un vicio del consentimiento en el acto de allanamiento a cargos de sus prohijadas, que también se reflejó en la vulneración del derecho de defensa que les asiste, por la que, en su criterio, fue una inadecuada asesoría de la abogada que lo antecedió, no tiene en cuenta que en esa materia, la demostración de la existencia de vicios del consentimiento o violación de garantías fundamentales, como tiene dicho la Corte, no se acredita a partir de «la sola alegación, esto es, argumentar que existió alguna de las falencias capaces de afectar el consentimiento o una garantía basilar, sino que la irregularidad debe ser verdaderamente acreditada a través de los medios de prueba admitidos por el ordenamiento procesal penal, bien en la audiencia de individualización y sentencia del artículo 447 y, si es necesario, en sede de apelación o casación» (Cfr. CSJ SP, 15 May. 2013, Rad. 39025 reiterada en CSJ AP4296 - 2021).

Y el supuesto fáctico que funda el cargo no fue desconocido para las instancias, de ahí que



resulte intrascendente para sustentar la pretensión invalidatoria.

Tampoco considera el censor que, como también recordó la decisión de segundo nivel, la admisión de responsabilidad fue evaluada por el funcionario cognoscente una vez instalada la vista preparatoria.

[...]

De ahí que el Tribunal entendiera satisfecha «razonablemente, la verificación del entendimiento de las imputadas frente a lo formulado en su contra y que la decisión debía cumplir unas exigencias dirigidas a la garantía de sus derechos» misma que, como se explicó líneas atrás, avaló la evaluación que sobre ese punto hizo el a quo.

De igual manera, para el censor se «corrobor» el engaño al que fueron sometidas sus defendidas porque, en su criterio, el delito por el que fueron condenadas, no comporta beneficio punitivo alguno por la expresa prohibición legal contenida en la Ley 1121 de 2006.

Pero infringe en ese aspecto la corrección material. Nada dice frente al hecho de que, al admitir su responsabilidad, el juez cognoscente les informó de esa específica situación y también que la única prerrogativa admisible sería la inaplicación del incremento punitivo establecido en la Ley 890 de 2004. Dejó de lado mencionar, además, que en la dosificación punitiva el juez sí reconoció, justamente ese como único beneficio, esto porque, al tasar la pena, partió de un plazo mínimo imponible «de 28 años y no de 37 años y 4 meses».

Tampoco menciona que, según consta en la reseña procesal, las procesadas gozaron de la detención domiciliaria como medida invocada por la Fiscalía y otorgada por el funcionario judicial de turno, eso sí, mientras se adelantaron las restantes diligencias del proceso, pero aquella perdió vigencia con la emisión del fallo condenatorio.

Bajo el mismo cargo critica el censor la ausencia de material probatorio para emitir condena. En su criterio, aquella se fundó, exclusivamente, en la admisión de responsabilidad y no se consideró que las sumas de dinero extraídas de las cuentas bancarias de la víctima eran la contraprestación por múltiples servicios sexuales, mas no el objeto del delito.

Aquel aserto lo fundamenta al margen de la causal primera de casación, que como se dijo, impone, de un lado, tener por ciertas las conclusiones fácticas y probatorias de la decisión y, de otro, proponer un debate estrictamente jurídico. Adicionalmente, carece de interés en esa

temática, pues como la sentencia condenatoria se dictó por virtud del allanamiento que hicieran las procesadas en la audiencia preparatoria, renunciaron con su manifestación al debate propio del juicio oral y, en especial, a la contradicción de la prueba.

De todas maneras, cuando se trata de la terminación anticipada del proceso penal (por vía de allanamientos o preacuerdos), tiene dicho la Corte que el Juez no es un «mero espectador», sino que ha de verificar, entre otros presupuestos para emitir condena, «(i) La existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que corroboren la tipicidad de la conducta [y] (ii) El aporte de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir con el estándar de conocimiento previsto en el inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado» (cfr. CSJ AP2007 - 2023). Y si bien la censura se postuló de manera inadecuada, tampoco confrontó el casacionista el contenido de las decisiones de primer y segundo nivel que para el caso conforman una unidad jurídica inescindible, aunque en ellas se plasmó con claridad que, contrario a su percepción, no fue el acto de allanamiento el soporte exclusivo de la condena»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, salvo vicios del consentimiento y o violación de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: interés para recurrir, en caso de aceptación o allanamiento a cargos / **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - No se configura por discrepancia de criterios

«Aquí también carece de interés el casacionista para discutir esos tópicos. No fueron tales los términos de la imputación jurídica por la que sus prohijadas admitieron responsabilidad, pues la Fiscalía les imputó el injusto al cual se allanaron y no los que él postula de manera extemporánea, en contravía del principio de irrevocabilidad. Además, infringe la corrección material que le exige fidelidad con el contenido de las decisiones de instancia [...]

De igual manera, el cargo no enseña cuál fue esa hipotética interpretación equivocada de los preceptos normativos invocados que pueda endilgársele a las decisiones cuestionadas, ni cual debería ser el adecuado entendimiento de la disposición citada, más allá de la indemostrada alegación de que ese actuar se adecúa a otros delitos, todo ello, alejado no solo del plexo probatorio que sustentó la condena al que se refirió la Corte al calificar el primer cargo sino, también, de la estructura del delito de secuestro

extorsivo, que en palabras de la Sala se materializa «siempre que la presión se ejerza a través de la privación de la libertad del agredido» (CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 32506 reiterada en CSJ SP681 - 2022)»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: implica renuncia a ciertas facultades y derechos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: implica renuncia a la etapa probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: solo pueden ser valoradas las practicadas en el juicio oral, con intermediación, confrontación y publicidad

«[...] aunque el censor critica la falta de valoración de un video que, dice, enseña que la víctima se hallaba «a sus anchas» en la casa de lenocinio y por ende no había sido retenido por las procesadas, infringe con esa alegación los límites que implica la culminación anticipada del proceso, pues, como se dijo líneas atrás, la admisión de responsabilidad significa la renuncia al debate que sobre los medios de convicción debía abordarse en sede del juicio oral.

Desconoce, además, en la fundamentación del cargo, que según lo previsto en el art. 374 de la Ley 906 de 2004 es prueba aquella solicitada o presentada en la audiencia preparatoria y cuya práctica, en virtud del principio de intermediación, se adelanta en el debate público, en presencia del juez. Ello porque, en este evento, como reconoció el Tribunal en la sentencia confutada, «la misma defensa manifestó que el video que pretende que se valore, no fue ingresado al proceso, por lo que el juez no puede, no solo valorarlo, sino tampoco tenerlo en cuenta con fines procesales.»

De ahí que mal podría criticarse que las instancias consideraran aquel medio de convicción y mucho menos viable resulta que la Corte, al margen de aquellas condiciones, pondere su contenido en infracción de caros principios del procedimiento penal, como equivocadamente pretende el libelista»

**NULIDAD** - Principio de trascendencia: la censura ha de poner de manifiesto cómo la subsanación del error conduciría a variar el sentido de la decisión / **NULIDAD** - Principio de taxatividad / **NULIDAD** - Principio de protección / **NULIDAD** - Principio de convalidación / **NULIDAD** - Principio de instrumentalidad / **NULIDAD** - Principio de residualidad

«Solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley - principio de taxatividad -; no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante, salvo el

caso de ausencia de defensa técnica, - principio de protección -; aunque se configure la irregularidad, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales -principio de convalidación -; quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento - principio de trascendencia -; no se anulará un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, dado que las formas no son un fin en sí mismas, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso - instrumentalidad - y; además, no existe manera de subsanar el yerro procesal - residualidad -.

La trascendencia exige, de quien alegue la nulidad, la obligación de acreditar que el vicio afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o que desconoce las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento. En materia de casación este criterio adquiere preponderancia de cara al propósito de desvirtuar la presunción de acierto y legalidad inherente a los fallos de instancia.

En tal virtud, tratándose de nulidades, una alegación suficiente por la vía del recurso extraordinario reclama poner de manifiesto la relevancia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado. En esa labor ha de revelarse con plausibilidad y suficiencia cómo el sentido de la decisión sería sustancialmente diverso si no se hubiera incurrido en la irregularidad procedimental.

[...] las críticas del casacionista ninguna vinculación ostentan con los contenidos de la sentencia cuestionada, infringen no solo la trascendencia, sino los principios de taxatividad y convalidación propios de las nulidades e imponen, por su deficiente fundamentación, la inadmisión del cargo cuatro».

7. **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1849 de 2017)** - Juez competente: Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio del lugar donde se ubica el bien, cuando haya bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez del distrito con mayor número de jueces de extinción de dominio / **EXTINCIÓN DE DOMINIO** - Competencia: distritos judiciales, son los establecidos en el Acuerdo PSAA16-10517, no hay lugar a interpretaciones subjetivas / **EXTINCIÓN DE DOMINIO** - Competencia: reglas, no es dable acudir a criterios diferentes a los fijados en la norma / **COMPETENCIA** - Asignación: es reglada

La Sala de Casación Penal, definió la colisión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia y el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cali, para conocer del trámite extintivo contra determinados bienes inmuebles.

En este caso, la Sala asignó el conocimiento de la actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cali, por ser el que cuenta con el mayor número de juzgados de esta especialidad.

Al respecto, destacó que, la asignación de competencia es un trámite reglado, por lo que no es dable acudir a criterios diferentes a los fijados en el artículo 35 de la Ley 1708 de 2014; además, los distritos judiciales en materia de extinción de dominio son aquellos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura para esta especialidad, sin que haya lugar a interpretaciones subjetivas.

**AP4567-2024(66826) de 14/08/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 15 de abril de 2024, la Fiscalía 42 Especializada de Extinción de Dominio presentó demanda de extinción de dominio ante los juzgados de la misma especialidad con sede en Antioquia.
2. El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito

Especializado de Extinción de Dominio de ese distrito, quien rehusó la competencia para tramitar la actuación mediante auto del 5 de julio de 2024. Para sustentar su postura, argumentó que los bienes pasibles de la acción extintiva están ubicados en los distritos de extinción de dominio de Medellín, Cali y Antioquia; por tanto, debía aplicarse la regla de competencia prevista por el inciso 2° del artículo 35 del Código de Extinción de Dominio, según la cual, el competente es el distrito con mayor número de jueces, que para este caso es el de Cali.

3. Por lo anterior, las diligencias fueron reasignadas al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cali, autoridad que, a través de proveído del 15 de julio del año en curso, también rechazó la competencia. La directora del despacho afirmó que el conocimiento del proceso debía asumirse por alguno de los Jueces del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia. En síntesis, debido a que entre los distritos judiciales de Medellín y Antioquia están conformados por un número menor de distritos judiciales ordinarios que los asignados al distrito judicial de extinción de dominio de Cali.

Pidió que la competencia fuera definida a través de una interpretación i) teleológica, que atienda las motivaciones para la creación de nuevos despachos judiciales en Cali y Medellín; ii) sistemática, que lleve a una lectura integral de la Ley 1708 de 2014 y de acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, y iii) contextual, que tenga en cuenta la ubicación de la mayoría de los inmuebles vinculados a la acción de extinción de dominio.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**COLISIÓN DE COMPETENCIA** - Factor territorial / **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014)** - Juez competente: Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio del lugar donde se ubica el bien / **EXTINCIÓN DE DOMINIO** - Competencia: reglas / **EXTINCIÓN DE DOMINIO** - Competencia: distritos judiciales, son los establecidos en el Acuerdo PSAA16-10517

«[...] se destaca que en el trámite de extinción de dominio regulado por la Ley 1708 de 2014, modificada por la Ley 1849 de 2017, la competencia territorial de los jueces de extinción de dominio para conocer la fase de juzgamiento está prevista en el artículo 35 [...]

Del contenido de la anterior norma se desprende que la competencia para adelantar el juicio de extinción de dominio, definida por el factor territorial, corresponde asumirla a la siguiente autoridad:

- (i) Al juez del lugar donde se encuentren ubicados los bienes.
- (ii) Al juez del distrito judicial con mayor número de jueces de extinción de dominio, en los eventos en que los bienes se encuentran ubicados en diferentes distritos judiciales.
- (iii) Al juez de cualquiera de los distritos donde se encuentran ubicados los bienes, a elección del demandante, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 del Código General del Proceso, si el número de jueces de extinción de dominio es igual en dichos distritos judiciales. Para el caso, la Fiscalía General de la Nación, como sujeto requirente de la extinción de dominio, se entenderá como demandante.

Acorde con el artículo 2° del Acuerdo PSAA16-10517 del 17 de mayo de 2016, modificado por el artículo 3° del Acuerdo PCSJA23-12067 del 10 de mayo de 2023, y por el artículo 11 del Acuerdo No. PCSJA23-12124 del 19 de diciembre de 2023, el mapa judicial de los Juzgados Penales de Circuito Especializado de Extinción de Dominio, en el territorio nacional, quedó conformado de la siguiente manera:

[...]

#### **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1849 de 2017)**

- Juez competente: Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio del lugar donde se ubica el bien, cuando haya bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez del distrito con mayor número de jueces de extinción de dominio / **EXTINCIÓN DE DOMINIO** - Competencia: distritos judiciales, son los establecidos en el Acuerdo PSAA16-10517, no hay lugar a interpretaciones subjetivas / **EXTINCIÓN DE DOMINIO** - Competencia: reglas, no es dable acudir a criterios diferentes a los fijados en la norma / **COMPETENCIA** - Asignación: es reglada

«En el caso sometido a consideración, la Fiscalía presentó demanda de extinción de dominio respecto de 21 bienes inmuebles ubicados en las ciudades de Quibdó, Medellín y Cali; 6 sociedades con domicilio principal en las localidades de Quibdó y Apartadó, y 5 establecimientos de comercio localizados en Quibdó. Estas propiedades, según su ubicación territorial, [...]

En este contexto, se subraya que los bienes sobre los cuales recae la acción extintiva están ubicados en los distritos judiciales de Medellín,

Antioquia y Cali. Por consiguiente, la competencia del proceso debe ser asumida por el juez del distrito judicial que cuenta con el mayor número de juzgados de extinción de dominio, conforme a las reglas señaladas en el canon 35 de la Ley 1708 de 2014, modificada por la Ley 1849 de 2017.

Ahora bien, el distrito de extinción de dominio de Antioquia cuenta con 2 despachos judiciales, entre tanto, los distritos judiciales de Medellín y Cali, acorde con los cargos creados con el Acuerdo No. PCSJA23-12124 del 19 de diciembre de 2023, están provistos de 1 y 3 jueces, respectivamente.

Bajo esta panorámica, resulta evidente que, entre los distritos judiciales de extinción de dominio involucrados, el de Cali cuenta con el mayor número de juzgados de esta especialidad. En consecuencia, la Sala le asignará la competencia para conocer la fase de juzgamiento del proceso de extinción de dominio objeto de debate.

Finalmente, en respuesta a los argumentos esbozados por la directora del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cali, la Sala destaca que para efectos de definir la competencia reglada en el artículo 35 de la Ley 1708 de 2014, no es dable acudir a criterios diferentes a los fijados en la citada norma, ni aplicar la noción de distrito judicial bajo interpretaciones subjetivas, como lo pretende dicha autoridad judicial.

Con ese norte, los distritos judiciales en materia de extinción de dominio son aquellos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura para esta especialidad, y no los que integran la jurisdicción ordinaria. Estos distritos han sido definidos en el artículo 2° del Acuerdo PSAA16-10517 del 17 de mayo de 2016, modificado por el artículo 3° del Acuerdo PCSJA23-12067 del 10 de mayo de 2023, y más recientemente por el artículo 11 del Acuerdo No. PCSJA23-12124 del 19 de diciembre de 2023.

En consecuencia, los parámetros de interpretación de las reglas de competencia que propone la Juez Segunda Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Cali, tendientes a lograr una distribución más equitativa de procesos entre los distritos de Antioquia y Cali, no son de recibo. Primero, puesto que no están contemplados normativamente, y la asignación de competencia es un trámite reglado por la disposición ya señalada. Segundo, debido a que el análisis de la carga laboral, la congestión judicial de los despachos y las medidas para atenderla son competencia exclusiva del Consejo Superior de la Judicatura»



## Inicio

**8. FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **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 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de acto sexual violento a acto sexual abusivo con incapaz de resistir / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Incapacidad de resistir: concepto / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Estado de inconsciencia: sueño

La Sala Penal, inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de JGVL, contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia que confirmó la decisión condenatoria emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, modificando la calificación del delito e imponiendo la condena como autor responsable del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, en lugar de acto sexual violento.

Para ello, la Corte destacó que, la perspectiva de género no es una facultad discrecional del operador judicial, sino una obligación constitucional y supraconstitucional, que debe cumplir al valorar la prueba.

Sumado a lo anterior, concluyó que, el Tribunal no alteró el núcleo fáctico de la imputación y cumplió los derroteros fijados para que opere la modificación de la calificación jurídica, de acto sexual violento a acto sexual abusivo con incapaz de resistir, ya que el sueño es uno de los casos en los que la víctima se encuentra en estado de inconsciencia.

**AP4945-2024(65158) de 28/08/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Gerardo Barbosa Castillo**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. Los días 26 y 27 de octubre de 2010, RHO y JGVL, ambos funcionarios del CTI adscritos a la Fiscalía General de la Nación y compañeros de trabajo, se desplazaron al municipio de Cauca para cumplir con una comisión de servicios.

2. Al finalizar la jornada laboral del 26 de octubre, se dirigieron a un hotel para descansar. Durante la noche del 26 y la madrugada del 27 de octubre de 2010, mientras RHO dormía, se despertó asustada al darse cuenta de que JGVL estaba en su cama, abrazándola con una mano y acariciando sus partes íntimas (senos y vagina) con la otra.

3. Inmediatamente, RHO lo empujó y le exigió respeto, advirtiéndole que no se equivocara con ella. JGVL, riéndose, le respondió que se tranquilizara y que se “dejara querer”, insistiendo en que “eso no duele”. A continuación, le expresó que ella le gustaba desde hacía mucho tiempo e intentó nuevamente realizar tocamientos, ante lo cual la víctima reaccionó de manera preventiva, lo que llevó a JGVL a retirarse a su propia cama.

4. Sin embargo, después de un tiempo, intentó nuevamente realizar actos sexuales, manifestándole que “no lo dejara así”. Ante esta situación, RHO decidió irse hacia la puerta de la habitación y pasar allí el resto de la noche.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DELITOS SEXUALES** - Conductas denominadas de «puerta cerrada» o de «privacidad», en las que el sujeto agente, por lo general, actúa sin la presencia de testigos / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: no está sometida a tarifa legal respecto del testigo único de cargo / **TESTIMONIO** - Víctima de delito sexual: valoración probatoria / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **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 / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - La reacción o mecanismo de defensa que asume la víctima es diverso / **DERECHOS SEXUALES DE LA MUJER** - Primacía de su consentimiento: el guardar silencio no equivale a su aprobación

«[...] el demandante falta a los principios de crítica vinculante y sustentación suficiente, toda vez que desconoce la Sala en qué consiste el yerro de raciocinio que denuncia, cuál en concreto fue el aspecto supuesto o indebidamente apreciado y porqué la tesis delictiva del Tribunal esta

permeada por la duda en torno a la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del encartado.

Contrario a este razonamiento, el testimonio de la víctima revela que en la madrugada del 27 de octubre de 2010, en la habitación del hotel en Cauca, Antioquia, solo estaban presentes RHU y el procesado JGVL. Esta situación implica que solo ellos dos pudieron ser testigos de los hechos ocurridos esa madrugada. Por lo tanto, en un delito sexual ocurrido a puerta cerrada, el testimonio de la víctima es crucial. El recurrente ignora tanto el principio de libertad probatoria como el de libre valoración, que faculta a los falladores para que analicen el testimonio considerando las condiciones personales del testigo, su capacidad de recordar y evocar hechos, y cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad.

[...]

Además, el recurrente sostiene que el Tribunal otorgó credibilidad al testimonio de la víctima basándose innecesariamente en una perspectiva de género, lo que, según su criterio, "acomodó" la versión de la víctima a la normativa sobre incapacidad de resistir debido a su condición de mujer. No obstante, esta afirmación tergiversa la verdad material del fallo y es jurídicamente incorrecta.

La perspectiva de género no es una opción ni una facultad discrecional al valorar el testimonio de una víctima de delitos contra la libertad, formación e integridad sexual, como el que se examina en este caso. Este enfoque constituye una obligación constitucional y supraconstitucional que los operadores de justicia deben cumplir al valorar la prueba. Su propósito es garantizar que las decisiones judiciales no se vean afectadas por estereotipos o prejuicios de género.

La omisión de este enfoque, constituiría, ahora sí, en un error valorativo de la prueba, ya que su desconocimiento se refleja en razonamientos inductivos inadmisibles, tales como inferir el consentimiento de la víctima de delitos sexuales a partir de su silencio o la falta de resistencia física, entre otros. La falta de aplicación de la perspectiva de género no solo implica un incumplimiento normativo, sino que también vulnera los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas.

La Sala ha precisado enfáticamente que la perspectiva de género no elimina el estándar probatorio requerido para dictar una condena, ni obliga a aceptar automáticamente el testimonio de quienes denuncian violencia sexual. En cambio, exige que la valoración de la prueba se

realice sin recurrir a argumentos o inferencias basadas en estereotipos de género. Este mandato es vinculante para las autoridades judiciales sin que de ninguna manera se constituya como puerta de entrada al desconocimiento de las garantías fundamentales de los procesados, tal y como lo plantea el censor»

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Variación de la calificación jurídica: respeto del núcleo fáctico contenido en la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de acto sexual violento a acto sexual abusivo con incapaz de resistir / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Incapacidad de resistir: concepto / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Estado de inconsciencia: sueño

«En el caso concreto, la Sala encuentra que el núcleo fáctico se mantuvo inalterado desde la audiencia de formulación de imputación hasta la sentencia condenatoria. El fallo es fácticamente congruente con la comunicación y la formulación de los cargos.

[...]

De esta relación de hechos aparece claro que la Fiscalía sentó la premisa fáctica de la acusación y que ésta permaneció inalterada durante toda la actuación, incluyendo las sentencias de instancia.

En lo que tiene que ver con la calificación jurídica, la Fiscalía en la acusación le atribuyó al procesado el delito de acto sexual violento, a título de autor. En el fallo de primera instancia, el juzgador condenó por el delito de acto sexual violento, mientras que la decisión de segunda instancia si bien mantuvo el carácter condenatorio del fallo, modificó la calificación jurídica a acto sexual abusivo con incapaz de resistir. [...]

Refulge para la Sala que la argumentación aportada por el fallador de segunda instancia observa los derroteros fijados para que opere la modificación de la calificación jurídica, estos son: (i) que se mantuvo la congruencia fáctica entre la acusación y el fallo impugnado; (ii) la conducta por la que se emite condena resultó de igual entidad punitiva a la propuesta en la acusación, (iii) el delito por el que se condena debe ser del

mismo género de los incluidos en la acusación, y (iv) que con el cambio de calificación jurídica no se cause perjuicio a los sujetos procesales y demás intervinientes.

De esta manera, queda claro que el Tribunal no alteró el núcleo fáctico de la imputación. Frente a este punto cabe aclarar que una cosa es que en la sentencia se cambien -por supresión, adición o tergiversación- los hechos planteados por la Fiscalía en la acusación (lo que no ocurrió en este caso), y otra muy distinta que se discuta sobre el sentido y alcance de los hechos descritos en abstracto por el legislador como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, pues esto último, sin duda, está en el ámbito de la interpretación y aplicación de la ley.

La anterior aclaración es necesaria porque, durante su intervención, el impugnante sostuvo que si bien ambos delitos son de carácter sexual, se sorprendió a la defensa sobre el hecho de que la víctima se encontrara en un estado que le permitiera resistir la agresión sexual., por lo que, a su parecer, el Tribunal alteró el núcleo fáctico de la acusación.

De acuerdo a las probanzas de este asunto, desde la acusación, como ya se dijo, la defensa conoció que la Fiscalía al fijar los hechos jurídicamente relevantes en la acusación, puso de presente que la agresión sexual en contra de la víctima se produjo mientras ella dormía en la habitación que para la madrugada del 27 de octubre de 2020 compartía con el procesado.

Así las cosas, La Sala, ha señalado presupuestos claros con ocasión a definir los delitos de índole sexual que el legislador pretendió proteger: "(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, pudiera contar con su aquiescencia."

Ahora, tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esto es, el acto sexual abusivo con incapaz de resistir, se pueden verificar, entre otras hipótesis, con persona en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir", es decir, estar en condiciones que no le permiten comprender esa actividad sexual o prestar su consentimiento para ello.

Así, su materialidad se constituye más que en la realización del comportamiento libidinoso, el que este se haya producido valiéndose de la imposibilidad de la víctima para comprender o autorizar dicho encuentro, teniendo en cuenta que en tales circunstancias "se enerva su libertad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de

su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea".

[...]

De manera que, los casos en que la víctima se encuentra en circunstancias de inconsciencia, son entendidos como episodios temporales durante los cuales la persona está en imposibilidad de manifestar su aceptación o rechazo, entre otros, por el sueño y las condiciones de disminución de los sentidos, que impiden reacción oportuna al ataque, aspectos sobre los cuales la Sala tiene dicho:

"Estado de inconsciencia es la perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, la inconsciencia es despersonalización, aunque psicológicamente la víctima oponga relativa resistencia acorde con su inteligencia normal y su afectividad constante, a las agresiones físicas o que atentan contra los principios y virtudes forjados durante su existencia, es decir, para su configuración no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor. (...)

Así, los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones"

De lo anterior se desprende, contrario a lo argumentado por el libelista, que para la estructuración del tipo penal de acto sexual con persona en incapacidad de resistir no se exige que el sujeto pasivo llegue al estado de inconsciencia plena, suficiente es que a consecuencia del sueño se altere su proceso síquico al punto que no comprenda lo que ocurre a su alrededor».



## Inicio

9. **FEMINICIDIO** - Tentativa: se presenta aun cuando la víctima resulte ilesa / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, no abarca el que los actos de ejecución hubieren alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución del resultado / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, idoneidad de los actos, su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior

La Sala Penal resolvió el recurso extraordinario de casación promovido por el defensor de JLGR, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 56 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó al implicado, como autor responsable del delito de feminicidio agravado.

La Corte no casó la providencia recurrida, al considerar demostrado, más allá de toda duda razonable, que el procesado perpetró la conducta delictiva de feminicidio agravado en grado de tentativa en contra de la señora YPBH.

Para llegar a la anterior conclusión, analizó la idoneidad de los actos ejecutivos desplegados por el acusado desde el contexto de dominación previa y el asedio constante al que sometió a YPBH; pues a pesar de su separación, intentó controlarla con amenazas y agresiones físicas, como si fuera de su propiedad.

En ese orden de ideas, la Sala puntualizó que, JLGR anunció que mataría a YPBH, pero debido a circunstancias fuera de su control, no pudo llevar a cabo su plan delictivo original; es decir, sus actos estuvieron inequívocamente dirigidos a causar la muerte de su expareja; ello acorde con la letalidad del arma que portaba.

**SP1597-2024(57160) de 26/06/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. JLGR y YPBH convivieron en unión libre por un lapso aproximado de cinco años, tiempo durante el cual procrearon a dos hijos varones. Al cabo de ese tiempo, ella decidió separarse de su compañero, pues, este, permanentemente, la agredía física y psicológicamente,

comportamiento agresivo que acentuaba cuando se encontraba bajo el influjo de sustancias estupefacientes, lo que la llevó a fijar su residencia, junto con sus descendientes, en un inmueble ubicado en la localidad de Usme, en Bogotá.

2. Posteriormente, luego de su separación, en horas de la tarde del 4 de julio de 2018, encontrándose ella en su casa, junto a su hijo menor J.E.G.B., de tres años, arribó JLGR, requiriéndola para que saliera del inmueble y manifestándole que iba a acabar con su vida porque «si no era para él no iba a ser para nadie». Como YPBH se negó a ese requerimiento, JLGR decidió ingresar por el techo a la vivienda.

3. YPBH intentó salir con su hijo en brazos, pero fue impedida por el agresor, quien la interceptó en la puerta del inmueble, armado con una navaja. En ese momento, vista la intención de YPBH, de resguardarse nuevamente en la vivienda, aun sosteniendo al menor en sus brazos, JLGR le asestó dos puñaladas en cada una de sus piernas, a la altura de los muslos, ataque que se interrumpió gracias a la oportuna aparición de miembros de la Policía Nacional, los cuales materializaron su aprehensión y el consecuente traslado de la víctima a un centro asistencial.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FEMINICIDIO** - Agravado: demostración / **FEMINICIDIO** - Violencia contra la mujer: está dirigida a perpetuar el estado de dominación que se ejerce sobre la mujer y mantener las circunstancias de discriminación a las que está sometida / **FEMINICIDIO** - Tentativa: se presenta aun cuando la víctima resulte ilesa / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, no abarca el que los actos de ejecución hubieren alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución del resultado / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, demostración, no está sometida a tarifa legal / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, idoneidad de los actos, su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure por circunstancias ajenas a su voluntad

«Para empezar, es necesario auscultar la prueba construida respecto del contexto de la relación que sostenían el procesado y la víctima para la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, el 4 de julio de 2018, pues, acorde con la pretensión



incriminadora del ente persecutor, se acompasa con el ciclo de violencia física y psicológica que ejerció el acusado contra su expareja sentimental, incluso, luego de finiquitada la convivencia.

Es así como, respecto de la prueba de cargo, la Fiscalía, en primer lugar, presentó a la víctima, Y.P.B.H., quien, en sesión de 26 de marzo de 2019, bajo el evidente abatimiento y desconsuelo, exteriorizados en el llanto que permanentemente acompañó su exposición, narró de manera precisa, coherente e hilvanada, en presencia del acusado, todas las vicisitudes que circundaron lo que inicialmente se constituyó como un proyecto de vida con G.R., con quien, por el espacio de cinco años permaneció en unión libre, lapso en el que procrearon dos hijos varones, solo que en ese contexto familiar proliferó, de parte de aquél, el deseo de someterla y desvalorarla, maltratándola de manera física y psicológica, aspectos que condujeron a la ofendida a finiquitar ese vínculo y ubicarse con sus hijos en otra vivienda.

[...]

Este ultraje sistemático desplegado por el implicado no se llevó al conocimiento del juez solo con este apartado de la deponencia de la víctima.

En la misma sesión del juicio oral la delegada del ente persecutor presentó a la testigo L.M.H.O., madre de Y.P., quien refirió que, directamente, en algunas ocasiones vivenció el comportamiento agresivo desplegado por G.R. en contra de su hija, pues, la agredía a golpes y amenazaba con una navaja, precisando que en una oportunidad la intentó apuñalar por la espalda, cuando se encontraba en estado de gestación.

Esta deponente también fue enfática en señalar que, aun después de separados, el implicado continuó agrediendo a su hija, manifestándole que «si no es para él no será para nadie». Además, percibió en su descendiente una actitud nerviosa, al extremo de decidir encerrarse por un tiempo, por temor a que G.R. terminara con su vida, lo que acompasa con que, en alguna ocasión, escuchó de él amenazas de muerte en contra de Y.P.

Ahora bien, para contrarrestar ese contexto o ciclo de violencia en que el implicado sumió a la víctima, la defensa presentó como testigos de descargo a L.L.G.R., C.I.R.A. y al propio A.L.G.R., tratándose, las dos primeras deponentes, de la hermana y madre del procesado, respectivamente.

Empero, pese al marcado interés de los familiares del implicado por favorecerlo, pues, entre otros aspectos, manifestaron no tener conocimiento de algún acto perpetrador de violencia contra su

expareja, al punto, acotaron, que era la víctima quien mostraba un comportamiento violento y agresivo en contra del acusado, lo cierto es que, de lo expuesto por la madre de este se corrobora la existencia de una relación conflictiva entre su hijo y Y.P., entre otros aspectos, por el asiduo consumo de bazuco por parte de G.R., quien, valga señalarlo, en su declaración, además de asentir en el descontento de ella por su adicción, no reportó el desmedido maltrato por parte de su excompañera, de la manera en que lo refirió su progenitora, hechos que, por lo demás, según esta última deponente, tampoco fueron puestos en conocimiento de autoridad alguna.

Adicionalmente, también de la declaración de la señora R.A., logra percibirse la marcada intención opresiva que recibió la víctima, por su condición de mujer, cuando convivió en la casa de su suegra, pues, al ser contrainterrogada por la Fiscal Delegada, para que explicara «¿por qué le manifestó a la señora P. que el hombre es la cabeza y la mujer es la columna?» la testigo contestó: «...el hombre es el que debe proveer y la mujer es la que debe cuidar sus hijos, la que debe estar pendiente de sus hijos de...», y si bien, a renglón seguido, la declarante extendió su respuesta señalando que tanto el hombre como la mujer tienen que contribuir de manera equitativa a las responsabilidades del hogar, deviene notorio que esta última explicación solo la exteriorizó como salida al sinsentido de su afirmación inicial.

En este contexto, la exposición de la señora R.A., no logra minar la credibilidad otorgada a la víctima, pues, por el contrario, devela el apoyo irrestricto a su hijo para someter a Y.P. al confinamiento de su hogar, en un claro desvalor de su condición de mujer, ante la aferrada creencia de que su vida en pareja solo se circunscribía a ese ámbito, lo que, en efecto, pretendió materializar G.R.

De esta manera lo relató la afectada: «él no me dejaba trabajar, no me dejaba salir, él decía que las mujeres eran de la casa, que las mujeres no podían salir, tenían que atender a los maridos y los hombres eran los que mandaban en la casa y todo lo que ellos dijeran uno lo tenía que hacer»

Ahora bien, respecto de la existencia de «antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.», según lo consagra el artículo 104A, literal e), del Código Penal, acorde con la pretensión incriminadora del ente persecutor,

debe advertirse que su acreditación no se agota solo con la auscultación de las pruebas previamente ilustradas.

Así, la investigadora del C.T.I., L.S.M.M. -en declaración surtida en la misma sesión de juicio oral de 26 de marzo de 2019-, encargada, entre otras labores, de recibir la denuncia a Y.P., señaló que esta aportó otra noticia criminal interpuesta en contra de G.R., en hechos ocurridos, según el formato incorporado a la actuación, el 18 de marzo de 2017, cuando «...siendo aproximadamente las 01:00 A.M., me encontraba descansando en mi residencia y recibí una llamada telefónica de mi ex pareja J.L.G.R...quien me dijo palabras soeces y que le dijeron que yo tenía nueva pareja y que él eso no lo aceptaba y que si él me miraba con un hombre él me mataba y me pagaba con dignidad, y que si no me mataba me dejaba lisiada en una silla de ruedas...»

Acorde con ello, la víctima en su declaración hizo mención a la existencia de tres medidas de protección emitidas a su favor, en atención a las recurrentes agresiones y amenazas que en contra de su vida recibió de G.R., información que develó cuando narró una golpiza que este le propinó en el mes de diciembre de 2017, pese a tener orden restrictiva para no acercársele, prohibición que, anota, tampoco tuvo efecto en los policiales del CAI que conocieron del caso y lo dejaron en libertad, pese a que les exhibió dicho documento.

Incluso, el propio implicado se encargó de reforzar la veracidad de la información suministrada por la víctima, cuando, en su declaración, evocando el mismo episodio, reconoció la emisión de una medida de protección dispuesta a favor de su expareja.

Ineludiblemente, ese contexto de violencia psicológica y física que viene de ilustrarse, lo proyectó el acusado en contra de su expareja, en los hechos acaecidos el 4 de julio de 2018.

[...]

Desde luego, la demostración pericial de que la víctima estuvo cerca de fallecer puede incidir en la dosificación judicial de la pena, para la cual, en el caso del delito tentado, es relevante establecer «el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo». Una prueba de esa naturaleza, entonces, podrá conllevar una mayor respuesta punitiva, pero en modo alguno resulta indispensable para calificar la idoneidad de los medios desplegados. (CSJ SP1175-2020, junio 10 de 2020, Rad. 52341).

De tal manera que, para el asunto que ocupa la atención de la Sala, es evidente que el censor se alejó del contexto ex ante que gobierna la

determinación de las lesiones causadas a la ofendida, cuya objetiva verificación conduce, de manera irrefutable, a establecer que el implicado emprendió actos idóneos, con la virtualidad de causar la muerte de su excompañera.

Conforme lo precisó el Tribunal, al juicio oral y público fue convocado el médico forense, doctor A.G.L., quien signó el dictamen médico legal en el que describió las heridas advertidas en el cuerpo de la víctima.

En efecto, en la misma sesión de audiencia que viene de reseñarse, ratificó de manera espontánea y bajo su conocimiento especializado -lo que descarta la presunta inducción a la que sin sustento se refirió el recurrente-, que Y.P. presentó dos heridas provocadas con mecanismo traumático de lesión, corto punzante, en cada uno de sus muslos, cara anterolateral externa, daño físico que, si bien, precisó, no puso en riesgo la vida:

...anatómicamente en los muslos cruzan arterias y venas de gran calibre, principalmente la vena femoral y arteria femoral que, de haberse lesionado esta arteria, hubiese puesto en alto riesgo de fallecimiento al paciente, aun recibiendo la atención médica, dado que es un gran calibre, el flujo sanguíneo es bastante alto y de no recibir atención oportuna se corre bastante riesgo de fallecer.

[...]

Pese a que el Tribunal no hizo mención del referido cuestionario practicado por la defensa y las consecuentes respuestas dadas por el deponente, con lo que, consideró el censor, incurrió el juez colegiado en falso juicio de identidad, lo cierto es que deviene intrascendente la información suministrada por el galeno, en aras de auspiciar la tesis defensiva.

Ello, no solo porque, según se colige de los datos suministrados por el deponente, en definitiva, no le fue posible determinar si la profundidad de las heridas percibidas en Y.P. pudieron afectar las arterias y venas con la virtualidad de poner en riesgo su vida, pues, se encontraban suturadas, sino porque, conforme al criterio jurisprudencial traído a colación, la ausencia de letalidad de las lesiones evidenciadas, no desvirtúa la idoneidad de los medios desplegados por el agresor para segar la vida de la persona.

No admite controversia que, previo a los hechos ventilados en esta actuación, el acusado tenía por sentado que atentaría contra la vida de Y.P., pues, en una clara muestra de dominación, latía en él la idea de querer tenerla a su lado a como diera lugar, lo que en efecto reiteró el 4 de julio de 2018, cuando, de alguna manera, se enteró

que su expareja se encontraba en la vivienda con otra persona, «J»

Ese fue el suceso detonante para que G.R. arremetiera contra la víctima, en lugar de la reticencia de esta última por dejarle ver a sus hijos, como lo enunció el censor, explicación, por demás, que ni siquiera coincide con lo espetado durante el hecho por el implicado, quien, armado con una navaja, manifestó «perra, salga que yo si la mato porque si usted no es mía nunca va ser de nadie. Luego de ello, intentó ingresar al inmueble.

La reacción de Y.P., quien se hallaba, en ese momento, sola con su hijo, se dirigió a superar el ostensible estado de indefensión en el que se encontraba, intentado salir de la casa, cargando en brazos al menor; pero, fue interceptada por el acusado a la salida del inmueble.

Es justo en ese momento en que el implicado, para cumplir con su cometido homicida, realizó múltiples lances con el arma corto punzante, sin que lograra propinarle ninguna puñalada en la parte superior de su cuerpo, debido, precisamente, a las maniobras evasivas desplegadas por Y.P., quien intentó reingresar al inmueble y cerrar la puerta, sumado a que su hijo de 3 años, fungió, para ese instante, como una suerte de escudo, pues, conforme lo detalló la víctima, siempre lo tuvo alzado y nunca le dio la espalda al agresor, lo que, valga señalarlo, resultó coherente con la ubicación de las heridas que terminó por causarle el procesado en sus piernas, cuando pudo asestar dos estocadas.

La realidad precedente, desde luego, descarta la exposición de G.R., quien, en confusa narración señaló que las puñaladas que asestó a Y.P., se las propinó en medio de una contienda, en la que también intervenía un sujeto nominado «J.»

Es evidente que en la agresión no intervino ningún tercero, como lo expuso con claridad la víctima, enfática en sostener que a la llegada del

acusado sólo se hallaban en la vivienda ella y su hijo menor.

Adicionalmente, se tiene que el patrullero C.S.O., en la misma vista pública de juzgamiento, declaró que, cuando arribó al sitio para atender el llamado de la central policial, observó al implicado portando una navaja y ubicado en la puerta de la vivienda, en actitud amenazante, por lo que, tras permitir la ofendida su ingreso, apreció que esta presentaba dos lesiones, aunado que en ese lugar solo se encontraban esta y su hijo.

[...]

Así las cosas, tras verificar la manera en que se desarrolló la agresión, se itera, acorde con la credibilidad otorgada a la exposición de la víctima, se tiene que los actos ejecutivos desplegados por G.R., además de idóneos, estuvieron inequívocamente dirigidos a causar la muerte de su expareja.

Ello acorde con la letalidad del arma que portaba, la cual, indiscriminadamente utilizó en contra de la afectada, logrando impactarla en una zona corporal, en todo caso, como lo explicó el médico legista, con la potencialidad de poner en riesgo su vida.

Se suma a lo anterior, la relación de dominación previa, al asedio constante al que G.R. sometió a Y.P., en contra de quien, aun con posterioridad a su separación, con actos de intimidación y agresiones físicas, quiso mantenerla bajo su dominio, como si fuera «suya», anunciando que de no ser así acabaría con su vida, como en efecto lo expresó y pretendió el día de marras, solo que, por circunstancias ajenas a su voluntad, como se explicó en precedencia, le fue imposible perfeccionar su cometido delictivo inicial».

**10. FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN** - Facultades discrecionales para la asignación de procesos / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Tipo penal en blanco: algunos actos administrativos, ostentan vocación normativa integradora / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Delito de mera conducta / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Antijuridicidad: se configura cuando se constata la infracción del deber / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Se configura: cuando el fiscal retarda, de manera injustificada, el cumplimiento de la orden de reasignación de procesos

La Sala de Casación Penal, desató el recurso de apelación interpuesto por GAOP y por su defensor, en contra de la sentencia proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que lo condenó por la comisión del delito de prevaricato por omisión.

En el presente caso, la Sala Penal confirmó la decisión de primera instancia, al encontrar que la conducta desplegada por el fiscal GAOP, además de típica, resultó formal y materialmente antijurídica.

Al respecto, expuso que, si bien el prevaricato por omisión es un tipo penal en blanco, las normas del ordenamiento jurídico que lo proveen de contenido, no se limitan a la ley en sentido estricto o a la Constitución, pues algunos actos administrativos, como lo es la orden de reasignación de investigaciones, ostentan vocación normativa integradora.

Sumado a lo visto, la Sala concluyó que el procesado no tenía la competencia para declarar la ilegalidad de la resolución ni para sustraerse de su cumplimiento, ya que disponía de vías legales adecuadas para hacerlo.

**SP2063-2024(66370) de 31/07/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. Mediante Resolución 0180 de 20 de febrero de 2018 el Fiscal General de la Nación, dispuso variar la asignación, para su consecuente remisión ante la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, de dos investigaciones, inicialmente asignadas a la Fiscalía 56 Seccional de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico de Barranquilla.

2. No obstante, GAOP, para entonces titular del despacho requerido, retardó injustificadamente por más de tres meses el cumplimiento de lo dispuesto por el Fiscal General.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN** - Facultades administrativas / **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN** - Facultades discrecionales para la asignación de procesos / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Tipo penal en blanco: algunos actos administrativos, ostentan vocación normativa integradora / **ACTO ADMINISTRATIVO** - Presunción de legalidad: hasta tanto no sea declarado nulo / **ACTO ADMINISTRATIVO** - Elementos

«Como se expuso en precedencia (supra §1), el prevaricato por omisión es un tipo penal en blanco y consiguientemente, supone su integración con otras normas del ordenamiento jurídico que lo proveen de contenido. Empero, contrario a lo que proponen los recurrentes, esas normas complementarias del tipo no se limitan a la ley en sentido estricto o a la Constitución pues, como se explicará, algunos actos administrativos, como la Resolución 00180 de 2018, ostentan vocación normativa integradora.

En primer lugar, es importante recordar que, conforme lo tiene decantado de antaño la jurisprudencia del Consejo de Estado, los actos administrativos constituyen «la unilateral expresión de voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracto, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto»

Pese a su rango inferior, los actos de la administración constituyen, en esencia, un desarrollo material de los contenidos de la ley así como de los principios y cometidos constitucionales del Estado; preceptos de orden superior a los cuales los actos de las autoridades del Estado se encuentran ligados, en virtud de una relación de sujeción permanente e irrestricta que responde al principio de jerarquía normativa. En efecto, la complejidad y variedad de las funciones básicas que debe acometer el Estado tornan impracticable la pretensión de una regulación legal o constitucional directa de la totalidad de situaciones jurídicas que puedan surgir en desarrollo de la cotidianidad.

Precisamente, la Corte Constitucional ha destacado que «la Constitución no es un huevo jurídico originario a partir del cual pueda preverse con detalle la regulación de todos y cada



uno de los asuntos de la vida (...)). De ahí que el sistema -u ordenamiento- jurídico que encabeza la Constitución Política (art. 4° C.N), requiera de una subdivisión estratificada de sistemas normativos -leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, reglamentos- administrados por diferentes autoridades.

Los preceptos constitucionales, en ese ámbito de compartimentación de la función pública, confieren facultades a las autoridades de diferente nivel para manifestar la voluntad del Estado, en un marco reglado de discrecionalidad. No concita perplejidad, entonces, que el acto administrativo, como expresión jurídica institucional, puede concebirse como un ente abstracto integrante del sistema normativo que rige la sociedad y, subsecuentemente, constituir fuente legítima de deberes, derechos y obligaciones.

Lo expuesto sirve de fundamento para establecer que, dada su naturaleza genitora de mandatos -positivos y negativos- constitucionalmente legitimados, los actos de las autoridades revisten capacidad para integrar, según las circunstancias, el núcleo prohibitivo de los tipos penales en blanco.

Tal comprensión ha sido prohijada por la jurisprudencia.

En efecto, la Sala ha reconocido la condición, como norma de reenvío, de las resoluciones expedidas por el Fiscal General de la Nación en ejercicio de sus funciones constitucionales.

[...]

En concordancia, las autoridades que integran la Rama Judicial, entre ellas la fiscalía general de la Nación, en cuanto es de interés para el presente asunto, no solo expiden decisiones en el ámbito jurisdiccional, sino determinaciones administrativas orientadas a garantizar el funcionamiento armónico de la institución.

[...] en virtud del principio de autonomía, un fiscal tiene la libertad de -entre otras cosas- adoptar el derrotero investigativo que estime expedito para establecer la existencia de una conducta punible, así como para emitir un juicio de imputación contra el responsable. Por su parte, en razón de los principios de unidad de gestión y jerarquía, los delegados del Fiscal General de la Nación, como miembros integrantes de un cuerpo institucional unificado, deben acatar las directrices de orden administrativo y organizacional que aquel expida.

No es deseable ni compatible, pues, con los fines constitucionales, que el principal órgano de

persecución penal del Estado, opere bajo un modelo de atomización institucional.

En este caso, lo primero a resaltar es que la Resolución 00180 de 2018 fue emitida por el Fiscal General de la Nación, al amparo de las facultades previstas en el artículo 251.3 constitucional:

[...]

Al no constituir una decisión de orden jurisdiccional, como, por ejemplo, las contenidas en el canon 251.1 del mismo ordenamiento superior, la orden de reasignación de investigaciones constituye un acto no jurisdiccional y, subsecuentemente, tanto su producción como sus efectos, se encontraban sujetos al régimen del derecho administrativo.

Así las cosas, al contener la prescripción de un deber individual de carácter funcional, fundado en los principios constitucionales de unidad de gestión y jerarquía, del cual era destinatario directo el fiscal G.A.O.P., la Resolución 00180 de 2018 constituía un acto administrativo con plena capacidad para complementar, a modo de ingrediente normativo extrapenal, el tipo de prevaricato por omisión para el caso concreto.

La defensa técnica critica que «la fiscalía no entregó al tribunal la norma concreta que le permitía sustentar la existencia del retardo en el actuar» del procesado, pues las disposiciones a que hizo alusión el fallo de primer grado, concretamente el artículo 251.3 de la Constitución Política, el canon 4.4 del Decreto 016 de 2014, la sentencia C-873 de 2003 de la Corte Constitucional, el artículo 7.3 de la Resolución 0689 de 28 de marzo de 2012 expedida por la Fiscalía General de la Nación, así como el artículo 116.2 de la Ley 906 de 2004, se refieren a las facultades del titular del ente de persecución penal, pero en modo alguno condensan deberes funcionales que directamente vinculen al fiscal G.A.O.P.

No obstante, las disposiciones evocadas por el Tribunal, concernientes tanto al trámite como a las facultades que le asisten al Fiscal General de la Nación para asumir personalmente o reasignar, entre sus delegados, las investigaciones que cursan en la entidad, más que normas integrantes del núcleo prohibitivo de la conducta materia de juicio -como lo comprende el recurrente-, se trataba de preceptos que le conferían validez a la orden impartida por el Fiscal General de la Nación.

De otra parte, los opugnadores sostienen que G.A.O.P. no se encontraba obligado a acatar la orden impartida por el Fiscal General de la Nación, pues se trataba de un acto que adolecía

de ilegalidad a más de defectos de motivación, ya que su expedición obedeció a los «actos fraudulentos» y de «influencia que al parecer estaban ejerciendo los denunciantes en niveles superiores de esa seccional para manipular los casos promovidos por ellos y en su contra»; con lo cual se conculcaron derechos fundamentales en perjuicio del acusado.

Buena parte de la actividad probatoria defensiva se enfocó a demostrar, justamente, las incidencias que en el ámbito judicial ha tenido la conocida pugna por el control de la Fundación A.B., el Hospital U.M.B. y la U.M.B., y que involucra no solo a varios funcionarios judiciales de esa ciudad - incluso a un exsenador de la República condenado-, sino a quienes ostentan la condición de denunciantes dentro del presente asunto.

Precisamente, en desarrollo del debate contradictorio, G.A.O.P. enfatizó en los defectos de motivación de la determinación adoptada por el Fiscal General, tras considerar que el concepto emitido por el Comité Técnico Jurídico y de Priorización presidido por la directora seccional de fiscalías, Á.M.B.V., en torno al cual se fundamentó la Resolución 00180 de 2018, «(...) fue sesgado; un concepto donde ella está afirmando cosas que no son ciertas. Yo creo que lo único cierto era que se llevaban del despacho eran carpetas donde el hoy denunciante, en mi caso, fungía como denunciante y en otros fungía como denunciado»

No obstante, al tratarse de una resolución emanada del Fiscal General en ejercicio de sus facultades administrativas, la orden de reasignación de los procesos, en cuanto acto sujeto a las reglas del derecho administrativo según se explicó (supra § 2.3.4), no podía desatarse, sin más, por su destinatario directo.

La razón es que se trataba de una decisión amparada por la presunción -iuris tantum- de legalidad (art. 88, Ley 1437 de 2011). De tal suerte, el sendero expedito del que podía servirse el procesado para rebatir la legalidad o los defectos de motivación de dicha orden, no era, de ninguna manera, el de su llana inobservancia. En su lugar, la legislación nacional tiene previstos mecanismos jurisdiccionales -los medios de control desarrollados en la Ley 1437 de 2011- dispuestos para excluir del ordenamiento jurídico los actos contrarios a la Constitución y la ley e incluso para lograr el restablecimiento de derechos.

Téngase en cuenta que, en virtud de los principios de ejecutividad y de presunción de legalidad de los actos administrativos (art. 88, Ley 1437 de 2011), las manifestaciones de voluntad de las autoridades están llamadas a

producir plenos efectos jurídicos desde su vigencia, siempre que jurisdiccionalmente no se suspendan o se declare su nulidad.

Por lo tanto, al sustraerse deliberadamente del cumplimiento de lo ordenado por el Fiscal General de la Nación, so pretexto de supuestas irregularidades, G.A.O.P. se arrogó arbitrariamente la facultad de ejercer una suerte de control difuso de legalidad respecto de la Resolución 00180 de 2018; acto que, para la época de los hechos, surtía plenos efectos jurídicos en tanto que no había sido excluido del ordenamiento en virtud de control jurisdiccional.

El procesado, entonces, no podía, motu proprio, privar a dicha determinación de sus atributos de ejecutividad, presunción de legalidad y obligatoriedad (arts. 87 a 92, Ley 1437 de 2011).

Como lo enseña la jurisprudencia del Consejo de Estado, es a esa Corporación a la que compete conocer de los medios de control que se promuevan contra las resoluciones emanadas por las autoridades de orden nacional como la Fiscalía General de la Nación.

Por ello, se insiste, si el fiscal O.P., conocedor del derecho, tenía reparos en torno a la legalidad de la Resolución 00180 de 2018 y consideraba que sus derechos fundamentales estaban siendo conculcados, lo propio es que, tratándose de un acto ejecutoriado -pues en su contra no procedía recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en dicho acto administrativo así como en el artículo 7.3 de la Resolución 00689 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación-, hubiese acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, de ser el caso, solicitar medidas precautelativas de suspensión orientadas a una cesación de los efectos presuntamente adversos de los que adolecía tal determinación.

El proceso penal no se encuentra instituido para determinar, en el caso concreto, la sindéresis de la resolución cuestionada por el procesado; por ello, la Sala, en proveído CSJ AP3043-2023, rad. 64577, a través del cual se resolvió el recurso de apelación contra el auto proferido en audiencia preparatoria, indicó, precisamente, que los hechos atinentes a las supuestas irregularidades, presiones y manipulaciones que rodearon la emisión de la orden emitida por el Fiscal General, no guardan relación con los presupuestos fácticos de la conducta prevaricadora materia de juicio.

La Sala carece de competencia, subsecuentemente, para emitir juicios de valor en derredor de los presupuestos fácticos y normativos sobre los que se apoyó la Resolución 00180 de 2018, como pretende la defensa, pues,

se itera, ello no constituye premisa fáctica de la presente actuación.

Con fundamento en lo expuesto, (i) la orden de reasignación expedida por el Fiscal General de la Nación constituía, per se, fuente normativa de deberes funcionales y, de contera, tenía vocación como ingrediente normativo extrapenal; por otro lado, (ii) el fiscal O.P. carecía de competencia para declarar la ilegalidad de la resolución y, consecuentemente, sustraerse de su cumplimiento; para ello, disponía de senderos legales expeditos

[...]

Igualmente, en el ámbito de la tipicidad objetiva, los recurrentes aseguran que ni la Resolución 00180 de 2018, ni las disposiciones legales o constitucionales vigentes para la época de los hechos, fijaban un plazo para darle cumplimiento a lo ordenado por el Fiscal General.

Por tanto, el Tribunal no podía «colegir» o «suponer» que el acatamiento de lo ordenado tenía carácter «inmediato» para concluir, a partir de ello, que se había generado un retardo en los términos del artículo 414 del Código Penal. Es cierto que la orden aludida no consignó en su acápite resolutivo el término en que el fiscal 56 seccional debía remitir los expedientes [...] y [...] ante las Fiscalías Seccionales de Bogotá.

Empero, la ausencia de tal elemento no se traducía, como se proponen convencer los opugnadores, en que el destinatario de la determinación pudiera postergar indefinidamente y a su arbitrio el cumplimiento de tal mandato, como pasa a explicarse.

Según se indicó (supra § 2.3.4), el acto proferido por el Fiscal General al amparo de sus facultades no jurisdiccionales, se encontraba sujeto a las reglas del derecho administrativo.

En tales condiciones, se ofrece oportuno recordar que los actos administrativos, como la Sala lo ha destacado al amparo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, tiene tres elementos esenciales de los cuales emana su carácter obligatorio: existencia, validez y eficacia.

[...]

En el asunto que concita la atención de la Sala, la Resolución 00180 de 2018 satisfizo tales presupuestos en la medida que (i) se profirió por la autoridad estatal competente para ese efecto; (ii) en ejercicio de sus funciones constitucionales; y (iii) se le notificó a su destinatario, el fiscal G.A.O.P., el 23 de febrero de 2018, a través de correo electrónico.

A partir de ello, se desprende que se trataba de un acto plenamente apto para producir efectos jurídicos desde el momento de su notificación, máxime si en cuenta se tiene que dicha determinación se encontraba en firme, en tanto que contra la misma no procedía recurso alguno (art. 87.1, Ley 1437 de 2011). Adicionalmente, la sustancialidad del acápite resolutivo de la determinación adoptada por el Fiscal General, no revela condición previa de alguna estirpe a la que se supeditara la satisfacción de la orden allí plasmada. En modo adverso, la motivación consignada en el acto sugería, meridianamente, la premura de reasignar las investigaciones [...] y 2016 06053, dadas las «irregularidades» que se habían verificado a lo largo del trámite instructivo, y de las que incluso, como ya se vio, dio cuenta el procesado en juicio.

Muestra de ello es, justamente, que la reasignación de los expedientes en comento a los fiscales seccionales de Bogotá, se registró en la plataforma Sistema Penal Oral Acusatorio - SPOA-, el 28 de febrero de 2018, esto es, cinco días después de que se le notificara la decisión al fiscal O.P.

Lo expuesto, pone de relieve que la única interpretación que se ofrecía adecuada y coherente con los mandatos constitucionales, dadas las incidencias fácticas y jurídicas de la Resolución cuestionada por el procesado, es que se trataba de una orden de cumplimiento inmediato, como acertadamente lo comprendió el Tribunal.

De hecho, así también lo interpretó, en su momento, el fiscal G.A.O.P., pues el 27 de febrero de 2018, esto es, cuatro días después de que se le notificara la decisión aludida, aquel manifestó a la directora seccional de fiscalías que, dado el volumen de las carpetas y la ingente carga de trabajo, le resultaba «imposible darle cumplimiento de manera inmediata»; por esa razón, solicitó «un plazo hasta el día Viernes 02 de Marzo del cursante año, para enviar lo solicitado en debida forma».

Admitir que el cumplimiento de la determinación administrativa del Fiscal General de la Nación podría darse según el arbitrio personal del destinatario, como ahora lo consideran los opugnadores, conllevaría por lógica a asumir que los mandatos emanados en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, son de facultativo acatamiento para los servidores adscritos a esa entidad, lo que, sin ambages, resquebrajaría el diseño institucional del ente persecutor, desarrollado en la Carta Política.



Así las cosas, no existe perplejidad en torno a que, haber dilatado la remisión de las actuaciones por casi cuatro meses -los expedientes se remitieron el 6 y el 14 de junio de 2018-, cuando la orden emitida el 20 de febrero de 2018 por el Fiscal General de la Nación se preciaba de carácter inmediato, estructura la conducta alternativa retardar, del tipo penal de prevaricato por omisión»

**PREVARICATO POR OMISIÓN** - Tipicidad subjetiva: dolo, es indispensable que medie el conocimiento y la voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o función

«[...] no es plausible admitir, como lo presenta el opugnador, que el procesado es lego en el derecho. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que se trata de un profesional del derecho y que para el momento de los hechos, llevaba casi una década de vinculación a la Fiscalía General de la Nación, lo que constituye razón suficiente para establecer que tenía conocimiento tanto del diseño institucional de la entidad, como de las normas legales y constitucionales que regían su actividad como fiscal delegado.

En segundo término, porque G.A.O.P. actuó con el designio inequívoco de dilatar el cumplimiento inmediato de la orden impartida por el Fiscal General.

Ciertamente, luego de ser notificado de la resolución, el implicado, a través de correo electrónico dirigido a la directora seccional de fiscalías del Atlántico, Á.M.B., informó que le resultaba imposible acatar la orden de manera inmediata, fundamentalmente por el volumen de los expedientes y la carga laboral que para entonces tenía asignada. Se trataba, en principio, de un motivo plausible para postergar por un lapso razonable -hasta el 2 de marzo de 2018- el envío de los expedientes. Sin embargo, los oficios y escritos que sucedieron al anterior, antes referidos (supra § 2.1), contenían justificaciones al retardo en el envío de las carpetas, amparadas en motivos sustancialmente diversos a los expuestos en la primera misiva.

Entre las justificaciones, se destacan: (i) la solicitud de «reconsideración» que inicialmente le remitió O.P. al Fiscal General, fundada en las graves irregularidades en que habría incurrido la directora seccional de fiscalías que conceptuó favorablemente la reasignación de los expedientes; (ii) la conminación del implicado al Fiscal General, ante la respuesta negativa a reconsiderar el acto, para que profiriera una nueva resolución «revestida de legalidad»; (iii) la advertencia emitida por O.P. a la directora seccional encargada, según la cual se daría

cumplimiento a lo ordenado por el nivel central solo en la medida que Fiscal General reivindique sus derechos; (iv) la queja comunicada a la directora seccional por la supuesta «escalada acosadora por parte del nivel central» y la exigencia que, a través de ese oficio, le hizo al Fiscal General para que «tome los correctivos del caso»; (v) el comunicado a través del cual anunció que mantendría su «lucha hasta las últimas consecuencias» hasta que se dignifique su nombre, y reiteró la exigencia de rectificación de la resolución 00180; y (vi) el comunicado remitido al fiscal 139 seccional de Bogotá, a quien O.P. informó que solo remitiría uno de los expedientes reasignados cuando el Fiscal General reivindique sus derechos.

Tales manifestaciones revelan una pertinaz e indiferente actitud del fiscal O.P. frente a los requerimientos de sus superiores, pero esencialmente, muestran la ostensible falta de fundamentación jurídica de las excusas invocadas.

Ciertamente, de lo que se sirvió principalmente G.A.O.P. como insumo para justificar el retardo en la orden emitida, esto es, la solicitud de «reconsideración» contra la resolución del Fiscal General, carece de bases jurídicas.

En primer término, porque por expresa disposición de la Resolución 00180 de 2018 emitida por el Fiscal General de la Nación, plenamente conocida por su destinatario directo, contra dicha determinación no procedía recurso alguno.

De hecho, frente a la primera solicitud que el implicado elevó ante el director del ente de persecución penal, el coordinador del Grupo de Trabajo de Asignaciones Especiales de la Fiscalía le informó, desde el 8 de marzo de 2018, que tales mecanismos de control son improcedentes contra el acto cuestionado.

En efecto, el mecanismo de la reconsideración se encuentra desarrollado en el artículo 10 de la Resolución 1053 de 2017 de la Fiscalía General de la Nación, y procede exclusivamente contra las decisiones o recomendaciones que se adopten por los comités técnico-jurídicos de revisión de situaciones y casos. De modo subsecuente, la reconsideración resultaba abiertamente improcedente como mecanismo para rebatir resoluciones expedidas por el Fiscal General. Pese a ello, O.P. persistió en su negativa a remitir las actuaciones ante sus homólogos de Bogotá, hasta tanto el Fiscal General de la Nación no rectificara los considerandos de la Resolución 00180 y con ello, reivindicara los derechos



fundamentales que supuestamente se le conculcaron con ese acto.

Por tanto, no emerge duda en torno a que la renuencia al cumplimiento de la orden que se le impartió al procesado, lejos de constituir un medio legítimo de contradicción y reivindicación de derechos constitucionales, como pretende hacerse ver por la defensa, no fue otra cosa que ropaje para encubrir la subyacente y diáfana intención de retardar dicho mandato.

Ahora bien, sí, como el mismo procesado aseguró durante su intervención en juicio, (i) los indiciados dentro de los procesos [...] y [...] obstaculizaron mediante diferentes maniobras la consecución de los medios de convicción necesarios para proseguir con la investigación, sumado a que, (ii) en sus términos «no era mi interés quedarme con esas carpetas, no tenía ningún interés (...) en ningún momento quise que se asignaran a mi despacho otras carpetas», y que además (iii) tenía a cargo una ingente carga laboral, no resulta en modo alguno comprensible por qué retardó el cumplimiento de la orden de reasignación.

Si en verdad su interés no era otro que actuar con imparcialidad y ética «mi postura fue siempre imparcial, bajo los principios de ética», como afirmó, entonces lo razonable es que, en acatamiento de las disposiciones emanadas del Fiscal General de la Nación, contra las que no procedían recursos ordinarios o mecanismos

como la «reconsideración», hubiese remitido con celeridad los expedientes ante las autoridades de Bogotá.

Lo expuesto en precedencia permite establecer, como bien lo dedujo el Tribunal, que en el presente asunto el procesado no solo conocía la disposición a través de la cual se le impuso un deber inherente a sus funciones, sino que actuó con el propósito consciente de retardar, de manera inequívocamente injustificada, como se vio, el cumplimiento de la Resolución 00180 de 2018.

Así pues, los presupuestos cognitivo y volitivo del dolo, contrario a lo pretendido por el impugnante, se encuentran demostrados»

**PREVARICATO POR OMISIÓN** - Delito de mera conducta / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Antijuridicidad: se configura cuando se constata la infracción del deber / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Se configura: cuando el fiscal retarda, de manera injustificada, el cumplimiento de la orden de reasignación de procesos

«Para concluir en el asunto bajo examen que la conducta del procesado resultaba materialmente antijurídica, no se requería, como lo propone el censor, que se resquebrajara la confianza legítima de los asociados en la administración pública. Bastaba constatar la infracción del deber para predicar una puesta en peligro del bien jurídico»

## Inicio

**11. JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior, para afirmar que la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 es aplicable a casos de ley 906 de 2004 / **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** - Indemnización integral: prevista en la Ley 600 de 2000, es aplicable por favorabilidad a procesos regidos por la Ley 906 de 2004 / **INDEMNIZACIÓN INTEGRAL** - Cesación de procedimiento: oportunidad

La Sala de Casación Penal, declaró la extinción de la acción penal por indemnización integral adelantada contra JCGP, por el delito de lesiones personales culposas (arts. 111, 112 inc. 2°, 113 inc. 2°, 114 inc. 2, 117 y 120).

Consecuencialmente, decretó la cesación de todo procedimiento que por los hechos constitutivos del referido delito se siga en contra de JCGP.

En esta ocasión, la Sala Penal de la Corte revisó las dos posturas jurisprudenciales opuestas,

existentes sobre la admisión de la indemnización integral como causa de extinción de la acción penal bajo la Ley 906 de 2004, y decidió apartarse de la restrictiva, ya que no existe en la ley otro mecanismo para extinguir la acción penal por indemnización integral después del inicio del juicio oral.

Así, la Corte varió su tesis jurisprudencial actual para retomar la postura amplia inicial, que permite la indemnización integral, con el fundamento de que esta figura, aunque no está explícitamente prevista, se ajusta a la naturaleza restaurativa del procedimiento penal previsto en la Ley 906 de 2004.

**AP4757-2024(62286) de 21/08/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 30 de junio de 2014, JCGP se desplazaba por la vía que conduce de Zapatoca a San Vicente de Chucurí, Santander, a bordo de una camioneta. Iba a alta velocidad e invadiendo el carril contrario.

2. En el kilómetro 15, a la altura del sector conocido como la Cuchilla del Ramo, JCGP se estrelló con una motocicleta en la que se movilizaban EMM y YDG.

3. YDG resultó herida a consecuencia de este accidente. Dichas lesiones causaron una incapacidad médico legal definitiva de 60 días con secuelas.

4. El 14 de mayo de 2019, la Fiscalía le corrió traslado del escrito de acusación a JCGP, por el delito de lesiones personales culposas. El indiciado no aceptó los cargos.

5. Agotado el trámite de rigor, el 4 de marzo de 2022, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de San Vicente de Chucurí dictó sentencia condenatoria contra JCGP. La defensa apeló la sentencia.

6. El 13 de mayo de 2022, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en resolución de la alzada, confirmó integralmente el fallo de primera instancia. La defensa de JCGP instauró oportunamente el recurso extraordinario de casación contra esa determinación.

7. El 2 de noviembre de 2022, mediante correo electrónico, la defensa presentó una petición encaminada a que se declare la extinción de la acción penal por indemnización integral. En lo sustancial, se afirma que, el 18 de mayo de 2022, JCGP suscribió contrato de transacción con la víctima directa, las víctimas indirectas y el apoderado de las víctimas.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

### EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL -

Indemnización integral: procedencia

«En la Ley 906 de 2004, el esquema de reparación del daño fue desarrollado de la siguiente manera: [...]

No obstante, dicha normativa, que es bajo la cual se adelanta el presente trámite, no consagra la indemnización integral como causal de extinción de la acción penal, como sí sucede en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 [...]

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Indemnización integral: evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de integración:

prevalencia de la Ley 600 de 2000, salvo que no ofrezca solución al problema o ésta sea incompatible con la sistemática acusatoria, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - No derogó la Ley 600 de 2000 / **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** - Indemnización integral: prevista en la Ley 600 de 2000, es aplicable por favorabilidad a procesos regidos por la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Reparación del daño: la Ley 906 de 2004 no incluyó un evento de reparación en juicio oral, lo que se solucionó jurisprudencialmente con remisión a lo indicado en la Ley 600 de 2000, bajo el principio de favorabilidad

«[...] la Corte ha manejado dos posturas opuestas -una permisiva y otra restrictiva- frente a la admisión la indemnización integral como causal de extinción de la acción penal en los trámites adelantados bajo la óptica de la Ley 906 de 2004, como pasa a verse:

Postura amplia.

Por un lado, a partir de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35946, la Corte avaló la aplicación del instituto de la extinción de la acción penal por indemnización integral previsto en el art. 42 de la Ley 600 de 2000, que sí la regula, al procedimiento penal del 2004, en virtud del principio de favorabilidad, en cuanto a que se trataba de un instituto eminentemente provechoso para los procesados que se vieran involucrados en conductas de tipo culposos.

Lo anterior, debido a que:

«Para la Corte, la aplicación de esta figura en las condiciones reseñadas, no sólo no pervierte la naturaleza del sistema acusatorio, sino que político criminalmente se ajusta a sus necesidades y a la voluntad del legislador al implementarlo.

Ello se refleja porque resulta compatible con el modelo de justicia restaurativa inmerso en el sistema acusatorio, no sólo porque en el Libro VI se regula un programa en tal sentido, sino porque tal propósito es latente en las siguientes disposiciones de la Ley 906, con carácter de principio rector. Así, para empezar, en el artículo 10°, inciso cuarto, según el cual:

«El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales...».

De la misma forma, con los derechos de las víctimas y, particularmente con el estipulado en el literal c del artículo siguiente, en donde se prescribe que tienen derecho:

“c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código”.

E, igualmente, con el principio rector del restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 22, en donde se expresa que:

“Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal...”.

De modo que, ningún obstáculo encuentra la Sala para aplicar en esta coyuntura procesal la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral, más aún si con la solución aparecen satisfechas las demandas de justicia y verdad de la víctima [...]

Sin embargo, la aplicación del [sic] figura se tornará procedente siempre y cuando se satisfagan los presupuestos establecidos en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

En esa dirección conviene advertir que de tiempo atrás esta Corporación ha señalado que la solicitud de extinción de la acción penal por indemnización integral puede presentarse hasta antes de que se profiera fallo de casación.

Por ello, mientras no se dicte sentencia que decida sobre el libelo de casación o en tanto no se decida mediante auto inadmitir la respectiva demanda, asiste la oportunidad de solicitar la declaración de extinción de la acción penal por indemnización integral y la consecuente cesación de procedimiento, en cuanto que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado artículo de la Ley 600 de 2000, esto es, que el delito corresponda a alguno de los relacionados por el legislador en tal precepto, que se ha reparado integralmente el daño ocasionado de conformidad con el dictamen pericial a menos que medie acuerdo sobre su valor o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado y que dentro de los cinco años anteriores no se haya proferido en otro proceso preclusión de la investigación o cesación de procedimiento en su favor por el mismo motivo”.

Luego, en el auto CSJ AP7843, 16 nov. 2016, Rad.: 47990, esta Corporación reiteró dicha postura permisiva y agregó que, si bien no debe aplicarse la indemnización integral como causal de extinción de la acción penal de manera forzosa, ante el vacío de regulación en la Ley 906 de 2004, lo cierto es que dicha figura ofrece una

solución que es perfectamente compatible con la sistemática acusatoria.

Y es que, como la Ley 906 de 2004 no derogó la Ley 600 de 2000, es factible acudir a indemnización integral de la segunda en virtud de la integración normativa, “por ser de la misma especialidad, máxime cuando la Corte ha admitido que estos [sic] pueden ser aplicados por favorabilidad a casos del sistema penal acusatorio”.

En tales providencias, esta Corporación, en virtud de la aplicación de dicha figura en el ordenamiento previsto en la Ley 906 de 2004, declaró la extinción de la acción penal adelantada y, en consecuencia, decretó la cesación de todo procedimiento».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Indemnización integral: evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Reparación del daño: aplicación por favorabilidad del artículo 42 de la Ley 600, jurisprudencia relevante / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Reparación del daño: aplicación por favorabilidad del artículo 42 de la Ley 600, su naturaleza contraria los fines del sistema acusatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Reparación del daño: indemnización integral, procede exclusivamente en los términos y modalidades indicadas en la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Reparación del daño: indemnización integral, procede exclusivamente en los términos y modalidades indicadas en la Ley 906 de 2004, evolución jurisprudencial

«Postura restrictiva.

Luego, en el auto CSJ AP2671-2020, Rad.: 53293 la Corte modificó su postura al respecto. Explicó que la indemnización integral prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 no consulta la filosofía del sistema acusatorio vigente en Colombia y, por consiguiente, la reparación del daño, bajo la óptica de la indemnización integral, solo es viable en los procesos seguidos bajo el rito de la Ley 906 de 2004, exclusivamente, en los términos y modalidades indicadas en esa codificación.

[...] a partir de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35496, esta Corporación determinó que no es viable extinguir la acción penal por indemnización integral durante el juicio ni, por supuesto, con posterioridad a él.

Como dicho cambio jurisprudencial fue desfavorable y así lo reconoció la Sala, la Corte advirtió que el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 debía continuarse aplicando para aquellos

asuntos adelantados bajo el rito de la Ley 906 de 2004 en los cuales, instaurado el recurso extraordinario de casación y habiendo arribado a la Sala la actuación antes del 14 de octubre de 2020, no se haya dictado sentencia o auto de rechazo de la respectiva demanda.

Lo anterior porque, dijo la Sala, en tal escenario, las partes ya no contaban con la posibilidad de acudir a alguno de los institutos que en el marco de la Ley 906 regulan la reparación del daño y las formas de terminación anormal del proceso, salvo el incidente de reparación»

**JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior, para afirmar que la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 es aplicable a casos de ley 906 de 2004 / **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** - Indemnización integral: prevista en la Ley 600 de 2000, es aplicable por favorabilidad a procesos regidos por la Ley 906 de 2004 / **INDEMNIZACIÓN INTEGRAL** - Cesación de procedimiento: oportunidad

«[...] esta Sala definió que la postura restrictiva sólo debía aplicarse a partir el 14 de octubre de 2020, fecha en que se dio el cambio jurisprudencial, en esta ocasión la Sala debe apartarse de lo sentado a partir de ese momento, por ser una postura eminentemente desfavorable.

Y es que, sin ánimo reduccionista, aunque la postura restrictiva fue producto de un análisis concienzudo, se insiste que es innegable que no existe en la Ley 906 de 2004 algún otro instituto por cuyo medio se viabilice la posibilidad de extinguir la acción penal por indemnización integral con posterioridad al inicio del juicio oral.

De hecho, si bien en el auto CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35496 se citó el esquema de reparación del daño previsto en la Ley 906 de 2004, para traer a colación el principio de oportunidad y la mediación como ejemplos de los mecanismos que prevé el sistema acusatorio para que la Fiscalía renuncie a la acción penal por el pago de los perjuicios, es evidente que éstos no tienen el mismo alcance que la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

Y es que la oportunidad para acudir al principio de oportunidad o a la mediación es limitada en comparación con la que tiene la figura en cuestión.

Ello, debido a que la primera solo es aplicable, según lo dispuesto en el art. 323 de la Ley 906 de

2004 «en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento». Así mismo, la mediación, conforme lo dispone el art. 524 ídem procede «desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral».

No obstante, como incluso se reconoció la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35946, la figura prevista en la Ley 600 de 2000 puede presentarse hasta antes de que se profiera fallo en casación.

Por ello, mientras no se dicte sentencia que decida sobre el libelo de casación o en tanto no se decida mediante un auto inadmitir la respectiva demanda, asiste la oportunidad de solicitar la declaración de extinción de la acción penal por indemnización integral y la consecuente cesación de procedimiento.

Por todo lo anterior, se hace necesario regresar al criterio establecido con ocasión de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35946, donde la Corte venía avalando la aplicación del instituto de la extinción de la acción penal por indemnización integral previsto en el art. 42 de la Ley 600 de 2000.

Ello, pues, se insiste, el alcance de la figura en términos de la oportunidad para presentarla es muy favorable a los procesados y a las víctimas, en cuanto a que permite darle una solución a los efectos producidos por el delito que es compatible con el modelo de justicia restaurativa inmerso en el sistema acusatorio, para restablecer los derechos quebrantados, hasta antes de que se emita el correspondiente fallo en casación, esto es, con amplia posterioridad a la celebración del juicio oral.

Así, se cambiará la tesis jurisprudencial postura restrictiva mantenida en la actualidad, para retomar a la inicial postura amplia que favorece acudir a indemnización integral en virtud de la integración normativa, en cuanto a que dicha figura no solo no se opone, sino que, si bien no está previsto, se ajusta a la naturaleza del procedimiento penal de fines restaurativos previsto en la Ley 906 de 2004».

**EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** - Indemnización integral: procedencia / **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** - Indemnización integral: requisitos / **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** - Indemnización integral: lesiones personales culposas / **INDEMNIZACIÓN INTEGRAL** - Procedencia: la Ley 600 de 2000 la admite como forma de solución al conflicto para las conductas desistibles / **INDEMNIZACIÓN INTEGRAL** - Cesación de procedimiento: procedencia / **INDEMNIZACIÓN INTEGRAL** -



Cesación de procedimiento: en sede de casación, procedencia

«En el caso concreto, como se vio, el juicio oral inició el 19 de enero de 2022 y, antes de aquel estadio procesal, las partes no acudieron a alguno de los mecanismos de terminación del proceso penal por reparación del daño a los que se refiere la Ley 906 de 2004.

No obstante, tampoco contaban con la expectativa legítima de concurrir, eventualmente, al mecanismo de terminación anormal del proceso previsto en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, pues, para esa fecha, la Corte ya había modificado su postura en torno a la aplicación favorable del citado artículo a procesos adelantados bajo la égida de la Ley 906 de 2004 (lo que hizo en la decisión CSJ AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020).

Por consiguiente, en virtud de la postura restrictiva actual, resultaría inviable aplicar, en el caso, el instituto de la indemnización integral regulado en el art. 42 de la Ley 600 de 2000 y, en este sentido, se debería rechazar la petición de la defensa de JCGP, por ser improcedente.

Sin embargo, como se dijo antes, se hace necesario acoger nuevamente la postura interpretativa amplia, en cuanto a que produce un efecto más garantista tanto para la víctima como para el acusado.

Lo anterior, ya que la primera que podrá obtener una efectiva indemnización integral de sus perjuicios y, el acusado, por este mecanismo de justicia restaurativa, podrá obtener una solución adecuada a su caso.

Además, teniendo una misma situación fáctica, se debe permitir una idéntica solución jurídica.

En este sentido, si se dan iguales presupuestos en casos ocurridos bajo la égida de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, deben tener en consecuencia una misma solución jurídica, esto es la posibilidad de dar plena aplicabilidad a la institución de la indemnización integral consagrada en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

Por lo anterior, resulta viable aplicar en el caso el instituto de la indemnización integral regulado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, sobretodo porque, habiendo dejado de lado la aplicación de los mecanismos de terminación del proceso establecidos en la Ley 906 de 2004 y fenecida la oportunidad para optar por alguno de ellos, las partes ostentaban la convicción de que aún tenían la facultad de acudir a la forma extraordinaria de terminación del proceso señalada en el art. 42 de la Ley 600 de 2000.

Tan es así, que el contrato de transacción con la víctima directa, las víctimas indirectas y el apoderado de las víctimas fue celebrado el 18 de mayo de 2022, esto es, apenas 5 días luego de la emisión de la sentencia de segundo grado (13 de mayo de 2022).

En esas condiciones, así no cumpla con el límite temporal establecido en la jurisprudencia vigente, se impone aplicar la línea jurisprudencial trazada a partir de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad. 35496, y, en este sentido, verificar si se satisfacen los requisitos previstos en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 para decretar la terminación del proceso por indemnización integral.

El instituto previsto en el art. 42 de la Ley 600 de 2000 procede para los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo o lesiones personales culposas si no concurre alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, delitos contra los derechos de autor o contra el patrimonio económico, exceptuando los de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.

Dicha exigencia se satisface en este caso, en el que JCGP fue acusado y condenado como responsable del delito de lesiones personales culposas (arts. 111, 112 inc. 2º, 113 inc. 2º, 114 inc. 2, 117 y 120), sin que se le imputara alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal.

Adicionalmente, se reparó integralmente el daño ocasionado [...]

Por otro lado, el requisito atinente a que dentro de los cinco años anteriores no se hubiese proferido preclusión de la investigación o cesación de procedimiento en favor del enjuiciado por idéntico motivo, en otro proceso, también se cumple a cabalidad.

Lo anterior, debido a que, mediante informe del 18 de septiembre de 2023, la secretaría aportó constancia expedida por el director de Investigación Criminal e Interpol DIJIN, a cuyo cargo están actualmente tales registros, en el cual se advierte que JCGP no ha sido beneficiado con alguna de tales prerrogativas.

Finalmente, la solicitud se postuló oportunamente, pues la actuación se encuentra actualmente en el turno respectivo para calificar los requisitos lógico-formales necesarios para

determinar si se admite o no la demanda de casación formulada por la defensa del acusado.

En esas condiciones, constatadas las exigencias contenidas en tal precepto para declarar extinta la acción penal seguida contra JCGP, por el delito de lesiones personales culposas (arts. 111, 112 inc. 2º, 113 inc. 2º, 114 inc. 2, 117 y 120), se

ordenará cesar todo procedimiento que por tales hechos se adelante en contra del acusado.

Finalmente, por cuenta de la decisión que aquí se adopta, la Sala queda relevada de emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensa del procesado».

## **Inicio**

**12. LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Recurso de apelación: procede únicamente contra sentencias y autos que resuelven asuntos de fondo / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, trámite estrictamente judicial / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, juez competente, postulado por el Gobierno Nacional

La Sala de Casación Penal, declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Séptima de la Dirección Nacional de Justicia Transicional -DNJT- contra el auto proferido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual declaró la falta de competencia para pronunciarse respecto de la solicitud de terminación del proceso y exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz de HFZL, por cuanto esa providencia no es susceptible de recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 27 de la Ley 1592 de 2012.

No obstante, concluyó que, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá sí es competente para pronunciarse frente a la eventual exclusión de HFZL del trámite de Justicia y Paz, pues éste fue postulado por el Gobierno Nacional, razón por la cual ordenó devolver el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

Sobre el tema, indicó que, si la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá encuentra que HFZL, no cumple los requisitos de elegibilidad, debe resolver si puede -o no- acceder a los beneficios como desmovilizado, mas no abstenerse de emitir pronunciamiento.

**AP4273-2024(60733) de 31/07/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

## **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. HFZL, alias “P”, perteneció al Bloque Montes de María de las Autodefensas Unidas de Colombia y desarrolló sus actividades como patrullero urbano de la estructura paramilitar, portando armas de fuego de defensa personal y radios de comunicaciones, principalmente en el departamento de Sucre, bajo la comandancia de RMP, alias “C”.

2. El 23 de diciembre del 2005, HFZL se desmovilizó y, seguido a ello, el 15 de agosto del 2006, el Gobierno Nacional lo postuló al proceso de Justicia y Paz, encontrándose en el lugar 1 086 de la lista.

3. El 28 de septiembre de 2007, en virtud del artículo 16 de la Ley 975 de 2005, la Fiscalía de la Unidad de Justicia y Paz asumió la competencia para adelantar la correspondiente investigación en contra de HFZL, en aras de esclarecer los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a la organización armada en mención.

4. La Fiscalía Séptima de la Dirección Nacional de Justicia Transicional -DNJT- presentó solicitud de terminación del proceso y exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz de HFZL, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 5º de la Ley 1592 de 2012.

5. El 14 de septiembre de 2021, en la audiencia adelantada con el fin de debatir la petición, el Fiscal argumentó que el postulado ha mostrado renuencia a comparecer al proceso, para lo cual relacionó las diferentes convocatorias, emplazamientos, consultas en bases de datos y labores de verificación que se adelantaron con el fin de localizar a HFZL.

6. El 10 de noviembre de 2021, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, declaró su falta de competencia para pronunciarse respecto de las obligaciones impuestas al postulado HFZL, argumentando que la misma recae en las autoridades que adelantaron los trámites de la Ley 1424 de 2010.

7. En la audiencia del 25 de noviembre de 2021, en la que se le dio lectura a la providencia, la Fiscalía Séptima de la Dirección Nacional de

Justicia Transicional -DNJT- interpuso el recurso de apelación.

8. La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá concedió la alzada en el efecto suspensivo y ordenó remitir la actuación a la Corte Suprema de Justicia.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Recurso de apelación: procede únicamente contra sentencias y autos que resuelven asuntos de fondo

«Correspondería a la Corte, de conformidad con los artículos 26 y 68 de la Ley 975 de 2005 y 32 de la Ley 906 de 2004, decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Séptima de la Dirección Nacional de Justicia Transicional -DNJT- contra el auto del 10 de noviembre de 2021, proferido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual se abstuvo de resolver la solicitud de terminación del proceso y exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz de H.F.Z.L. por no tener competencia para ello, de no ser porque tal providencia no es susceptible de recurso alguno.

En efecto, el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 27 de la Ley 1592 de 2012, reza lo siguiente:

“La apelación solo procede contra la sentencia y contra los autos que resuelvan asuntos de fondo durante el desarrollo de las audiencias, sin necesidad de interposición previa del recurso de reposición. En estos casos, se procederá de conformidad con lo previsto en los artículos 178 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y las normas que los modifiquen, sustituyan y adicionen.

Para las demás decisiones en el curso del procedimiento especial de la presente ley, solo habrá lugar a interponer el recurso de reposición que se sustentará y resolverá de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación se concederá en el efecto suspensivo cuando se interponga contra la sentencia, contra el auto que resuelva sobre nulidad absoluta, contra el que decreta y rechaza la solicitud de preclusión del procedimiento, contra el que niega la práctica de una prueba en el juicio, contra el que decide sobre la exclusión de una prueba, contra el que decide sobre la terminación del proceso de Justicia y Paz. En los demás casos se otorgará en el efecto devolutivo”.

[...]

En el presente asunto, como se observó antes, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá no concedió ni negó la terminación del

proceso y /o la exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz de H.F.Z.L.

De hecho, se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno, pues consideró que no era competente para conocer el asunto y así lo declaró.

Y, aunque exhortó a la Fiscalía para que estudie la posibilidad de presentar la misma solicitud ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Sincelejo, tampoco impartió una orden en la que se dispusiera aplicar un trámite establecido previamente por la ley, con la finalidad de evitar que se genere la parálisis de la actuación y garantizar el desenvolvimiento de la misma.

Incluso, lo que la Fiscalía requiere en la apelación es que se le ordene a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá que conozca el asunto y, en este sentido, se pronuncie de fondo sobre su requerimiento.

Desde esa perspectiva, como no se trata de un auto en el que se haya resuelto un asunto de fondo, esta Corporación no está habilitada para resolver la apelación, pues no hay una motivación que confrontar para determinar si fue acertada o no. Ello, aunque breve, es suficiente para que la Sala se abstenga de resolver la alzada propuesta».

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: acogimiento voluntario / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión de la lista de postulantes / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: Exclusión, incumplimiento de los compromisos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, renuncia del postulado a someterse al trámite / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, causal genérica, incumplimiento de los requisitos de elegibilidad / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, trámite estrictamente judicial / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, juez competente, postulado por el Gobierno Nacional / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, juez competente, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior

«No obstante, es cierto, como lo dijo el ente acusador, que es necesario que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá conozca el asunto y, en este sentido, se pronuncie de fondo frente a la procedencia de la causal prevista en el numeral 1 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005.

Lo anterior, debido a que, en el presente asunto, está acreditado lo siguiente:

i) El 23 de diciembre del 2005, H.F.Z.L. se desmovilizó colectivamente con el Bloque Montes

de María de las Autodefensas Unidas de Colombia; y

ii) El 15 de agosto del 2006, el Gobierno Nacional lo postuló al proceso de Justicia y Paz, encontrándose en el lugar 1.086 de la lista.

Por tanto, aunque H.F.Z.L. ha mostrado renuencia a comparecer al proceso, al punto que, como lo dijo el Ministerio Público, el postulado no “ha manifestado su interés de acogerse a los beneficios y a las obligaciones que le impone el trámite de la Ley 975”, es necesario que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, siendo el órgano competente, defina si cumple -o no- los requisitos de elegibilidad requeridos en este marco normativo y, asimismo, de excluirlo, habilite la segunda instancia. Para ello, en efecto, deberá considerar qué efectos jurídicos tiene el hecho de que no hubiera incurrido en otro delito fuera de hacer parte de la estructura paramilitar Bloque Montes de María, por el que ya fue condenado por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Sincelejo, bajo la Ley 1424 de 2010.

Y es que esta Corporación ha establecido que, en asuntos de la Ley de Justicia y Paz: “[L]a decisión manifiesta de contribuir a la consecución de la paz nacional, colaborar con la justicia, con el esclarecimiento de la verdad y propender por la reparación integral de las víctimas, son obligaciones sin cuyo cumplimiento no es posible que el aspirante alcance, primero la postulación, y más adelante el beneficio de la pena alternativa.

[...]

[L]a condición especial del proceso transicional se origina en que la actuación inicia a instancias del desmovilizado cuando libre y voluntariamente solicita su postulación al trámite, cumplida la cual, inicia la etapa judicial que se encuentra fundada en la confesión de sus crímenes, situación que necesariamente conlleva a la emisión de sentencia de carácter condenatorio, resulta inconcuso el hecho de que sin la voluntad del postulado que en algún momento estuvo interesado en obtener los beneficios ofrecidos por el proceso de la justicia transicional, no es posible persistir en el adelantamiento del trámite”.

Por ende, si, en efecto, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá encuentra que H.F.Z.L., siendo postulado por el Gobierno Nacional, no cumple los requisitos de elegibilidad, estos son, las exigencias vinculadas con la búsqueda de la reconciliación, ello implica que debe resolver si puede -o no- acceder a los beneficios como desmovilizado, mas no abstenerse de emitir pronunciamiento.

En resumen, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá sí es competente para pronunciarse frente la eventual exclusión de H.F.Z.L. del trámite de Justicia y Paz, pues éste fue postulado por el Gobierno Nacional.

En consecuencia, si debe estudiar si cumple -o no- los requisitos de elegibilidad y, de no hacerlo, lo que justificaría su exclusión del trámite transicional, debe accederse a la petición de la Fiscalía y habilitarse la impugnación contra esa determinación.

[...]»



### 13. LIBERTAD CONDICIONAL -

Procedencia: el Juez debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria /

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el

Juez debe tener en cuenta el grado de cumplimiento de los fines de la pena /

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el

Juez debe tener en cuenta los actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite o durante la ejecución de la pena /

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el juez no tiene la facultad de prescindir del estudio de alguno de los señalados para concederla /

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el

legislador no estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los

restantes / **LIBERTAD CONDICIONAL** -

Procedencia: no es un derecho que se adquiere automáticamente por el transcurso del tiempo y el buen comportamiento intracarcelario

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de GEMF en contra del Auto AEP080 de 18 de julio de 2024 proferido por la Sala Especial de Primera Instancia, que negó la petición de libertad condicional.

La Sala confirmó la providencia impugnada, debido a que, la primera instancia siguió los precedentes uniformes de la Corporación, que indican que la libertad condicional no se adquiere automáticamente al cumplir las condiciones de elegibilidad de la ley.

Igualmente, la decisión negativa cumplió con la carga de argumentación que le corresponde, al estar fundamentada en que no se ha completado la primera fase de tratamiento penitenciario, relacionada con la gravedad de los hechos y las circunstancias específicas de los mismos, así como la falta de demostración satisfactoria del proceso de reinserción.

**AP4975-2024(67037) de 04/09/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Gerardo Barbosa Castillo**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 12 de agosto de 2021, la Sala de primera instancia dictó sentencia mediante la cual se declaró la cesación del procedimiento por el delito de utilización a asunto sometido a secreto o reserva, absolvió a GEMF del delito de prevaricato por acción y lo condenó, en calidad de autor, del

concurso heterogéneo de las conductas punibles de concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión. Asimismo, le impuso la pena principal de 116 meses y 12 días de prisión y negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, entre otras determinaciones.

2. El 12 de julio de 2024, el defensor de GEMF solicitó su libertad condicional, como quiera que: (i) ha afrontado 62 meses de privación efectiva de la libertad, más el tiempo de redención que, a 20 de junio de 2024, correspondía a 14 meses y 28 días-, para un total de 76 meses y 28 días, por lo que se han cumplido las 3 /5 partes de la pena; (ii) ha observado una conducta ejemplar, en el nivel de excelencia, durante todo el tiempo de detención e, incluso, recibió felicitaciones debido a su buen comportamiento, por parte del director de la Cárcel y Penitenciaria de Alta y Media Seguridad para Miembros de la Fuerza Pública; (iii) se ha demostrado su arraigo familiar y social, como se constataba con el informe de visita domiciliaria, estudio de arraigo familiar y «Concepto tratamiento penitenciario» de 11 de junio de este año y (iv) no se le condenó al pago de perjuicios, por lo que no es necesario verificar este requisito.

3. De manera complementaria, el 18 de julio de este año, la defensa allegó las certificaciones en las que se informaba que el procesado asumió la representación del comité espiritual de la institución penitenciaria, así como las horas de estudio cumplidas en el curso de teología realizado con el Obispado Castrense de Colombia -7 semestres, 112 semanas y 224 horas cátedra-, para así demostrar las actividades desarrolladas en su proceso de resocialización -equivalentes a 448 horas-.

4. El pasado 11 de julio, el director del establecimiento carcelario en el que GEMF se encuentra recluido, formuló una petición similar.

5. El 18 de julio de 2024, la Sala Especial de Primera Instancia, al resolver las solicitudes anteriores, (i) reconoció 15 meses y 5 días de redención punitiva por estudio a favor de GEMF y (ii) negó su libertad condicional.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): Valoración de la conducta punible, elementos que abarca / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): Valoración de la conducta punible, no vulnera el non bis in ídem / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria

«El estudio de la petición de libertad condicional no corresponde a una comprobación mecánica de requisitos formales -tiempo cumplido de pena, certificaciones de buena conducta, etc.-, que siempre proporcione la misma respuesta. Por el contrario, cada una de las condiciones exigidas por la ley deberán ser comprobadas en cada caso y aportarán elementos útiles que permitan, en un verdadero ejercicio de ponderación, determinar si el lapso transcurrido en privación de la libertad y el pronóstico de resocialización o readaptación social del condenado hacen viable la libertad condicional.

Asimismo, tampoco es posible asignar un determinado valor o peso anticipado a cada uno de esos criterios. Si bien el comportamiento del sentenciado con posterioridad a la emisión de condena es un factor indispensable y significativo a tener en cuenta para evaluar el proceso de resocialización, no por ello siempre se debe imponer sobre el criterio de valoración de la conducta punible o de cualquier otro.

De considerarse que este último elemento no tiene ninguna importancia -valoración de la conducta-, se concluiría que el legislador incluyó un criterio que no tiene ninguna consecuencia jurídica o que solo prevé consecuencias innecesarias, lo cual sería contrario al principio de efecto útil de las normas. Así las cosas, el funcionario judicial debe considerar, con igual rigor y seriedad, tanto la valoración de la conducta -con todas las circunstancias que rodearon el delito y a la persona sentenciada-, como el comportamiento intramural del condenado, entre otros aspectos, a efecto de determinar la continuidad del tratamiento penitenciario. Al juez le corresponde ponderar en qué medida se ha cumplido con la retribución justa y a partir de cuándo y con qué elementos de juicio, ha operado una resocialización satisfactoria»

**PENA** - Fines: teorías / **PENA** - Fines: prevención general positiva / **PENA** - Fines: prevención especial / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: reglas jurisprudenciales / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta el grado de cumplimiento de los fines de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta los actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite o durante la ejecución de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el juez no tiene la facultad de prescindir del estudio de alguno de los señalados para concederla / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el legislador no

estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los restantes

«El concepto de pena ha tenido una constante evolución, vinculado con el contexto político, social y económico de una comunidad determinada, así como las finalidades asignadas a la misma. Así, se encuentran las teorías absolutas y, en particular, la de la retribución, que le niega a la pena una utilidad específica, al considerarla como la realización condigna de la justicia, debido al mal causado por la comisión de una conducta reprochable; como también teorías relativas, que plantean fines determinados a la pena, bien sean de prevención general, especial o mixta -unificadoras de todos los anteriores criterios bajo un solo concepto-.

En las últimas décadas se han planteado nuevas alternativas, que han dado especial énfasis al fin de prevención general positivo. Así, mientras para un sector del debate teórico, lo importante es reafirmar la vigencia de la norma, para otros, lo relevante es la protección de bienes jurídicos relevantes para la convivencia pacífica de la sociedad, propósito último para el que se trata de armonizar los fines de prevención general y de prevención especial.

La idea central de esta última postura alude a las distintas fases que tiene la pena, desde el surgimiento de la norma dentro del ordenamiento jurídico, pasando por la imposición judicial de la pena, hasta la ejecución de la misma, y cada uno de esos momentos cumple un fin determinado, sea de prevención general y /o especial. Además, cada una de esas fases son necesarias y se complementan entre sí, por lo que no se podría prescindir de ninguna de ellas, dado que, por el contrario, de una depende el logro de la otra.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha indicado que la ejecución de la pena debe estar orientada, de manera preponderante, por un fin de prevención especial positiva, es decir, que busca la resocialización de la persona condenada. De todas maneras, «no siempre es fácil hacer compatibles estos distintos principios de fundamentación del sistema penal, pues en ocasiones los fines de prevención general aconsejan penas muy severas, mientras que las políticas de resocialización sugieren penas bajas. Así, dice al respecto Herbert Hart, que 'las penas que estimamos necesarias como amenaza para maximizar la obediencia al Derecho, pueden convertir al transgresor a quien se imponen, en un enemigo inflexible de la sociedad; mientras que el recurso a medidas rehabilitadoras puede disminuir la eficacia y ejemplaridad del castigo en los demás'» (CC C-294-2021).

En particular, los subrogados penales han sido entendidos como mecanismos que definen el límite mínimo (no el máximo) de la retribución justa y confirman el fin de resocialización de la pena. Por ello, en cada caso deberá determinarse, valorados todos los aspectos exigidos por la ley, si la reinserción del individuo a la comunidad se puede alcanzar o no con opciones distintas a la privación efectiva de la libertad del individuo. Es por eso que se ha aludido a un ejercicio valorativo, en el que se deberá analizar cada requisito y determinar el peso concreto que tiene cada elemento frente a las funciones legalmente reconocidas para la pena.

Las anteriores consideraciones han sido retomadas por esta Corporación al momento de resolver peticiones relacionadas con el subrogado de la libertad condicional, por lo que existe una línea consolidada, de la cual podrían destacarse las siguientes notas características, aunque, por supuesto, sin agotar la jurisprudencia en esta materia:

- El legislador no le otorgó al juez la facultad de prescindir del estudio de alguno de los requisitos señalados en la ley, bajo ningún argumento -por ejemplo, la crisis carcelaria o el cumplimiento de uno de los fines de la pena, como es el de reinserción social-, ni tampoco estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los restantes (CSJ AP8301-2016. Rad. 49278).

- De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 guarda conformidad con los principios de non bis in ídem, juez natural y separación de poderes, así como los derechos humanos contenidos en los tratados, que prevalecen en el orden interno. En coherencia con lo anterior, el juez de ejecución de penas, o el que sea competente, deberá analizar, de manera previa, la conducta punible, «labor que no excluye la evaluación de la gravedad de las acciones u omisiones materializadas por el reo » (CSJ STP, 27 de Ene. de 2015, rad. 77312, citada en CSJ STP2525-2017. Rad. 90489).

- El juez de primera instancia obra correctamente si, a partir de razones concretas contenidas en el fallo condenatorio, como la posición del sentenciado en la sociedad, la defraudación de la confianza por parte de la comunidad, la deliberada y consciente afectación de bienes jurídicos, «el desmedro a la imagen de la administración pública y a la credibilidad que debe existir en el conglomerado social respecto de sus gobernantes», se establece un pronóstico negativo para conceder el subrogado de la libertad condicional. Lo anterior, en coherencia

con los fines de prevención general y especial de la pena y, en concreto, el mensaje nocivo que se enviaría a la comunidad, de que no sería necesario cumplir la sanción condigna que le corresponde al sentenciado (CSJ AP260-2021. Rad. 58799).

- En la labor de la valoración de la conducta, «no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad y los antecedentes de orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social, por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el 'impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes' » (CSJ AP4142-2021. Rad. 59888).

- La resocialización constituye un fin primordial de la pena en un Estado social de derecho y por ello es un elemento preponderante al momento de resolver las peticiones de libertad condicional. Así las cosas, el proceso penitenciario tiene carácter progresivo y prepara de manera paulatina al sentenciado para su reincorporación a la sociedad.

Bajo ese marco orientador, en cada caso concreto, se deben analizar los elementos favorables o desfavorables del sentenciado, con el propósito de determinar el grado de cumplimiento de los fines de la pena. Es decir, sea que se trate de actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite -vgr. manifestaciones de arrepentimiento y asunción de responsabilidad por los hechos cometidos, toma de conciencia de su falta, reconocimiento del daño causado, ofrecimiento de actos de reparación, materiales y no materiales- o durante la ejecución de la pena, que permitan variar la situación inicial -vgr. excusas públicas por las conductas realizadas y reparación integral a todas las víctimas-, el juez deberá tener en cuenta todos estos aspectos para concluir si el concepto es positivo o no frente al proceso de resocialización (CSJ AP-2977-2022, Rad. 61471 y AP-3348-2022, Rad. 61616).

Así las cosas, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada y consistente en señalar que, la sola gravedad de la conducta no basta para decidir sobre la concesión del subrogado de libertad condicional, por lo que deben ponderarse con otros factores, como las circunstancias que enmarcaron la ejecución de la conducta punible -no solo las desfavorables, sino también las favorables-, el comportamiento del procesado en prisión y todos aquellos elementos que permitan determinar si se justifica la continuación de la



ejecución de la pena privativa de la libertad, en la modalidad intramural o domiciliaria.

No se trata entonces de exigir una carga especial a la defensa, que le imponga demostrar requisitos adicionales, como quiera que basta observar las situaciones previas, concomitantes y posteriores al momento de la imposición de la pena, con el propósito de determinar el real compromiso del sentenciado frente a su proceso de readaptación a la vida en comunidad. A lo anterior se suma el deber del juez de evaluar, incluso de manera oficiosa, todos aquellos aspectos que permitan sustentar adecuadamente el reconocimiento o no del derecho a la libertad condicional.

Precisamente, en aquellos casos en que se otorgó tal subrogado -vgr. Rad. 61471, citado por la defensa técnica, y Rad. 61616, citado por el procesado-, se tuvieron en cuenta muestras de adaptación y enmienda asumidas por el peticionario de la libertad, no solo durante la fase intramural -las manifestaciones de arrepentimiento divulgadas en medios de comunicación o la reparación total a las víctimas-, sino también durante la etapa de juicio del proceso -aceptación de los cargos y la presentación de excusas a todos los afectados con los comportamientos objeto de condena, tal como se pactó dentro del incidente de reparación integral- las que finalmente permitieron, en cada caso, constatar el grado de cumplimiento del fin de prevención especial»

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: no es un derecho que se adquiere automáticamente por el transcurso del tiempo y el buen comportamiento intracarcelario

«[...] la Sala observa que la decisión recurrida, al encontrarse debidamente sustentada con las consideraciones fácticas, probatorias y jurídicas que determinaron su negativa, se advierte razonable y plausible, sin que los argumentos de la apelación, coadyuvados por el procesado como no recurrente, logren rebatir sus fundamentos.

En efecto, como se indicó anteriormente, no es cierto que se hubieran creado reglas nuevas para la solución de este caso, o que se hubiere omitido explicar el conjunto de valoraciones que determinaron el rechazo de la petición de libertad condicional. Por el contrario, la Sala Especial, a partir del marco propio de la sentencia condenatoria, explicó por qué, atendidos todos los factores a tener en cuenta, el comportamiento penitenciario asumido por el procesado durante su período de detención no resultaba suficiente para otorgar su libertad condicional, al concluir que, la fase de readaptación y resocialización del procesado aún no se ha consolidado. Tal

conclusión no riñe con la normativa y los precedentes jurisprudenciales vigentes.

En estricto sentido el recurrente no controvertió el análisis expuesto por la Sala Especial. Lo que hizo el defensor del procesado fue una descalificación general de la decisión recurrida - desde su propio entendimiento de la cuestión- y concluyó que debía privilegiarse el elemento de la conducta certificada en el centro de reclusión, pero sin demostrar que la providencia recurrida desatiende las reglas y estándares definidos por el legislador para la concesión de la libertad condicional. La preferencia expuesta por el recurrente, en el sentido de que el buen comportamiento intramural durante el periodo mínimo de ejecución de la pena exigido legalmente es lo único exigible para el otorgamiento de la libertad condicional, no es argumento que controvierta en forma eficaz la providencia objeto de apelación.

Es pertinente reiterar que dentro del contexto normativo colombiano, la libertad condicional no hace parte de los mecanismos que la ley prohíbe reconocer frente a determinadas hipótesis delictivas; sin embargo, no por ello se trata de un derecho que se adquiere mecánica o automáticamente por el simple transcurso del tiempo y el buen comportamiento intracarcelario.

De seguirse esa lógica, la pena no sería aquella que se impuso en la respectiva sentencia, acorde con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, sino solo una fracción de ella - 3 /5 partes de la pena o una superior, como en su momento llegó a establecerse-, lo cual llevaría a consecuencias inadmisibles o indeseables - frente a la misma función del Estado de garantizar la libertad y derechos fundamentales, así como la protección de los bienes jurídicos más importantes, con el fin de asegurar la convivencia pacífica de los asociados-.

Bajo el modelo nacional es claro que, entre los fines de la pena, está reconocido el de retribución justa, complementado con otros, como el de la resocialización. Asimismo, la legislación penal reconoce que, durante la ejecución de la pena, el fin de la prevención especial o de la reinserción tendrá una especial preponderancia.

Sin embargo, ese fin de resocialización o rehabilitación tiene fases, que buscan, de manera progresiva, preparar al individuo para la reincorporación a la comunidad. Si se revisa, por ejemplo, el Código Penitenciario y Carcelario, en esta normativa se identifican varias fases del tratamiento penitenciario que inicia con la observación, diagnóstico y clasificación del interno y que busca finalizar con una etapa de confianza -Ley 65 de 1993, art. 144-. La primera



fase es la más exigente y en ella se sientan las bases para que el interno rectifique y redirija su conducta hacia la efectiva reinserción a la sociedad, con todas sus pautas y normas sociales.

De lo expuesto por la Sala a quo, ese primer estadio aún no se ha superado, como quiera que, en este caso en particular, el cumplimiento de solo una parte de la pena no permite dar por satisfechos los fines de la pena, para lo cual se enumeraron las varias razones que permitieron hacer una valoración negativa sobre este aspecto, sin que el recurrente logre demostrar que su decisión esté equivocada.

Para esta Sala resulta evidente que el planteamiento de la primera instancia responde a los precedentes uniformes de la Corporación conforme a los cuales, de una parte, no se reconoce que la libertad condicional corresponda a un derecho que se adquiriera automáticamente por el cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas por la ley. De otra parte, la carga de argumentación que le corresponde como regla general al juez de ejecución de penas, o en casos como este al juez de primera instancia, radica en advertir si la negativa se fundamenta en el no agotamiento de esa primera fase de tratamiento penitenciario, que guarda estrecha

relación con la gravedad de los hechos y las circunstancias específicas del mismo, así como la no demostración satisfactoria del proceso de reinserción, análisis que efectivamente se llevó a cabo.

Así las cosas, si bien la decisión de primera instancia resulta razonable en este momento y no está llamado a prosperar el recurso de apelación, ello no significa, como lo sugiere el recurrente, que la Sala Especial exija desde ahora el cumplimiento total de la pena. El otorgamiento de este subrogado penal, si el fallo de responsabilidad fuera confirmado, dependerá de la constatación de un efectivo compromiso del sentenciado, frente al fin principal de la resocialización en esta etapa. Estas muestras claras del proceso de readaptación pueden ser variadas, como se indicó anteriormente al repasar la jurisprudencia de esta Corporación, e incluso pueden ser reconocidas oficiosamente por el juez de ejecución de penas o por el funcionario competente en su oportunidad».

---

## Inicio

### **14. PREVARICATO POR ACCIÓN -**

Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, carecer de competencia para pronunciarse sobre la devolución de bienes, entrega de vehículo / **PREVARICATO POR**

**ACCIÓN** - Diferente al delito de abuso de función pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN**

- No se configura: la entrega de vehículo, sin acudir a los jueces de control de garantías, supone un abuso de la función pública / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Devolución de bienes: competencia del juez de control de garantías

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia mediante la cual la Sala de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga absolvió al Fiscal CALA, por los delitos de falsedad ideológica en documento público agravada, falsedad en documento privado, prevaricato por omisión y prevaricato por acción.

La Corte confirmó la sentencia de segunda instancia, por cuanto, si bien es cierto que, por razones de competencia, el acusado, siendo fiscal, no podía ordenar la entrega definitiva de los vehículos involucrados en el accidente, aun cuando no se hubiera solicitado y decretado su embargo y secuestro, esa conducta no se adecua al delito de prevaricato sino al de abuso de función pública.

Ahora bien, aun cuando el delito de abuso de la función pública es más favorable, la Sala indicó que, no es posible condenar variando la calificación jurídica, pues la evidencia aportada al proceso no es concluyente frente a la voluntad del procesado de afectar el bien jurídico; por el contrario, parece indicar que, estaba convencido de que obraba conforme a la Ley.

**SP2287-2024(63785) de 21/08/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

---

**RESUMEN DE LOS HECHOS**

CALA, Fiscal 20 Local delegado ante los Jueces Penales Municipales de Buga, Valle del Cauca, conoció la noticia criminal en la que se investigaba a JFBO, agente de policía, por un posible delito de lesiones personales culposas, como conductor de un vehículo de propiedad de la UNP, que colisionó con la motocicleta conducida por el señor JOMT.

2. Dentro de la investigación, JOMT rindió entrevista ante SAMR, asistente de la Fiscalía 20 Local, en la que afirmó que desistía de la querrela, en razón a que había llegado a un acuerdo conciliatorio con el agente JFBO, para el resarcimiento de los perjuicios.

3. Seguido a esto, el 28 de octubre de 2015, el Fiscal CALA archivó la indagación, lo que dio lugar a la entrega definitiva de los rodantes, la cual, presuntamente, no fue debidamente notificada al Ministerio Público.

4. El 25 de febrero de 2016, JOMT informó que la manifestación de desistimiento no era suya, sino que, había sido elaborada por el agente JFBO, en conjunto con la asistente de la Fiscalía 20 Local que, mediante engaños, hizo que su hermano, JNMT, firmara la declaración.

5. Seguido a ello, la abogada ALMB solicitó el desarchivo de la actuación, pero dicho requerimiento fue desatendido por el fiscal.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**VÍCTIMA** - Intervención en el proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctima: Participación en el proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctima: derechos, ser asistidas por un abogado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Sentencia: absolutoria, impugnación, facultad de la víctima

«[...]es prudente señalar que, por disposición legal, las víctimas “tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal” y que “[p]ara el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que estén representadas por un abogado”, salvo a partir de la audiencia preparatoria, momento desde el cual deberán estar asistidas de un profesional del derecho o un estudiante de consultorio jurídico, conforme a lo dispone el artículo 137 de la Ley 906 de 2004.

Esta regulación se acompasa con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, amparados igualmente por la normatividad legal (art. 11, L. 906 /04) y con un amplio desarrollo jurisprudencial donde se ha aceptado que las víctimas están legitimadas para apelar la sentencia absolutoria, así no tengan la condición

de abogados, o su representante judicial no comparta su criterio, evento en el que deben cumplir una carga argumentativa mínima (CSJ SP3187, 24 ago. 2022, Rad.: 60463).

De modo que, ningún obstáculo legal se interpone a la pretensión del apoderado de la víctima de ejercitar el derecho de impugnación contra la sentencia absolutoria.

Por tanto, de acuerdo con las exigencias del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, se analizará si las pruebas incorporadas y debatidas durante el juicio oral aportan el conocimiento más allá de toda duda para sustentar la condena que solicita»

**FUNCIONARIO JUDICIAL** - Deber legal: responder de manera oportuna, clara y precisa las postulaciones elevadas por los sujetos procesales

«[...] según el numeral 2° del artículo 153 y numeral 3° del artículo 154 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), es deber de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial «desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo», a la par que les está proscrito «retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados».

Asimismo, el artículo 138 de la Ley 906 de 2004 enumera, como deberes comunes a todos los funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, «resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional», ello por supuesto, dentro del ámbito de su competencia.

Por lo anterior, es deber de todo funcionario judicial resolver de forma celeridad y oportuna los asuntos que deba conocer en virtud de las funciones legales a él atribuidas, sin que pueda rehusar o retardar su solución injustificadamente (SP484, 28 feb. 2018, Rad.: 51501)»

**QUERRELLA** - Desistimiento: debe ser producido de manera autónoma, consciente, voluntaria, libre de coacciones y debidamente informado / **QUERRELLA** - Desistimiento / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: A través del archivo de las diligencias / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), orden de archivo de diligencias, no se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión

manifiestamente contraria a la ley: debe oponerse al mandato jurídico en forma clara y abierta, producto del capricho o la arbitrariedad

«[...] pese a que el representante de víctima propuso otra lectura de los hechos planteados en la imputación, en la sentencia apelada se resolvieron cada uno de los puntos planteados y se expuso, claramente, por qué ninguno tiene vocación para imponer una condena, como pasa a verse:

i) Con respecto a la presunta omisión de verificar que el desistimiento fuera voluntario, se tiene que, en principio, la Fiscalía no la entendió como una conducta delictiva por sí sola. De hecho, según se lee en la acusación, lo que reprocha el ente acusador es que el fiscal acusado determinara a su asistente para que incluyera datos falsos en esa verificación.

No obstante, la víctima aduce que, con el simple hecho de no llevar a cabo la verificación en cuestión, más allá de que se profiriera la decisión de archivo o no -que supuestamente configuraría el delito de prevaricato por acción-, la conducta se encuentra en el tipo de prevaricato por omisión.

Sin embargo, más allá de la calificación jurídica, el Tribunal resolvió que, si bien el acusado no tuvo intermediación con JOMT, éste sí delegó dicha función [...]

Adicionalmente, JOMT corroboró que, en efecto, fue quien puso su huella en la entrevista en cuestión [...]

Ahora bien, es cierto que dicha afirmación no corrobora necesariamente que la información plasmada en el documento en que se transcribió la entrevista, aun cuando estuviera firmada y contara con la huella, sea veraz.

No obstante, la primera instancia no encontró probado que dicha información fuera falsa y, como si eso fuera poco, el apelante tampoco lo controvierte.

Con esto, como no se está cuestionando la actuación de la asistente fiscal o del hermano de la víctima, es dado concluir, como lo hizo el a quo, que el Fiscal CALA cumplió la obligación de verificación prevista en el artículo 76 de la Ley 906 de 2004 y, por ende, la orden de archivo fue legal.

Del mismo modo, como no se demostró que el Fiscal CALA hubiera determinado a SAMR a plasmar información espuria, incluso admitiendo que el desistimiento emitido por JOMT, tanto en su escrito inicial como en la verificación, no fue veraz -lo cual no es así-, ello permitiría suponer, de una u otra forma, que el procesado fue

engañado para emitir una resolución contraria a derecho, lo cual descarta que hubiera voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o función a que está obligado.

Con esto, el ente acusador no demostró que dicho acto fuese producto del capricho o de la arbitrariedad del servidor público procesado, en abierto desconocimiento de los mandatos normativos que regulaban el caso»

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, carecer de competencia para pronunciarse sobre la devolución de bienes, entrega de vehículo / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elemento subjetivo del tipo / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Diferente al delito de abuso de función pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura: la entrega de vehículo, sin acudir a los jueces de control de garantías, supone un abuso de la función pública / **ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA** - Diferencia con el prevaricato por acción / **ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA** - Dolo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Devolución de bienes: competencia del juez de control de garantías

«Frente al hecho de que el fiscal procesado dispusiera la entrega final de los vehículos involucrados en el accidente de tránsito, sin acudir ante los jueces de control de garantías, se observan dos asuntos a tener en cuenta.

En primer lugar, no hay elemento alguno que permita determinar que pesara alguna medida cautelar sobre los vehículos involucrados en el accidente de tránsito, ya fuera de embargo y /o secuestro. Al contrario, todo parece indicar que estaban afectados cumpliendo las previsiones para la cadena de custodia, por lo que procedía su entrega provisional, pasados 10 días, en virtud del artículo 100 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, el inciso final de la norma citada establece, textualmente, que “[l]a decisión de entrega de los bienes referidos en esta norma corresponde, en todos los casos, al juez de control de garantías”. Con esto, cambia la situación, pues ésta actuación sí fue formalmente ilegal.

Con esto, es cierto que, por razones de competencia, el acusado, siendo fiscal, no podía ordenar la entrega definitiva de los vehículos involucrados en el accidente, aun cuando no se hubiera solicitado y decretado su embargo y secuestro, por lo que el adelantamiento de tales actividades comportó el desarrollo de funciones públicas por fuera del marco legal.

En esa medida, por cómo está dispuesto en la acusación, debería haberse imputado, mejor, el delito de abuso de la función, ya que, dentro del concepto de estricta protección de bienes jurídicos, los actos por fuera de la función, que es lo que se reprochó, no corresponden al delito de prevaricato, aun cuando la actuación se formalmente ilegal.

Ahora, siguiendo esa línea de pensamiento, incluso admitiendo hipotéticamente que el argumento, así planteado, es suficiente para adecuar la conducta desplegada a los elementos objetivos del artículo 428 de la Ley 599 de 2000, no es posible condenar haciendo la variación a la calificación jurídica, aun siendo más favorable, pues tampoco está probado el elemento subjetivo requerido para el tipo penal en cuestión, pues la Fiscalía se dedicó a probar una presunta ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, pero en el juicio oral ningún testigo hizo referencia a la entrega de los vehículos.

Tampoco hay elemento alguno que permita inferir siquiera que el fiscal acusado tenía conocimiento y voluntad de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico.

Con esto, el elemento subjetivo del tipo penal no cuenta con soporte probatorio alguno -ni siquiera de tipo indiciario- y, pese a que el apelante trata de fundamentarlo en que, en su opinión, “la fuente ilegal de la que emerge como sustrato u objetivo - viene subsumida en ella”, esto se queda solamente en intrincadas elucubraciones, que no permiten acreditar los elementos del delito imputado.

Por el contrario, sí hay un elemento que, como mínimo, obliga a dudar acerca de si el procesado tenía el ánimo de abandonar deliberadamente el propósito de administrar justicia y contrariar así las normas vigentes. Esta es la constancia del 28 de julio de 2021, la cual también fue estipulada, suscrita por la señora JOG -profesional de

gestión de la Fiscalía 20 delegada ante los Juzgados Penales municipales de Buga-.

Ello, porque en ese documento se relacionan 25 actuaciones por delitos de lesiones personales culposas en accidentes de tránsito, tramitadas desde el 21 de noviembre de 2014 al 9 de septiembre de 2016, en las que, como consecuencia de desistimiento, la Fiscalía ordenó el archivo y la entrega definitiva de los vehículos involucrados en los siniestros, sencillamente porque, aunque fuera necesario acudir a los jueces competentes, no se justificaba tener vehículos retenidos en los casos que no se iniciaría un proceso penal.

Por lo expuesto, la Corte encuentra que, dentro del presente asunto, no se acreditó, más allá de toda duda razonable, que:

i) Ordenar la entrega definitiva de los vehículos sin acudir a los jueces de control de garantías, sea un acto prevaricador, sino que, incluso admitiendo que es relevante, supone que, objetivamente, el procesado se abrogó una competencia que no tenía;

ii) Aunque se modificara la calificación jurídica de la conducta, para ajustarla al texto del artículo 428 de la Ley 599 de 2000 -lo cual no vulneraría el principio de congruencia por ser favorable al procesado-, tampoco es posible emitir sentencia condenatoria en ese sentido porque el enjuiciado no actuó con dolo. Al contrario, la evidencia aportada al proceso no es concluyente frente a la voluntad de afectar el bien jurídico y, en cambio, parece indicar, en realidad, que estaba convencido de que obraba dentro del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en la medida que los argumentos del recurrente no desvirtuaron los fundamentos de la decisión de instancia, esta se mantendrá tal y como lo decidió el Tribunal y lo solicitó la defensa».



**15. CASO PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM / PREVARICATO POR ACCIÓN**

- Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), inmediatez en el trámite de tutela, su determinación opera únicamente en los casos en los cuales sea posible señalar sin margen de dudas, el tiempo discurrido entre la amenaza o afectación del derecho fundamental y la presentación de la acción constitucional, torna en inoperante el remedio buscado o advierte de inexplicable dejadez del demandante /

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela, cuando vulnera los principios de subsidiariedad y residualidad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: inaplicación de precedente jurisprudencial / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: no requiere de un móvil

La Sala de Casación Penal solventó los recursos de apelación interpuestos por la defensa material y técnica de AMDCDJMM y por el Procurador 114 Judicial II Penal de Antioquia, en contra de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, que lo condenó por la conducta punible de prevaricato por acción.

La Corte confirmó la sentencia apelada al concluir que, la decisión de segunda instancia emitida por AMDCDJMM en el trámite de tutela investigado es manifiestamente ilegal porque: (i) ignoró las reglas de competencia territorial; (ii) desconoció los requisitos de inmediatez y subsidiariedad; (iii) no consideró que, en algunos de los casos, ya existían decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas; (iv) asumió, sin pruebas, un perjuicio irremediable para todos los actores; (v) desestimó la información suministrada por el PAR TELECOM, sobre la incompetencia territorial del juez y las indemnizaciones recibidas por los extrabajadores; (vi) no tuvo en cuenta que la terminación del vínculo laboral de los accionantes fue por la liquidación de la entidad; y (vii) como juez constitucional, tomó una decisión consciente y voluntaria contraria a la ley.

**SP2487-2024(57115) de 11/09/2024**

**Magistrado Ponente:**

**RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. En noviembre de 2009, a través de apoderada judicial, 36 extrabajadores de TELECOM instauraron acción de tutela en contra del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN [PAR TELECOM], en la cual alegaron la vulneración de sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, asociación sindical, libertad de sindicalización e igualdad y solicitaron se les diera el tratamiento de dirigentes sindicales en ejercicio y trabajadores activos sin solución de continuidad con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales legales y convencionales y aportes a la seguridad social correspondientes a todo el período comprendido entre su desvinculación y la ejecutoria de la sentencia de tutela, debidamente indexados, más intereses moratorios, pretensiones estimadas en \$9.875'218.474.

2. El mecanismo de amparo fue decidido el 30 de noviembre de 2009 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Carepa (Antioquia) a cargo de JÁAG, en el sentido de tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar al PAR TELECOM iniciar el trámite de reconocimiento y cancelación de salarios dejados de percibir por los actores durante el lapso en que estuvieron cesantes, además del pago de reajustes, prestaciones y cualquier otro valor no recibido como consecuencia directa del despido, todo a título de indemnización integral ante la imposibilidad de reintegro.

3. Impugnado el aludido fallo por el PAR TELECOM, el 5 de febrero de 2010, AMDCDJMM en su condición de Juez Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), lo revocó parcialmente y declaró improcedente la acción respecto de ocho tutelantes «habida cuenta la existencia de otra demanda en el mismo sentido, a través de la cual se buscó y ordenó por un juez constitucional, el pago de sus acreencias laborales por despido ilegal» y precisó que el pago de otros seis sólo se llevaría a cabo si el proceso ejecutivo por ellos iniciado no daba los resultados esperados, es decir, la cancelación de lo debido.

En lo atinente a los demás actores señaló que el pago de sus acreencias se realizaría desde el momento del despido hasta la fecha de consecución de las autorizaciones por el juez competente para legalizar el mismo. Y respecto de las personas sobre las cuales no exista aquella autorización, se cancelaría hasta la fecha de la sentencia de tutela.

Ordenó que todos los pagos fueran actualizados o indexados y que la determinación del monto se hiciera a través de «un trámite incidental ante las autoridades competentes» o de común acuerdo entre las partes.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, puede ser el expediente en casos de prevaricato / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: en casos de prevaricato, aspectos que se pueden estipular / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: el convenio excluye la actividad probatoria sobre el hecho específico / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: implican la renuncia a presentar pruebas frente a uno o varios aspectos fácticos en particular

«Sea lo primero indicar que la ahora pretensión enalzada por el Agente del Ministerio Público, en su momento fue objeto de idéntica solicitud invalidatoria en el trámite de la primera instancia, adecuadamente resuelta por el juez colegiado, razón por la cual se reiteran sus argumentos, complementándose en esta oportunidad con los que la Corte ha decantado de forma pacífica.

Para el representante de la sociedad, las estipulaciones pactadas entre fiscalía y defensa vulneraron el derecho de defensa de AMDCDJMM, en su criterio, porque no existieron hechos concretos para discutir y probar en la vista pública de juzgamiento pues, al confundirse los conceptos de tema de prueba y medios de prueba, se pactó la existencia de medios de prueba y no los hechos propios de la acusación. Con todo, resulta diciente que la defensa material y técnica no estimaran en el transcurso del diligenciamiento, ni consideren ahora, la transgresión de garantías en la que insiste el agente del Ministerio Público.

[...]

Así las cosas, no es un hecho generador de nulidad que los sujetos procesales convinieran en que la controversia probatoria para sustentar sus teorías del caso se reduciría a la documental y coincidieran en expresar que el debate se limitaría a la valoración de ella.

Es evidente que las partes convinieron dar por probados hechos jurídicamente relevantes del tipo de prevaricato por acción, como fueron los relativos a los actos procesales del trámite de tutela en que el acusado habría realizado esa conducta punible.

Aunque quizá pudo faltar mayor claridad al enunciar esa estipulación, pues no se indicó de manera expresa que comprendía el contenido y fundamentos de la decisión tachada de prevaricadora, lo cierto es que esa fue la voluntad inequívoca de las partes y así lo entendió el Tribunal cuando en el juicio oral precisó que «la fiscalía manifiesta a viva voz aquello en que se va a centrar el debate, esto es, la valoración del contenido de las decisiones que se tomaron soportadas en los elementos obrantes en los cuadernos mencionados previamente».

Luego de esta aclaración, las partes y el fallador colegiado convinieron en que el debate en juicio sería netamente argumentativo, lo que indica, inequívocamente, que los datos fácticos, como la decisión judicial y sus fundamentos, se entendían pactados. De esa manera, la estipulación probatoria cumplió su finalidad de dinamizar el debate respetando el núcleo esencial del debido proceso.

Resulta incomprensible la solicitud anulatoria del recurrente quien, en la práctica, pretende retrotraer el trámite a la etapa preparatoria del juicio, para que en la vista pública la documental sea incorporada como prueba a través del investigador que la recolectó o por el propio delegado del órgano de persecución penal, senda que conduce al mismo resultado al que finalmente se arribó en este asunto de forma consensuada, esto es, a que el debate probatorio se circunscriba a prueba documental, realidad que es perfectamente viable en tratándose de la conducta punible objeto de acusación, además porque no es dable para el juzgador señalar o imponer qué elementos de conocimiento deben solicitar cada parte para afrontar con éxito la acusación y su resistencia, máxime cuando, si de la defensa se trata, simplemente puede adoptar como estrategia no solicitar pruebas y presentar oposición frente a las incorporadas a petición de la fiscalía.

Para la Sala, entonces, no hay discusión alguna en cuanto a que las partes estipularon que el acusado dictó la providencia que se tilda de ilegal, incluyendo los aspectos fácticos y jurídicos que componen la decisión y la actuación procesal que le dio origen»

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela / **ACCIÓN DE TUTELA** - Competencia: factor territorial / **ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA**-Diferencia con el prevaricato por acción

«El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo

de amparo que permite a cualquier persona, por sí misma o por quien actúe a su nombre, incluso por conducto de agencia oficiosa, reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares en las específicas condiciones previstas en la ley. Además, el canon superior prevé que la acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El ejercicio de la acción fue reglamentado por el Decreto Ley 2591 de 1991 y el Decreto 306 de 1992.

En lo que aquí interesa, el artículo 37 del primero de estos compendios estatuye la competencia a prevención en tutela, asociada al factor territorial para conocer por «los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud».

Por su parte, las disposiciones contenidas en el Decreto 1382 de 2000, se limitan a concretar reglas de reparto en tutela, más no regulan la competencia.

La alusión al contenido de la anterior normativa vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y que debía acatar el procesado, resulta trascendental por cuanto es la única delimitante de la competencia para conocer de la acción de tutela, que no está supeditada a factores o circunstancias diversas a las allí especificadas.

Por fuera de ese marco legal actuó el acusado, habida cuenta que el examen del expediente tutelar allegado al paginario enseña que, si bien conoció el asunto en sede de segunda instancia y el tópico de la competencia territorial no fue uno de aquellos motivos de impugnación, la entidad demandada sí alegó en contravía de lo argüido por el acusado recurrente, con infracción del principio de corrección material al momento de contestar la acción constitucional que no era el departamento de Antioquia el territorio donde se presentó la presunta violación o amenaza de derechos fundamentales, ni era el lugar donde los extrabajadores de TELECOM se encontraban domiciliados o residenciados al momento de instaurar el amparo tutelar. [...]

Ante la alusión por parte del PAR TELECOM de la posibilidad de que el asunto estuviera permeado por un acto de corrupción, pues frente a personas que alegaban ilegales emolumentos

laborales se ordenaba el pago de una cantidad considerable de recursos públicos, como bien lo adujo el Tribunal, ello debió causar alarma en el juez de tutela implicado, por tanto, resultaba ineludible abordar el tema de la competencia para asumir la acción.

Se advierte, en ese orden, que MM no realizó el escrutinio a que estaba obligado, orientado a establecer si en verdad le asistía competencia en vista de que, con una somera revisión de la demanda, de los poderes conferidos por los actores y de sus anexos, se habría percatado, al menos, de la falta de claridad sobre el lugar donde se producían las amenazas o agravios pretendidos de remediar o sus efectos, pues: (i) en la generalidad de los casos, la presentación personal de los mandatos se cumplió en municipios o ciudades diferentes a la sede judicial escogida; y, (ii) la apoderada actora no fue explícita en señalar los domicilios de los accionantes, la ubicación o dirección exacta de sus poderdantes, ni precisó el lugar en que se presentaban las vulneraciones a sus derechos.

[...]

Contrario al parecer de los recurrentes, para quienes el asunto de la competencia territorial en tutela no resultaba pacífico, o que no era dable decretar la nulidad como también se mencionó por el procesado en su defensa material, ineluctable resulta referir que para la fecha de proferimiento de la decisión motejada de prevaricadora, aquellas temáticas ya habían sido decantadas por la Corte Constitucional.

Es más, ello se dilucidó en trámite con analogía fáctica a la ahora examinada, esto es, multiplicidad de extrabajadores de TELECOM que instauraron acción de tutela en lugar diferente al de sus domicilios o al del territorio donde presuntamente se presentaba la violación o amenaza de derechos fundamentales.

De absoluta claridad asoma lo explicitado por el Alto Tribunal Constitucional en el proveído CC A-280A-2009, al interior del trámite de revisión de sendos fallos de tutela emitidos por los Juzgados Promiscuo Municipal y Penal del Circuito, ambos de Cereté, en el cual declaró la nulidad de todo lo actuado y ordenó devolver a los accionantes, o a su mandataria judicial la misma que en este asunto fungió como apoderada actora, el libelo de tutela y sus anexos para que, si lo consideraban pertinente, la presentaran de nuevo ante los jueces competentes. [...]

Como acotación al margen, explíquese que por la específica circunstancia acabada de analizar no es dable predicar la incursión del procesado en otra infracción delictiva distinta al prevaricato



activo, verbigracia, la de abuso de función pública, habida cuenta que la Sala ha tenido oportunidad de precisar que este último tipo penal «se refiere a una ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en lo cual radica la ilegalidad del acto. En cambio, en el prevaricato, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función, pero al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico» (Cfr. CSJ SP12926-2014, 24 sep. 2014, rad. 39279).

En ese orden, cuando la única actuación objetada es la emisión de una determinación sin la competencia para ello, pero cuyo contenido es lícito, se estructura el punible de abuso de función pública, mientras que, si lo debatido es la expedición de una decisión contraria a derecho, se procede por el punible de prevaricato por acción (Cfr. CSJ SP368-2020, 12 feb. 2020, rad. 51094, reiterada en CSJ SP2047-2021, 28 may. 2021, rad. 56015).

En el asunto de la especie el reproche penal no solo guarda relación con la irregular asunción del trámite constitucional, sino que la falta de competencia territorial del funcionario judicial se constituyó en un elemento más de la ilegalidad del fallo de segunda instancia, que sirvió para conceder, de manera caprichosa, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a las que no era viable acceder por vía del amparo tutelar y en favor de quienes no acreditaron tener derecho a ellas».

**ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de inmediatez: explicación / **ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de inmediatez: criterio de razonabilidad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), inmediatez en el trámite de tutela, su determinación opera únicamente en los casos en los cuales sea posible señalar sin margen de dudas, el tiempo discurrido entre la amenaza o afectación del derecho fundamental y la presentación de la acción constitucional, torna en inoperante el remedio buscado o advierte de inexplicable dejadez del demandante

«En el asunto examinado es claro que AMDCDJMM desatendió el requisito de inmediatez en la instauración de la tutela para su conocimiento en segunda instancia, toda vez que caprichosamente hizo caso omiso del tiempo transcurrido desde la desvinculación de los accionantes de TELECOM, entidad cuya liquidación sobrevino en enero de 2006, bajo el pretexto que, a pesar del transcurso de más de tres años, la vulneración se presentaba constante en el tiempo o se renovaba día a día de forma continua y actual.

La exigencia de inmediatez en tutela tiene su razón de ser en que el ejercicio del mecanismo de amparo debe cumplirse en un término razonable, prudencial y adecuado con la finalidad de remediar o prevenir a la mayor brevedad, acciones u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, criterio que, en coherencia con el texto constitucional, adquirió preponderancia a partir de la sentencia CC SU-961-1999 de la Corte Constitucional, en la cual se precisó que si el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de un derecho, no tiene sentido acudir a ejercitarla en un tiempo indefinido o muy amplio desde que se presenta la afectación.

Es incontrastable que con la simple lectura de los documentos allegados como anexos de la tutela o de la respuesta brindada por el PAR TELECOM, el acusado podía detectar que, por cuenta del transcurso de los años, era de suyo poco probable o creíble que los demandantes sufrieran afrenta actual a sus derechos o un perjuicio grave, inminente e inevitable que ameritara urgente definición.

La infracción al requisito de procedibilidad de la inmediatez se hizo evidente en el fallo cuestionado pues, el excesivo paso del tiempo entre los hechos que causaron la supuesta vulneración de derechos fundamentales en cada caso y la fecha de presentación de la correspondiente demanda resultaba desproporcionada y sin justificación alguna.

Ha de recordarse que, si bien, realmente no existe un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, la doctrina de la Corte Constitucional ha reflexionado con insistencia que, dada su naturaleza cautelar, la solicitud debe invocarse en un plazo razonable, oportuno y justo que justifique y garantice la efectividad de la protección pretendida por la vía constitucional, exigencia que procura evitar que el mecanismo constitucional de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores o, más grave aún, para prohiar conductas delictivas en detrimento de la administración de justicia o del erario.

Y esa discusión no surgía novedosa, sensible o controversial para el momento de la conducta punible aquí investigada, como se arguye por los recurrentes [...]

Copiosa resultaría la citación de precedentes constitucionales en la materia, vigentes para el momento de ocurrencia de los hechos y a los cuales podía acudir el funcionario judicial implicado.



[...]

Como se explica, la razonabilidad en la interposición del amparo tutelar es una noción supeditada a la obligada valoración que el funcionario judicial hace de la dinámica en que acaecieron los hechos, en particular, las condiciones de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia y el impacto de las mismas frente a la posibilidad de lograr el fin de la tutela: la protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales.

[...]

En este caso, aunque el procesado dedicó varios apartados para referirse al requisito de la inmediatez alegado por el PAR TELECOM como incumplido, su análisis devino sesgado desde la base pues partió de la amañada tesis con el claro propósito de darle un soporte aparente a su decisión, según la cual, existía una «evasión en el pago de una prestación de índole económico, periódica, a la que tienen derecho los accionantes, dada la ilegalidad del despido, el cual no tiene validez jurídica, hasta tanto no se conceda judicialmente la autorización requerida» premisa de la que se valió para acuñar forzosamente «la permanencia en el tiempo de la violación de los derechos fundamentales de los accionantes», y luego «concluir que la inmediatez no tiene aplicación en un caso como el actual, cuando, a pesar de haber transcurrido un lapso de tiempo considerado por algunos como extenso, la vulneración de los derechos fundamentales se continua presentando, es decir tiene características de actualidad».

La anterior argumentación torna la decisión en manifiestamente contraria a la ley en lo que al tópico de la inmediatez se refiere, aspecto analizado de forma correcta por el Tribunal en la sentencia recurrida y en la que se citó precedente de esta Sala como fundamento de condena, esto es, la sentencia CSJ SP16574-2016, 16 nov. 2016, rad. 46884, que analizó el delito de prevaricato por acción frente a una decisión de tutela en contra del PAR TELECOM, hechos análogos a los aquí juzgados».

**ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de subsidiaridad / **ACCIÓN DE TUTELA** - Improcedencia: cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, excepción, cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable / **ACCIÓN DE TUTELA** - Perjuicio irremediable: concepto / **ACCIÓN DE TUTELA** - Protección de un perjuicio irremediable: el juez no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto fáctico del presunto daño

irreparable, es deber del accionante / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela, cuando vulnera los principios de subsidiariedad y residualidad

«[...] la tutela fue consagrada como mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales, de tal forma que únicamente procede: (i) cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, (ii) o de existir otro medio de defensa judicial, este no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, casos en los cuales la tutela protege de manera directa los derechos frente a los que se invoca la protección o, (iii) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

[...]

La Corte Constitucional ha considerado igualmente que, por regla general, la tutela no procede para reclamar acreencias laborales, excepto cuando se vean afectadas garantías, por ejemplo, el mínimo vital o la vida en condiciones dignas por la falta de pago de salarios o mesadas pensionales.

De forma similar estructuró consolidada jurisprudencia sobre la improcedencia de la tutela para reconocer derechos pensionales que, por su naturaleza legal y carácter litigioso, compete dirimir a la justicia laboral o contenciosa administrativa.

El reconocimiento de esta clase de derechos a través de la acción constitucional resultaría viable por excepción, como lo previene el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, a título de mecanismo transitorio y, siempre y cuando, se demuestre un perjuicio irremediable.

El perjuicio irremediable de antaño ha sido definido por la jurisprudencia constitucional (Cfr. CC T-348-1997) como:

[a]quel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es

irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.

[...]

Las precedentes sucintas consideraciones advierten de la legislación y el estado de la jurisprudencia constitucional, anteriores al tiempo en que fue resuelto el cuestionado trámite de tutela por el entonces juez AMDCDJMM, fiel muestra de la coherencia, uniformidad e invariabilidad conceptual sobre el carácter subsidiario o residual de la acción de tutela e ilustran cuan rigurosa debía ser la constatación para decidir la viabilidad de la demanda sometida a su análisis.

El tópico no era desconocido ni ajeno a su quehacer judicial toda vez que, frente a expreso motivo de impugnación por parte del PAR TELECOM, se refirió al mismo en la ilegal sentencia, denotándose la falta de un escrupuloso análisis sobre la situación de cada uno de los actores que permitiera dilucidar si era o no procedente conceder la protección de índole transitoria.

[...]

Resulta evidente que, a pesar de reconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela como instrumento de protección de derechos fundamentales, MM resolvió el asunto sometido a su conocimiento pretermitiendo esa connotación, so pretexto que los mecanismos ordinarios de defensa a disposición de los demandantes eran dispendiosos y carecían de inmediatez para alcanzar el fin pretendido que, no cabe duda, consistía en obtener el reconocimiento y pago de derechos litigiosos de índole legal.

Aquella argumentación pugna con el deber del juez constitucional de realizar una comprobación sustancial no meramente formal o teórica acerca de la aptitud de las acciones legales o medios de defensa que el ordenamiento jurídico consagraba en favor de los actores, toda vez que en la providencia cuestionada no aparece un análisis concreto de por qué, dadas las circunstancias específicas afrontadas por cada solicitante, debía primar la acción de tutela.

Ante la existencia de otra vía de protección judicial, la cual no podía ser calificada en abstracto de ineficaz, la tutela sólo sería procedente como mecanismo transitorio si los accionantes se hubieren encontrado ante un inminente perjuicio irremediable. No obstante, la lectura del libelo demandatorio y la revisión de los anexos allegados con él e incorporados a este encuadernamiento penal, permiten concluir que los tutelantes no acreditaron circunstancias

objetivas de las cuales pudiera inferirse la proximidad de un daño grave e irreparable para sus derechos fundamentales, de modo que resultara necesaria y urgente la intervención del juez de tutela para su protección.

Contrario a lo expuesto por el acusado, en el asunto sometido a su conocimiento no era procedente la acción de amparo, ni siquiera como mecanismo transitorio para reclamar las prestaciones alegadas por los extrabajadores de TELECOM, dada la existencia de otro medio judicial idóneo de defensa y, sobre todo, al no acreditarse la inminencia de un perjuicio irremediable.

Lo anterior conlleva prohijar la irrefutable conclusión de la primera instancia, en cuanto a la falta de demostración del perjuicio irremediable en el caso concreto, pues ciertamente no se probó a instancia de los reclamantes, su apoderada o incluso de oficio, estarse ante situaciones ciertas e inminentes de tal gravedad que obligaran a proveer urgente protección ius fundamental con el fin de evitar la consumación de un daño irreparable.

[...]

De ese modo, resulta inadmisibles de ahí la arbitrariedad de la decisión que el funcionario judicial no se percatara de la falta de información idónea y suficiente para asumir la labor decisoria o que, precipitadamente y sin reflexión, aceptara como verdadero todo lo que afirmaban los accionantes, habida cuenta que estaba «obligado a buscar los elementos de juicio fácticos que, mediante la adecuada información, le [permitieran] llegar a una convicción seria y suficiente de la situación fáctica y jurídica sobre la cual [habría] de pronunciarse» (Cfr. CC T-644-2003).

Aunque el procesado en su defensa material expone que la Corte Constitucional en la sentencia CC SU-377-2014 le dio la razón en lo que a la subsidiariedad se refiere, una atenta lectura de sus considerandos permite corroborar la impropiedad de esa afirmación.

En apretada síntesis, explíquese que en aquella providencia el Alto Tribunal Constitucional acumuló y resolvió un gran número de expedientes de tutela que se promovieron principalmente contra el PAR TELECOM, referidos a tres grupos de asuntos: (i) los relacionados con el Plan de Pensión Anticipada que ofreció TELECOM a sus trabajadores; (ii) reclamos en la protección de sus derechos, por considerar que se les desconocieron las garantías del fuero sindical; y, (iii) demanda en la

protección de derechos fundamentales, al no reconocerles y garantizarles el retén social.

Para lo que ahora interesa, la Corte Constitucional discurre de manera amplia en cuanto a la subsidiariedad de la acción de tutela frente a un patrimonio autónomo de remanentes próximo a extinguirse, marco en el que concluyó:

En síntesis, la tutela es improcedente frente a la desvinculación de aforados sindicales, excepto cuando se plantea la violación del derecho de asociación sindical por la irregular terminación del contrato de trabajo de un cierto número de trabajadores sindicalizados, y además se prueba una conducta antisindical, o cuando media la vulneración grave de otros derechos fundamentales no susceptibles de protección mediante la acción de reintegro, ante la existencia de un perjuicio irremediable.

[...] se advierte, entonces, que aun cuando la tutela en el asunto constitucional aquí cuestionado resultaba «en principio» procedente por tratarse el PAR TELECOM de una entidad próxima a extinguirse, debían cumplirse los demás requisitos, mismos que inadvirtió arbitrariamente el implicado pues no tuvo en cuenta que la causa de terminación de los contratos no fue una conducta o estrategia antisindical, sino la necesidad de liquidar la entidad TELECOM, dentro de un programa de renovación de la administración pública, aunado a que en el paginario tutelar no existían elementos de juicio para concluir que el medio de defensa ordinario laboral con el que contaban los actores resultaba ineficaz de hecho, para la época varios de los procesos por ellos adelantados transitaban por la senda del trámite ejecutivo, menos que se acreditaran razones en concreto, no especulativamente como arguyó el funcionario judicial para sostener que los demandantes estuvieran en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable»

**JURISPRUDENCIA** - Precedente: aplicación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: alcance / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: carácter obligatorio, finalidad / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: apartamiento de su contenido, el funcionario debe argumentarlo jurídicamente / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: inaplicación de precedente jurisprudencial

«[...] resulta incontrovertible que AMDCDJMM dejó de considerar el desarrollo jurisprudencial en punto de la improcedencia de la tutela como mecanismo para proteger el fuero sindical, temática ampliamente tratada por la Corte

Constitucional para cuando emitió la decisión cuestionada.

[...]

Como parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente, se tienen: (i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) que esa ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso; y, (iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

La misma providencia CC SU-053-2015 resaltó que cuando los funcionarios judiciales encuentran cumplidos los mencionados criterios, «tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando i) hagan referencia al precedente que van a inaplicar y ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones de porqué se apartan de la regla jurisprudencial previa».

En el asunto bajo examen, el entonces juez de tutela AMDCDJMM se apartó del precedente establecido por la Corte Constitucional, guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (canon 241 Superior) sin cumplir con la carga argumentativa antes descrita aspecto que, si bien no actualiza per se el tipo objetivo de prevaricato por acción como se endilgó en la acusación -lo cual no incide en esta decisión, toda vez que emergen inconcusas las consideraciones frente a la incompetencia territorial y a la improcedencia de la tutela por incumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad-, sí es indicativo del dolo prevaricador con el que actuó, como se expone a continuación».

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: conciencia de que la decisión es contraria a derecho / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: demostración / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: no requiere de un móvil / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: análisis de la experiencia profesional y estudios /

«En virtud de que los componentes cognitivo-intelectivo conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y volitivo querer su realización del dolo se ubican en el fuero interno del agente, aquél solo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de su voluntad. Por ello, frente a la delincuencia de prevaricato activo la Sala ha establecido que para verificar el dolo es necesario examinar la totalidad de la actuación surtida por el implicado, junto con las motivaciones plasmadas en la decisión



cuestionada y las justificaciones ofrecidas, así como las circunstancias específicas que rodearon su proferimiento.

Así mismo, resulta viable acudir al examen de los elementos objetivos debidamente demostrados, como la naturaleza de la decisión, la complejidad del asunto, la claridad de las normas aplicables y la trayectoria y experiencia profesional del procesado, de los cuales pueda inferirse razonablemente el conocimiento y la voluntad en el actuar contrario a derecho (Cfr. entre otras, CSJ SP740-2018, 18 abr. 2018, rad. 50132; CSJ SP3142-2020, 19 ag. 2020, rad. 57793; CSJ SP506-2023, 29 nov. 2023, rad. 61969; y, CSJ SP1865-2024, 17 jul. 2024, rad. 63141).

A la luz de lo expuesto en los acápites precedentes y como bien acotó el Tribunal, contrario al parecer de los recurrentes, existen varios datos a partir de los cuales puede inferirse el dolo con el que actuó AMDCDJMM.

Los elementos materiales probatorios recaudados revelan que el enjuiciado conocía la ostensible ilegalidad de la decisión que profería, como quiera que de su propio contenido se extrae el claro e inequívoco entendimiento que tenía acerca de los preceptos constitucionales y legales que rigen la acción de tutela.

De entrada, desatendió groseramente las normas de competencia territorial para asumir el conocimiento de la acción de tutela. Pese a que en la demanda no se aportaron medios cognoscitivos, ni se incluyó información que vincularan a los municipios de Carepa o Apartadó o al departamento de Antioquia con la presunta afectación de derechos fundamentales y no obstante haber sido advertido de ello en forma expresa por la parte accionada, el procesado hizo caso omiso de aquella problemática cuando se ocupó del asunto en segunda instancia y soslayó el análisis que le incumbía pues, si bien el tópico de la incompetencia territorial no fue motivo de controversia en impugnación por el PAR TELECOM, sí era de su resorte al configurarse una causal de nulidad del proceso que debía ser declarada a petición de parte, o aún de oficio, como había tenido la oportunidad de referir la Corte Constitucional en auto CC A-280A-2009 (Cfr. § 5.3.2.1). Lo anterior responde lo alegado por la defensa técnica, quien simplemente escuda el comportamiento de su prohijado en el principio de limitación enalzada, inoperante en el caso concreto.

A pesar de que el asunto planteado en sede constitucional emergía un tanto complejo, no solo porque involucraba temáticas jurídicas ajenas a la jurisdicción penal ordinaria asignada

al acusado, sino por las partes involucradas y las millonarias sumas que se reclamaban, asumir su conocimiento sin miramiento alguno solo es indicativo que MM quería resolverlo a toda costa, lo que explica que los actores eligieran la localidad de Apartadó y no otra para ventilar sus pretensiones.

El enjuiciado también era conocedor del carácter subsidiario de la acción constitucional y de su improcedencia ante la existencia de mecanismos judiciales ordinarios a disposición de los actores, circunstancia que no impidió la concesión del amparo, bastándole desestimar en abstracto la eficacia de los instrumentos a que podían acudir los interesados para reclamar sus derechos.

Así mismo, a pesar de la información relevante que suministró el PAR TELECOM en su contestación a la demanda, o de no obrar medios de convicción sobre una eventual imposibilidad en que estuvieran los accionantes de acudir a las vías judiciales regulares para demandar, o de la existencia de perjuicios irremediables, graves, inminentes y urgentes que obligaran al reconocimiento de los emolumentos reclamados, decidió tutelar presuntos derechos fundamentales, cual si esa fuese la única respuesta adecuada del estamento jurisdiccional para garantizar la vigencia de un orden justo, en términos del artículo 2 de la Constitución Política.

Mm acudió a múltiples expresiones jurídicas y lingüísticas para dar apariencia de legalidad a su decisión, pero ellas sólo reflejan la comprensión que tenía sobre los exactos requisitos de procedencia del mecanismo de amparo y dejan al descubierto la arbitrariedad con que resolvió temáticas que escapaban al ámbito ius fundamental.

En su defensa material el procesado explica que de haber tenido la voluntad de vulnerar el bien jurídico tutelado no habría analizado el asunto persona por persona, sino que hubiera confirmado la sentencia de primera instancia «a rajatabla» sin modulación alguna.

No obstante, olvida que la decisión de declarar improcedente la acción de amparo incoada por ocho demandantes se debió a «la existencia de otra acción de tutela por los mismos hechos y por las mismas circunstancias» pero, en lo atinente a los restantes demandantes en últimas, los que motivaron la investigación y juzgamiento, desatendió la totalidad de la información proporcionada por la entidad demandada y descrita en acápites anteriores, relacionada con la existencia de otros procesos ordinarios ante la justicia ordinaria laboral iniciados por los extrabajadores, el pago a ellos efectuados de



cuantiosas indemnizaciones al momento de su retiro, la fecha de extinción de TELECOM, el largo lapso que transcurrió entre el momento de su desvinculación de la entidad debido a su liquidación y el ejercicio de la herramienta constitucional, la falta de acreditación de un perjuicio irremediable, etc.

En ese propósito, optó por citar precedentes que no resolvían el caso concreto y, por el contrario, omitió múltiples y reiteradas decisiones de la Corte Constitucional, anteriores a la emisión del fallo cuestionado.

Además, como apropiadamente razonó el Tribunal, el entonces funcionario judicial no asumió la tarea de realizar verificaciones que cambiaran la referida realidad procesal. De la providencia motejada de prevaricadora se advierte que el acusado no hizo esfuerzo alguno por establecer probatoriamente, por ejemplo: (i) si la totalidad de los actores contaban con alguna justificación razonable para interponer tardíamente la acción de tutela y no haber promovido en oportunidad la acción especial de reintegro ante la jurisdicción ordinaria laboral; (ii) si los mismos se encontraban afectados en su mínimo vital o se hallaban en concreto ante la presencia de un perjuicio irremediable; (iii) si TELECOM había promovido los procesos jurisdiccionales de levantamiento de fuero sindical a los trabajadores que gozaban de esa garantía; y, (iv) si los demandantes habían sido indemnizados por razón de su desvinculación con la extinta entidad.

Los recurrentes plantean que la ausencia de dolo en el procesado se infiere de ciertos datos, como los siguientes: (i) no ordenó el pago directo en dinero en efectivo o efectuó embargo alguno, situación que sí resultó escandalosa y condujo a la investigación de varios jueces que así procedieron; (ii) la decisión cuestionada no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional y el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia conceptuó que no se configuraban «causales que dieran lugar a la iniciación de acciones disciplinarias y /o penales»; (iii) se excluyeron a varios de los tutelantes por considerar que no se les había vulnerado derecho fundamental alguno; (iv) respecto de otros actores que iniciaron procesos ejecutivos sin que se hubieran resuelto, se determinó que habría que pagarles lo que se les debía solo si esos trámites seguían demorándose en los estrados judiciales; (v) los demandantes tendrían que asistir a una conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, quedando a salvo la posibilidad de acudir ante la justicia laboral en caso de divergencia; (vi) la fiscalía no demostró las acciones corruptas que dieron lugar

al prevaricato, ni se presentó prueba siquiera indiciaria que vinculara al juez con la apoderada actora en tutela, o con alguno de los demandantes, o que existiera alguna promesa remuneratoria; (vii) a pesar de la experiencia del procesado como abogado y funcionario judicial, de él no se demostró aptitud especial en área diferente a la penal y el tema objeto de tutela correspondía a la laboral y administrativa; y, (viii) el implicado, a lo sumo, habría actuado de forma negligente al no estudiar en detalle un expediente voluminoso y complejo y al confiar legítimamente en la correcta labor del empleado encargado de sustanciar y proyectar la decisión.

Ya la Sala ha ido apuntalando argumentos que controvierten lo expuesto anteriormente como motivos de inconformidad. Con todo, para precisar, ellos no son de recibo, por cuanto:

(i) Que el entonces juez no ordenara el pago directo de dinero en efectivo o efectuara embargos a las cuentas del erario, no desdice de la conducta prevaricadora. Ese escenario sólo impidió que la fiscalía atribuyera otra infracción delictiva, verbigracia, el peculado por apropiación, pero en nada afecta la estructuración del primer injusto señalado. Por demás, el adjetivo de escandaloso en el accionar es sólo una apreciación subjetiva de la defensa material pues, en últimas, ambos comportamientos son severamente censurados por el legislador, al punto de convertirlos en conductas que merecen reproche penal y condigna sanción.

(ii) La selección de fallos de tutela para revisión por la Corte Constitucional, a pesar de orientarse, entre otros, por criterios objetivos, subjetivos o complementarios, no deja de ser un proceso con carácter discrecional. Por tanto, que la providencia aquí cuestionada no fuera seleccionada para revisión por el Alto Tribunal no indica que alguno de los anteriores criterios de selección no tuviere ocurrencia, menos que la decisión sea legal.

Acudir al razonamiento del recurrente conllevaría a que cada vez que la Corte Constitucional seleccione un fallo de tutela para revisión, sería indicativo que el mismo es ilegal o prevaricador, lo cual es ciertamente un despropósito.

En otras palabras, el procedimiento de la Corte Constitucional en el asunto concreto es un elemento probatorio neutro, pues no permite afirmar o infirmar las hipótesis acusatoria o defensiva pues, así como no es dable pregonar tipicidad objetiva o subjetiva en el delito de prevaricato respecto de un fallo de tutela seleccionado para revisión, tampoco es posible

negar su estructuración frente a un fallo no seleccionado.

Igual ocurre con el trámite de vigilancia judicial administrativa, encaminado a que la justicia se administre oportuna y eficazmente y a cuidar del normal desempeño de las labores de funcionarios y empleados de los despachos judiciales ubicados en el ámbito de su circunscripción territorial, cuestión que repercute en la calificación integral de servicios, en los traslados de servidores judiciales y en el otorgamiento de estímulos y distinciones, pero no incide en la atribución de responsabilidades disciplinarias o penales, competencias asignadas a otras autoridades.

[...]

Además, asoma paradójico que, a la par que MM invoca que el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia no halló irregularidad alguna en su accionar, también exponga que esa misma Corporación lo sancionó disciplinariamente, en su decir, «en forma por demás, miserable».

(iii) Infringe el recurrente el principio de corrección material cuando asegura que se excluyeron a varios de los tutelantes por considerar que no se les había vulnerado derecho fundamental alguno, toda vez que, como párrafos atrás se explicó, ello se debió a «la existencia de otra acción de tutela por los mismos hechos y por las mismas circunstancias»

Frente a otros tutelantes a los que se determinó que habría que pagarles si los procesos ejecutivos por ellos adelantados se dilataban en los estrados judiciales, lejos de desacreditar el tipo subjetivo en el prevaricato lo que hace es afianzarlo pues es indicativo que, a sabiendas de la existencia de aquellos trámites, el acusado instrumentalizó la herramienta constitucional con la finalidad de suplantar los mecanismos ordinarios dispuestos por el legislador para la resolución de conflictos, con vulneración flagrante del principio de subsidiariedad en tutela, situación que en nada cambia con la implementación de un procedimiento sui generis de conciliación en virtud a controversia en cuanto al monto, como quiera que lo reprochado es precisamente la procedencia de la tutela en el caso concreto, circunstancia que originaba ese posterior trámite.

Al hilo del registro de la acusación y de la alegación en juicio por el delegado de la fiscalía, este no se comprometió a probar la existencia de algún acuerdo entre AMDCDJMM y los accionantes o su apoderada, ni relación de parentesco o amistad entre aquél y éstos o la profesional del derecho, ni la existencia de algún

móvil o ánimo venal o de otra índole a favor del entonces funcionario judicial.

Además, la Sala insiste en que la estructuración del componente subjetivo en la conducta de prevaricato por acción no requiere la acreditación fáctica exigida por el recurrente (acuerdo, promesa remuneratoria, interés personal, simpatía o enemistad con alguna de las partes), sino que basta con que la decisión contraria a derecho haya sido proferida con conocimiento y voluntad, con independencia de si concurre, además, una motivación del servidor público para obrar de esa manera (Cfr. CSJ SP16574-2016, 16 nov. 2016, rad. 46884; CSJ SP13733-2017, 30 ag. 2017, rad. 47761; CSJ SP248-2024, 14 feb. 2024, rad. 58249; y, CSJ SP1865-2024, 17 jul. 2024, rad. 63141).

La argumentación de la defensa dirigida por esa senda a desvirtuar la existencia de dolo en la emisión del fallo de tutela por parte del entonces juez MM, claramente se advierte desatinada.

Aunque la defensa técnica no controvierte el análisis del Tribunal frente a la amplia experiencia del procesado como abogado y funcionario judicial, sí reprocha que no se demostrará su conocimiento en un área diferente a la penal, como lo era el tema objeto de tutela.

Esa especial instrucción en el área laboral-administrativa precisamente debió servir al enjuiciado de barrera de contención para evitar adentrarse en honduras jurídicas que pueden resultar un tanto complejas, incluso para quienes a diario se desenvuelven en ellas.

Empero, es incontrastable que para adoptar la decisión de mérito con que el entonces juez finiquitó el proceso de tutela en segunda instancia, no resultaba determinante sus exiguos conocimientos en derecho laboral administrativo, pues deliberadamente abstraigo los requisitos previstos para la procedencia de la acción y superpuso su criterio personal a la normatividad y jurisprudencia preexistentes.

En el asunto concreto no se trataba de establecer si los demandantes eran o no titulares del derecho prestacional sino, principalmente, de establecer si la acción de tutela resultaba ser el mecanismo judicial adecuado e idóneo para reclamar su reconocimiento y resolver ese tipo de asuntos litigiosos.

Así, el argumento del recurrente pretende desviar la discusión hacia otra orilla, esto es, la contrariedad o no de la ley en la resolución del fondo del asunto, cuando lo cierto es y hasta la saciedad se ha explicado, el reproche penal se funda en temáticas disímiles como la competencia territorial en tutela o la

improcedencia de la acción de amparo por desconocimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, cuya erudición aquí no se ha discutido debido a la experiencia acumulada de varios años de AMDCDJMM, en su rol de juez constitucional al momento de fallar el mecanismo tuitivo de los derechos fundamentales, por hacer parte de sus funciones en razón del artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991.

El Agente del Ministerio Público reitera una alegación que en su momento resolvió adecuadamente el Tribunal en el sentido que en el presente encuadramiento no se alegó, por ende no se demostró, que el acusado no tuviera la capacidad para comprender los problemas jurídicos que debía resolver preliminarmente se repite, que no el fondo del asunto al momento de fallar la tutela en segunda instancia, tampoco que el exceso de trabajo le impidiera verificar la

totalidad del expediente de tutela, menos que no haya elaborado personalmente la providencia prevaricadora o que fungiera como un simple «funcionario firmón» a quien se le indujo en error por un empleado sustanciador.

Por contera, mal podría asegurarse que la conducta punible atribuida al entonces funcionario judicial fue producto de negligencia o descuido, conclusión en la que conviene la Sala con el a quo pues ningún elemento material probatorio da cuenta de falta de dominio del implicado en las funciones propias a su cargo, especialmente las de dirección del proceso, o de actuaciones adelantadas con desidia. Por el contrario, existen elementos suficientes para afianzar que su actuar estuvo dirigido en forma consciente a vulnerar el ordenamiento jurídico. El análisis de todas las particularidades relativas a la decisión, en su conjunto, revelan el conocimiento de la ilegalidad de su proceder».

---

## Inicio

**16. RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, se asemeja al efecto diferido, reglas jurisprudenciales / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto diferido: auto que niega pruebas, no afecta la estructura del proceso penal ni vulnera el debido proceso de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: efecto diferido no está consagrado taxativamente en la Ley 906 de 2004, interpretación jurisprudencial / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: interpretación del artículo 177 de la ley 906 de 2004, reglas jurisprudenciales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: diferencia con la enunciación probatoria en la audiencia preparatoria

La Sala mayoritaria de Casación Penal, decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de JFCC, contra la decisión AEP-045-2024, del 1° de abril de 2024, proferida por la Sala Especial de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual negó el decreto de la prueba testimonial solicitada en la audiencia preparatoria por la parte recurrente.

En esta oportunidad, se resolvió: 1) declarar la legalidad de la actuación, y 2) confirmar la decisión apelada.

En cuanto a la legalidad de la actuación, la Sala de Casación Penal esclareció que la interpretación adecuada del artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en casos de apelación de decisiones que, nieguen la práctica de pruebas o

decidan sobre su exclusión es que, el efecto suspensivo en el que se concede el recurso afecta solo los aspectos impugnados, no así el resto del proceso ni las cuestiones no discutidas por las partes.

De otra parte, en lo relacionado con el fondo del asunto, consideró que: i) no se vulneraron los derechos de las partes e intervinientes con la metodología utilizada por la Sala Especial de Primera Instancia, la cual no fue objetada y ii) fue correcta la decisión de rechazar las pruebas por falta de descubrimiento, en tanto que, el defensor solo se refirió a la adición de los testimonios en la etapa de enunciación.

**AP3597-2024(66145) de 26/06/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

**Salvamento de voto**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

**Jorge Hernán Díaz Soto**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

---

## **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 28 de julio de 2022 se presentó ante la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, escrito de acusación en contra JFCC.

2. El 15 de marzo de 2023, el Magistrado declaró formalmente acusado a JFCC como coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros agravado, ambos en concurso homogéneo y sucesivo con las circunstancias de mayor del artículo 58.1.10 del CP.

3. Posteriormente, la Sala fijó las siguientes pautas para el desarrollo de la audiencia preparatoria: Las partes deben elaborar un escrito donde conste (i) la entrega material de los elementos de prueba descubiertos por las partes e intervinientes con constancia de recibido de cada uno y con copia a la secretaria de la Sala; (ii) la enunciación de las pruebas que las partes harán valer en la audiencia preparatoria con constancia de recibido; (iii) las estipulaciones en caso de darse; iv) en caso de que el descubrimiento no haya sido completo, las partes informarán inmediatamente a quien tenga la obligación de hacerlo para que se culmine el descubrimiento antes de la iniciación de la audiencia preparatoria, no se admitirán en la audiencia preparatoria alegatos sobre deficiencias en el descubrimiento que debieron ser corregidas previamente”; (v) “se evitarán controversias sobre los inconvenientes presentados con el descubrimiento probatorio pues ellos se deben superar antes de la audiencia preparatoria”; y (vi) se exhortó a las partes e intervinientes para que el descubrimiento fuera total y oportuno “por fuera de la audiencia” y que de ello quede constancia escrita.

4. El 22 de noviembre de 2023 se dio inicio a la audiencia preparatoria, en curso de la misma el Magistrado Ponente interrogó a las partes e intervinientes si el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía fue cumplido a cabalidad. También se le interrogó a la defensa quien respondió afirmativamente.

5. Acto seguido el Magistrado ponente expuso: “estando de acuerdo las partes declaro formalizado y completo el descubrimiento probatorio realizado por el defensor del acusado sin necesidad de verbalizarlo por haber sido realizado materialmente antes de esta audiencia del cual las partes e intervinientes y la Sala cuentan con el escrito que lo contiene”.

6. El trámite siguió con la enunciación probatoria de la Fiscalía y se le preguntó a la defensa: “Señor defensor ¿usted cumplió con la enunciación probatoria enviando la lista de los elementos materiales de prueba que va a hacer valer en el juicio y si recibió de la Fiscalía la enunciación probatoria?”.

La defensa expuso: “Si señoría, si lo hice, no obstante, en desarrollo de la audiencia si a bien lo considera y lo permite la Sala de esta Corporación,

cuento con dos testimonios más que los alegaría y los expresaría de manera oral y una eventual evidencia demostrativa”. El Magistrado indicó: “proceda de una vez señor defensor”.

Acto seguido el defensor realizó la petición.

Intervino el Magistrado e indicó: “como quiera que esta metodología se incrementó para evitar verbalizar la enunciación y hacer repetitivo este acto, se da por superada esta fase de la audiencia”. La audiencia continuó con la etapa de las estipulaciones y una solicitud de conexidad elevada por el defensor.

7. El 4 de abril de 2024 se dio lectura a la parte resolutive del auto AEP045 del 1° de abril de 2024, como quiera que a las partes se les había remitido previamente la decisión. En lo pertinente al recurso que hoy ocupa a la Sala, el A quo negó la prueba testimonial solicitada por la defensa en la audiencia preparatoria, argumentando que no fue descubierta.

8. La defensa interpuso el recurso de apelación. La Fiscalía, como no recurrente, solicitó la confirmación porque los testimonios no estaban en el escrito; el apoderado de víctimas la coadyuvó y el delegado de la Procuraduría expuso que no intervendría.

9. Finiquitado el traslado al Magistrado sustanciador expuso que el recurso fue debidamente sustentado por lo que se concedía en “efecto suspensivo”. Realizó un receso para dar a conocer un “tema que la Sala viene estudiando” y reanudada la audiencia dispuso: “la continuación de la actuación hasta donde sea posible en todo lo que no tenga relación con el tema materia de la alzada [...] una vez sea necesario contar con la decisión de segundo grado se suspenderá la actuación hasta conocer su pronunciamiento”.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**RECURSO DE APELACIÓN** - Efectos: devolutivo, suspensivo / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: alcance / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, se asemeja al efecto diferido, reglas jurisprudenciales / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto diferido: auto que niega pruebas, no afecta la estructura del proceso penal ni vulnera el debido proceso de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: efecto diferido no está consagrado taxativamente en la Ley 906 de 2004, interpretación jurisprudencial / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: interpretación del artículo 177 de la ley 906 de 2004, reglas jurisprudenciales



«La Sala Especial de primera instancia, por intermedio del Magistrado que presidió la audiencia, concedió el recurso en “efecto suspensivo”. No obstante ello, indicó que se seguiría con el trámite, “para cuyo propósito en auto separado se fijará fecha para dar inicio a la audiencia de juicio oral”, data que no consta dentro de la presente actuación.

[...]

Lo primero que advierte esta Sala de Casación es que el A quo concedió el recurso de apelación tal como dispone la ley, es decir, en el “efecto suspensivo” de modo que el acierto de la decisión no admite duda.

Ahora bien, al conceder el recurso, la Sala Especial de primera instancia interpretó la frase “efecto suspensivo”, pues en su entender, afincado en principios constitucionales en beneficio del procesado y de la víctima, y siguiendo el principio de limitación que rige los recursos, la suspensión solo opera en lo que tiene que ver con el objeto del recurso y los aspectos inescindiblemente vinculados a éste. Así entonces, la apelación del auto que negó pruebas no interrumpe el trámite de todo aquello que no tenga relación con el tema específicamente recurrido.

[...]

Ahora bien, lo realizado por el A quo es más cercano al otrora conocido como “efecto diferido” consagrado en el artículo 192.2 de la Ley 600 de 2000 (“En cuyo caso se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, excepto en lo relativo a la libertad de las personas, pero continuará el curso de la actuación procesal ante el inferior en aquello que no dependa necesariamente de ella” subrayado fuera de la norma). En ese ordenamiento, valga la aclaración, se concede en efecto diferido la apelación de la decisión que “deniegue la admisión o práctica de alguna prueba solicitada oportunamente” (artículo 193.b.1).

El Código General del Proceso consagra un Instituto Procesal similar en el artículo 323.3 (“En este caso se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el juez de primera instancia en lo que no dependa necesariamente de ella”).

Que el efecto diferido no haya sido consagrado en la Ley 906 de 2004 no significa que sea una figura extraña al proceso penal y, para el caso del Sistema Penal Acusatorio, resulta de gran valía para evitar moras en la Administración de Justicia, pues como ya se indicó, lo importante no son las formas por las formas mismas, sino que los procedimientos establecidos previamente

en la ley lo están para, entre otros fines, brindar una solución pronta a los conflictos de índole penal que se presentan en la sociedad.

La decisión del A quo, vista desde un punto meramente formal y en una interpretación estrictamente exegética de técnica gramatical, contradiría el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 (C.P.P), porque el precepto manda que la apelación del “auto que niega la práctica de prueba” se concederá en el “efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva”.

Sin embargo, una interpretación más amplia, no solo sistemática sino también de fines y específicamente por el efecto útil de la norma, permite encontrar razonable una hermenéutica que fije la precisión y alcance de esa “suspensión” para indagar por cuál es exactamente el ámbito de la competencia del A quo que se suspende en razón de la concesión del recurso.

Para entregar una respuesta razonable a ese interrogante, es necesario determinar cuál es la Institución a la cual sirve la garantía del recurso de apelación que procede contra “el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral” y el efecto en que manda la ley debe concederse el mismo (suspensivo).

Indudablemente esa garantía y ese Instituto sirven al Proceso Penal, de modo que los fines definidos del procedimiento penal son, necesariamente, elementos que integran la interpretación razonable del precepto.

[...]

Con ese marco normativo, resulta claro para la Sala, que una interpretación del “efecto suspensivo” del recurso de apelación contra “el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral” necesariamente debe incluir el definido propósito de hacer realidad el derecho del procesado y de todas las partes e intervinientes “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

En ese orden de ideas esta Sala estima que dada la estructura del proceso penal y específicamente la forma como está diseñada la práctica de pruebas en la fase de juzgamiento (artículo 362) es perfectamente razonable que el efecto suspensivo del recurso de una prueba negada a la defensa pueda predicarse única y exclusivamente del juicio del Ad quem sobre esas pruebas específicamente.

A esta conclusión también contribuye el carácter derivado de la competencia funcional en tanto

está marcada, como poder y límite, por los términos del recurso. De esa manera si el Superior Funcional solo está autorizado a conocer del asunto por razón del recurso y solo puede conocer del tema propuesto en el recurso, no tiene objeto alguno que se suspenda la totalidad de la actuación, si sus resultados no afectan su normal desarrollo.

Esta hermenéutica no genera ningún quiebre frente a la estructura del debido proceso, pues resulta favorable tanto a los intereses del procesado como a los de la presunta víctima, y dinamiza el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas (artículo 29 de la Constitución Política).

Tampoco ofrece riesgo para las garantías de las partes, especialmente el derecho de defensa, por cuanto las pruebas que se le decretaron serán practicadas con posterioridad a las de la Fiscalía como lo dispone el artículo 362 del CPP /2004. No hay entonces ningún perjuicio para el procesado si se inicia el juicio oral con la práctica probatoria de la Fiscalía, para que, luego de culminadas éstas, se proceda a practicar las de la defensa, inclusive las que le fueron negadas en caso de que el superior decida revocar la providencia. Es solo el orden legal de la práctica probatoria.

Adviértase cómo esta interpretación no solo no resulta contraria a los postulados de celeridad que deben imperar en la Administración de Justicia, sino que realiza ese propósito que interesa a todos los sujetos o participantes de la actuación penal.

[...]

Bajo ese entendido, la Sala de Casación Penal deja claro que la correcta interpretación del artículo 177 del CPP /2004, es la siguiente:

1. Cuando de apelación de pruebas se trate, bien sea porque se niega su práctica o se decide sobre su exclusión, el “efecto suspensivo” debe entenderse, en concordancia con el principio de limitación que rige el recurso, que la suspensión afecta únicamente los aspectos que son objeto de apelación, sin que tales efectos alcancen todo el trámite posterior ni afecten la actuación en los temas no controvertidos por las partes.

Esta interpretación que hoy prohija la Corte se concatena con los postulados que inspiraron el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 para brindarle a la Administración de Justicia mecanismos ágiles para consolidar los principios de celeridad y eficiencia (artículos 228 de la Constitución y 4 y 7 de la Ley 270 de 1996). Así se permite que el proceso penal fluya, evitando

posibles prescripciones o vencimientos de términos propios de la congestión judicial.

2. Esta regla solo aplica para controversias probatorias (artículo 177.4.5 CPP /2004). Las apelaciones frente a la sentencia condenatoria o absolutoria, el auto que decide la solicitud de preclusión y el que resuelve la nulidad (artículo 177.1.2.3. ibidem), quedan excluidas de esta interpretación pues en éstas lo que se apela es el todo de las resultados del proceso, el objeto del recurso no es el debate probatorio sino del proceso en sí mismo, es decir, en la sentencia, la preclusión y la nulidad (a diferencia del tema probatorio), existe unidad integral del proceso por lo que no se puede seguir adelante con la actuación»

#### **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Descubrimiento probatorio: diferencia con la enunciación probatoria en la audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Descubrimiento probatorio: es un acto de lealtad procesal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Descubrimiento probatorio: omisión de hacerlo, rechazo probatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Descubrimiento probatorio: no necesariamente debe ser verbal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Prueba: etapas, descubrimiento, enunciación, solicitud y práctica probatoria

«El error de la defensa en la sustentación de la apelación es confundir la etapa del descubrimiento con la posterior etapa de la enunciación, dos etapas diferentes aunque unidas por efectuarse en la misma audiencia preparatoria.

[...]

Fíjese que aunque estén en el mismo artículo el descubrimiento y la enunciación son perfectamente diferenciables tanto en tiempo como en partes que deben efectuarlo. Primero se hace el descubrimiento por parte de la defensa exclusivamente pues ya la Fiscalía lo hizo en la audiencia de formulación de acusación. Después de ese descubrimiento que se hace a la Fiscalía y que debe verificarse en ese preciso momento por parte de esta última se pasa a la fase subsiguiente que es la enunciación, donde primero enuncia la Fiscalía y después la defensa.

[...]

Bajo este entendido, debe quedar absolutamente claro que el agotamiento de la audiencia preparatoria también es un acto complejo que se tramita por etapas diferenciables y que las obligaciones de las partes en cuanto al descubrimiento y la enunciación son distintas.

Se debe partir de la base que los conceptos de descubrimiento y enunciación no son sinónimos como mal lo entendió la defensa.

El descubrimiento es ante todo un acto de lealtad procesal que está dado para que las partes muestren a los sujetos procesales (la otra parte y a los intervinientes) los medios de prueba que tienen en su poder para de esa forma garantizar el derecho de contradicción.

En esas condiciones, y para el caso particular puesto a consideración de la Sala de Casación Penal, los argumentos expuestos por la defensa resultan errados al considerar que la prueba referente a los testimonios de RBG y de CCT, si fueron descubiertos y enunciados, toda vez que al revisar la audiencia se observa claramente los testimonios no fueron descubiertos, aunque si enunciados y verbalizados.

[...]

Fijese que el error del defensor está dado en el hecho de no haber verbalizado o manifestado expresamente en la fase del descubrimiento que adicionaría esos dos testimonios, por el contrario, en la etapa especial del descubrimiento guardó silencio y solo refirió los testimonios cuando se le requirió la enunciación de sus pruebas. Ahí el error de la defensa. Su inacción en la etapa del descubrimiento no puede ahora alegarse confundiendo las fases que la ley distingue claramente.

La Corte debe aclarar que la metodología utilizada por la Sala Especial de Primera Instancia no contradice los pilares del Sistema Penal Acusatorio. Si bien lo ideal es siempre la verbalización de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y del descubrimiento y la enunciación probatoria en la audiencia preparatoria, cuando el funcionario judicial establece unas reglas previas para garantizar la celeridad en el proceso, y éstas son avaladas por los sujetos procesales, quienes además las comparten y no realizan objeción alguna, ningún inconveniente existe en evitar la verbalización, pues lo verdaderamente importante es que los sujetos procesales tengan conocimiento de los actos de los demás, de su contraparte, para de esa forma garantizar el derecho de contradicción.

Es decir, las partes y los intervinientes están convalidando las actuaciones del funcionario judicial, lo que resulta válido, siempre y cuando no se vulnere el derecho fundamental de defensa ni se afecten las bases sustanciales del debido proceso».

**SALVAMENTO DE VOTO:  
DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

**RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, asimilación con el efecto diferido, es improcedente (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de integración: inaplicación del efecto diferido de la Ley 600 de 2000, a procesos de la Ley 906 de 2004 (SALVAMENTO) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de concentración: se vulnera (SALVAMENTO) / **PROCESO PENAL** - Fines: se vulneran (SALVAMENTO) / **PROCESO PENAL** - Formas propias del juicio: vulneración / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Competencia: no tiene funciones legislativas

«Aun cuando al momento de la deliberación y aprobación del proyecto presentado dentro de la actuación de la referencia, aduje que salvaría parcialmente mi voto, luego de un nuevo análisis del contenido de la providencia, considero que lo pertinente es un salvamento pleno, a lo determinado por la mayoría, lo que hago con el debido respeto, conforme paso a exponerlo, en los siguientes términos:

[...]

En la decisión finalmente adoptada, la Sala, en su propósito de respaldar el trámite del a quo, indicó que la novel interpretación sobre el efecto del auto que niega una prueba se asemeja al efecto diferido consagrado en la Ley 600 de 2000, del cual, auspició su integración normativa, por entender que no es una disposición “ajena” al procedimiento penal.

Sin embargo, un razonamiento de ese tenor desconoce frontalmente el contenido del artículo 25 de la Ley 906 de 2004, que indica: “En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal” (subrayado fuera del texto). Así, no era viable siquiera insinuarse que resulta compatible la aplicación de la Ley 600 de 2000, principalmente, porque lo concerniente al efecto en que se concede el recurso de apelación representa una materia que sí está integral y expresamente regulada en la Ley 906 de 2004.

Está claro que, si el legislador estimó necesario fijar sólo dos efectos en el sistema penal acusatorio, ello obedece, en principio, a su potestad de configuración, sin que sea posible aducir algún tipo de olvido o inadvertencia.

Es, cuando menos, elusivo sugerir que el tema no ha sido tratado u obliga de complementación con otra normatividad, cuando la norma reemplazada



no es la general que instituye el efecto de los recursos, sino la particular que, de forma expresa, advierte que la apelación contra el auto que niega pruebas lo es en el suspensivo, en cuyo caso, importa destacar, dado que no fue un tópico abordado en la decisión de la mayoría, lo que se suspende no es sólo el trámite del proceso, sino la competencia de quien lo adelanta, esto es, de la Sala Especial de Primera Instancia.

En ese criterio cortoplacista que gobierna la decisión, se olvida el examen teleológico y de contexto, a partir del cual se explica por qué la Ley 600 de 2000 puede contemplar un trámite diferido, lo que no sucede con el sistema penal acusatorio.

Precisamente, gobernado por el principio de permanencia de la prueba, la realización de la audiencia preparatoria y sus efectos en la aludida normatividad no tiene tanto impacto como ocurre con la Ley 906 de 2004, en cuanto, en esta, se obliga que todas las pruebas se practiquen en juicio y, consecuentemente, reclama que a este estadio procesal sólo se llegue a las que fueron aprobadas en la audiencia preparatoria, razón que justifica por qué no pueden adelantarse, a la par, los objetos de ambas diligencias.

Siguiendo ese hilo conductor, los efectos del recurso, en la temática estudiada, guardan armonía con los principios, bastante diferenciados, de permanencia de la prueba y concentración que gobiernan una y otra compilación adjetiva penal. Mientras que, en la codificación de 2000, la escena probatoria se ofrece de manera dispersa, sin que sea necesario situar la práctica de tales elementos en un solo momento, resulta entonces entendible por qué es compatible un efecto en el que se pueda ir acopiando un elemento en espera de la resolución de la controversia frente otro; en cambio, en la Ley 906 de 2004, el desfile probatorio sólo se protagoniza en una fase concreta y prima facie sin solución de continuidad, lo que, en la misma lógica anterior, torna inviable la aplicación de un efecto que trastoque la presentación interrumpida de las pruebas.

Con todo, ante la imposibilidad de recurrir a una figura propia de la Ley 600 de 2000, es claro que la decisión de otorgar al recurso un efecto que no posee, ni puede poseer, por fuera de lo que la ley expresamente regula sobre el punto, representa, ni más ni menos, la asunción de un poder legislativo extraño a la Corte.

[...]

De esas precisiones subyace la siguiente regla: tiene cabida la aplicación del efecto diferido del

recurso de apelación, siempre y cuando i) no se trate de una prueba de refutación y ii) las partes estén de acuerdo.

Significa entonces, desde la premisa creada, que el devenir del proceso penal, sus etapas y el agotamiento de una determinada fase, son factores que dependen del interés de las partes o de las coyunturas que en el trámite vayan surgiendo, conclusión peligrosa que abre la puerta a mayores inconvenientes de los que se quieren solucionar.

[...]

Se pasa por alto, se insiste, que existen mínimos de estructura que en ningún caso pueden omitirse, so pena de detonar una sucesión caótica de problemas. Desde una perspectiva holística, todo el trámite procesal está relacionado entre sí, a través de una línea armónica que debe conservarse.

En efecto, la teleología de agotar, en su integridad, la audiencia preparatoria o, suspenderla hasta que se resuelvan las pruebas (el artículo 363 del C.P.P), halla razón de ser en que:

La consolidación de una estrategia defensiva parte de la base de conocer, de manera definitiva, cuáles son las pruebas de la contraparte. Así, el orden en que se presentan, los ejes temáticos que se abordan y, en general, el enfoque en la aducción probatoria se confecciona con base en la necesidad de derruir y contrarrestar el acopio probatorio del adversario, en un sistema, como el actual, acentuado en ese enfoque dialéctico.

Por manera que alterar esa ecuación balanceada repercute, por mucho que sofisticadamente se quiera evadir, en el derecho a la defensa de las partes.

A más de lo anterior, iniciar la formación de la prueba y supeditar su continuidad a la definición, en segunda instancia, de aquellas que quedaron en discusión, afrenta como ya se dijo anteriormente el principio de concentración establecido en el artículo 454, en tanto establece que: “La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión”.

Lo dicho, por cuanto la nueva interpretación, avalada por la Sala mayoritaria, crea, sin decirlo expresamente, una excepción jurisprudencial al principio en comento y altera el normal desarrollo del juicio, en una etapa donde se espera la ininterrumpida celebración de la vista pública.



[...]

Por todo lo adverbado, considero que la nueva interpretación normativa trastoca por completo no sólo el contenido literal, sino, más grave aún, la armonía estructural del sistema penal acusatorio, hasta el punto de darle un alcance a los efectos de la apelación incompatible con el principio adversarial del sistema, el derecho a la defensa y el mandato de concentración de la prueba»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: prevalencia de lo sustancial sobre lo formal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: término extemporáneo, no se configura (SALVAMENTO)

«[...] paradójicamente fundados en la filosofía contraria, se ofrecen los argumentos consignados en la decisión de la cual me aparto, para confirmar la negativa a aceptar los medios de prueba aportados por la defensa, por considerar extemporáneo su descubrimiento.

Es que, me pregunto, si la ley establece unos momentos específicos y espacios procesales concretos para adelantar determinada actuación a cargo de un parte ¿es posible que la simple determinación del juez, que implanta un momento anterior a ello, faculte desconocer el mandato legal?

La decisión no desconoce, ni puede hacerlo, que, en efecto, la norma fija que el descubrimiento probatorio de la defensa opera en curso de la audiencia preparatoria, previo a la enunciación que la partes realizan acerca de los medios que llevarán a juicio.

[...] es claro que el descubrimiento en cuestión operó por fuera de lo que la ley expresamente consagra, no entiendo la razón por la cual, vista la confusión de la defensa y la actuación apresurada del A quo, no se permite que tales medios sean descubiertos, si es claro que, entonces, el a quo no abrió, en estricto sentido, la fase que dentro de la audiencia preparatoria faculta el descubrimiento de la defensa y, sin más, dio por cerrado dicha posibilidad cuando lo único que hizo fue interrogar a la defensa acerca del escrito previo que debió entregar a la Fiscalía.

Cuando la decisión previa acerca de la legalidad de permitir entregar al recurso un efecto distinto al que consagra la ley, se basa apenas en elementos eficientistas e, incluso, apelación a principios procesales generales, no advierto razón para que ello no se haga valer aquí de

forma similar, cuando es claro que, y quiero destacarlo, la razón por la cual se niega la posibilidad a la defensa estriba en un argumento de clara estirpe formalista que la Sala de Primera Instancia ya daba por comenzada la fase de enunciación de la prueba, que en sí mismo carece de trascendencia material y desconoce las vicisitudes que generaron la supuesta extemporaneidad.

Mírese cómo, al efecto, en un extraño criterio cualitativo, para la Sala mayoritaria resulta más importante, trascendente y necesario hacer respetar el orden de la audiencia preparatoria aunque, más extraño aún, no le importó que una de sus etapas más trascendentes de esta, la del descubrimiento probatorio de la defensa, se realizara por fuera de ella y, desde luego, de la clara distinción de hitos sucesivos que establece la norma, que atender a lo que dos normas expresas artículos 177 y 363 de la Ley 906 de 2004 refieren en torno del efecto suspensivo de los recursos y la incompetencia que de allí surge para quien tramita el asunto en primera instancia.

Por mucho esfuerzo dialéctico contrario que se intente, es claro que poseen mayor valor y efecto sustancial las normas que regulan los recursos y sus efectos, que aquella meramente procedimental en la cual se establecen criterios ordenados para adelantar una determinada diligencia»

#### **SALVAMENTO DE VOTO: JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO**

**RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de integración: inaplicación del efecto diferido de la Ley 600 de 2000, a procesos de la Ley 906 de 2004 (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, asimilación con el efecto diferido, es improcedente (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: falta de competencia del juez de primera instancia (SALVAMENTO) / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Competencia: no tiene funciones legislativas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de igualdad de armas: se vulnera / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio adversarial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: término extemporáneo, no se configura (SALVAMENTO) / **PROCESO PENAL** - Fines: se vulneran (SALVAMENTO)

«Con el debido respeto por la postura mayoritaria, entro a exponer las razones de mi disenso, no sin

antes aclarar que, aunque en el acta de aprobación del caso se anotó que se trataba de un salvamento parcial, realmente, como se verificará, se trata de un apartamiento total a la decisión finalmente aprobada, según lo anunciado durante la discusión del presente asunto en la Sala.

[...]

La postura adoptada por la Sala cambia por completo la naturaleza y efectos de las normas señaladas, con lo cual sustituye al legislador, en la medida en que abre la puerta para que, en adelante, la interposición y concesión del recurso de apelación contra la decisión que niega pruebas en la audiencia preparatoria no opere en efecto suspensivo, sino en una especie de diferido, configurando así, con todo respeto, una clara trasgresión al debido proceso con graves efectos, por las razones que se explican a continuación.

Quebrantamiento de la estructura del proceso penal

El procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004 está diseñado de manera rígida por cuatro audiencias o etapas, siendo, cada una, presupuesto determinante de la siguiente: la de formulación de imputación, la de formulación de acusación, la preparatoria y, por último, el juicio oral. Cada una tiene una finalidad específica, cuyo agotamiento es necesario para que el proceso pueda avanzar a la siguiente.

La audiencia preparatoria, que como su nombre lo indica tiene como finalidad la de preparar el juicio oral, busca definir y resolver todas las discusiones alrededor de las pruebas de cargo y de descargo que se van a practicar en el juicio oral. Por ello, se trata de una etapa ineludible para el cabal desarrollo del juicio oral y el cumplimiento de su objetivo, que es la práctica de los medios de conocimiento previamente aceptados y decretados y la presentación de los alegatos de conclusión de las partes.

Si no se cumple a cabalidad el objetivo de la audiencia preparatoria y no se resuelven los aspectos que surjan alrededor de las pruebas que se quieran hacer valer en el juicio para que queden establecidas a cabalidad las bases sobre las cuales se va a realizar, no es posible empezar el debate oral de manera satisfactoria, pues las partes acudirán a la vista sin saber con exactitud con qué medios de prueba pueden contar y cuáles tendrán que controvertir, lo que por supuesto afectará las estrategias de acusación y de defensa que tengan la Fiscalía y la parte acusada.

Entonces, permitir que inicie el juicio oral cuando aún se encuentra pendiente la definición de

pruebas que alguna de las partes solicita practicar en juicio, implica que inicie una etapa del proceso sin haberse agotado su antecedente, con una clara afectación a la estructura básica del proceso penal.

Precisamente, la razón por la cual el legislador estableció que la apelación de los autos que niegan el decreto de pruebas se conceda en el efecto suspensivo radica en la necesidad de que previamente se resuelvan las discusiones que surjan sobre los medios de convicción en el marco de la audiencia preparatoria, para poder avanzar en la siguiente etapa, que es su práctica en el juicio oral, pues dicho efecto impone la suspensión del trámite -y de la competencia del juez- hasta cuando la segunda instancia resuelva sobre la apelación a la negativa de la práctica de pruebas. Solo se agota el antecedente -la preparatoria- cuando se cuenta con una decisión que resuelve este aspecto, momento a partir del cual se garantiza a las partes que puedan ejercer sus roles de acusación y defensa, preparar sus estrategias, de manera eficiente y preparada en el juicio.

[...]

Vulneración del principio de igualdad de armas

El derecho de defensa, como manifestación del debido proceso penal, encuentra una de sus expresiones en el principio de igualdad de armas. [...]

Este principio exige que se garantice la protección de los imputados frente aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso, adoptando medidas para equiparar en el mayor grado que se pueda, las posibilidades para que el acusado y su defensa presenten el caso desde una posición que no sea manifiestamente desventajosa frente a la Fiscalía. Por lo tanto, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas deben estar en la posibilidad de acudir al juicio con sus herramientas para llevar al juez al conocimiento de su teoría del caso para que decida si está o no satisfecho el estándar probatorio legalmente establecido para emitir condena, sin privilegios ni desventajas.

Ahora bien, la Ley 906 de 2004 tiene una marcada perspectiva acusatoria que se rige por el principio adversarial, caracterizado por el trámite de las distintas audiencias de manera oral, con intermediación y concentración, con la finalidad de que se garantice el derecho a la contradicción y controversia del llamado proceso de partes, donde cobra gran importancia el principio de igualdad de armas.

[...]

Justamente para ello, el procedimiento penal contempla la figura del descubrimiento probatorio, que pretende que ninguna de las partes contendientes asista al juicio ignorante de las herramientas que la contraparte tiene para estructurar su estrategia. Así, esta figura se adelanta antes del juicio, en el marco de las audiencias de acusación y preparatoria, pues con ello se evita la sorpresiva presentación de material probatorio en la vista oral, circunstancia que comprometería gravemente el derecho a la defensa del acusado ante la imposibilidad de recaudar, ya estando en la etapa final, material probatorio de contraste.

[...]

Así las cosas, la posición de la Sala mayoritaria entraña un mensaje nefasto para el sistema procesal adversarial de la Ley 906 de 2004, pues a partir de introducir esa errada interpretación que modifica el efecto suspensivo en que debe concederse el recurso de apelación contra el auto que niega pruebas, permite el inicio del juicio oral cuando aún no se ha cerrado el debate sobre las pruebas a practicar, lo cual, se reitera, desconoce los preceptos legales que regulan el asunto y desestructura el proceso penal al permitir el paso a una etapa consecuente sin haberse terminado su antecedente de la manera como lo regula la ley, afectando con ello el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de igualdad de armas.

Pero, para terminar, si se considera que el artículo 177.4 de la Ley 906 también manda que la apelación del auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral se concederá en el efecto suspensivo, que impone la suspensión de la competencia de quien lo profirió, anticipo que como si no fuera suficiente la manera como se mina por diferentes ángulos los pilares del sistema procesal que se derivó del Acto Legislativo 3 de 2002, quien ose interponer una apelación contra auto de esa naturaleza, mutatis mutandis, verá que aquel mandato quedará vacío de contenido, pues se le concederá el recurso en un efecto diferido, que ni está en aquél ordenamiento ni al que para darle soporte se debe acudir a otros, porque sobre la forma del efecto en que se concede el recurso de apelación no existe vacío en el Código de Procedimiento Penal de 2004.

Bajo esa lógica, en orden a evitar estas afectaciones estructurales que violan garantías fundamentales y en garantía del principio de legalidad, debió anularse el trámite a partir del momento en que la Sala Especial de Primera Instancia decidió avanzar en el juicio -sin haberse agotado bajo el cobijo de la ley la

audiencia preparatoria- al tiempo que concedió el recurso de apelación contra el auto de pruebas que negó la inclusión de los dos testimonios solicitados por la defensa»

#### **SALVAMENTO DE VOTO: CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: oportunidad /  
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: obligaciones del juez /  
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: controversia, saneamiento /  
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: prevalencia de lo sustancial sobre lo formal /  
**DEFENSA TÉCNICA** - Estrategia defensiva

«[...] Al respecto, se advierte que el juzgador de primer grado tomó diversas medidas para agilizar el descubrimiento probatorio y, más específicamente, para garantizar que la audiencia preparatoria transcurriera rápidamente.

Entre ellas, se destaca el deber de las partes de realizar el descubrimiento antes de la audiencia, con la carga adicional de dejar debidamente documentada esa actividad. Ello, a pesar de que el artículo 356 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que en esa diligencia debe verificarse que el descubrimiento realizado por fuera de la audiencia de acusación haya quedado completo y, en el numeral 2, establece que el juez dispondrá “que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física”.

Lo anterior tiene sentido dentro de la estructura de la Ley 906 de 2004, toda vez que: (i) la acusación y el consecuente descubrimiento probatorio tienen como finalidad principal brindarle el conocimiento suficiente a la defensa para que defina su estrategia; (ii) por tanto, el descubrimiento a cargo de la Fiscalía debe perfeccionarse en esa audiencia, salvo los aspectos que deban concretarse después de la misma, a lo que alude el numeral 1° del artículo 356 en cita; (iii) a partir de esa información, la defensa tiene la oportunidad de decidir sobre las pruebas que puedan resultar útiles para derruir la hipótesis de la Fiscalía o presentar una hipótesis factual alternativa; y (iv) lo anterior explica por qué el descubrimiento probatorio a cargo de la defensa puede perfeccionarse en la audiencia preparatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 344 ídem sobre la posibilidad de que la Fiscalía solicite la entrega “de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios

probatorios (que la defensa) pretenda hacer valer en el juicio”, así como la obligación de entregar los “exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado” cuando “piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes”.

En suma, no existe duda de que la defensa puede completar el descubrimiento probatorio en la audiencia preparatoria, porque así lo establece expresamente el artículo 357, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004, lo que se aviene a la estructura del modelo procesal regulado en la Ley 906 de 2004.

[...]

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se tomaron algunas medidas para que la Fiscalía y la defensa logran el mayor nivel de descubrimiento posible antes del inicio de la audiencia preparatoria.

Al inicio de dicha audiencia, se le indagó a las partes si ese acuerdo se había logrado, a lo que todas contestaron afirmativamente.

Sin embargo, la situación generó algo de ambigüedad, porque es claro que la defensa concurrió a la audiencia con el propósito de solicitar varias pruebas que no habían sido descubiertas bajo las reglas establecidas por el director del proceso. Por tanto, cuando se le preguntó si el descubrimiento se había perfeccionado, se refirió al que debía surtir antes de esa diligencia.

Prueba de ello es que, inmediatamente después, advirtió que solicitaría dos testimonios y una “evidencia demostrativa”, que no habían sido incluidos en el reporte concertado por fuera de la diligencia.

Ante este panorama, lo único que podría reprochársele al defensor es que no haya utilizado la palabra “descubrimiento” para dar a entender lo que era obvio, esto es, que a las pruebas incluidas en el acta ordenada por el juzgador se adicionarían otras tres. [...]

[...] la dirección de la audiencia debió orientarse a aclarar la situación, especialmente a establecer si las partes habían comprendido bien la pregunta sobre el perfeccionamiento del descubrimiento, pues una cosa es que hayan entendido que les estaba indagando por el que debió surtir por fuera de la audiencia, y otra muy distinta si con ello se cerraba la posibilidad de traer a colación otras pruebas, lo que, como ya se indicó, le está permitido a la defensa en virtud de lo dispuesto en el artículo 356, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004.

Adviértase, además, que prácticamente no hubo solución de continuidad entre la pregunta del despacho (con la ambigüedad ya referida) y el paso a la enunciación de las pruebas, espacio durante el cual la defensa se refirió a las nuevas pruebas que pretendía hacer valer.

Por tanto, si se trata, como corresponde, de hacer prevalecer el derecho sustancial, debe tenerse en cuenta que, en este caso, el mismo está reflejado en la materialización del derecho a la prueba, que no puede sacrificarse porque la parte no utilizó la palabra correcta, en medio de la ambigüedad ya referida, pero expresó sin dubitación su propósito de hacer valer algunas pruebas que no fueron sometidas al sistema de descubrimiento establecido por el director del proceso para dinamizar la audiencia preparatoria.

Con mayor razón, si ello no le generaba perjuicios a las demás partes e intervinientes, en esencia por dos razones: (i) la audiencia preparatoria es el escenario propicio para que la defensa descubra los elementos que pretende hacer valer en el juicio; y (ii) no hay constancia de que la Fiscalía, el apoderado de víctimas o el delegado del Ministerio Público hayan expresado su inconformidad con el descubrimiento, a pesar de que el director de la audiencia permitió el debate sobre la pertinencia y demás condiciones de admisibilidad de las pruebas que finalmente fueron negadas».

**RECURSO DE APELACIÓN** - Auto que niega pruebas / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: falta de competencia del juez de primera instancia (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, asimilación con el efecto diferido, es improcedente (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de integración: inaplicación del efecto diferido de la Ley 600 de 2000, a procesos de la Ley 906 de 2004 (SALVAMENTO)

«[...] si la postura mayoritaria da cuenta de que el trámite adelantado por la primera instancia es ajustado a derecho, no tenía que hacer ninguna declaración en la parte resolutive, toda vez que: (i) como ya se dijo, ninguna parte o interviniente propuso el debate sobre la legalidad del trámite; y (ii) un pronunciamiento de oficio sobre esa materia solo opera cuando se opta por la nulidad. En palabras simples, no es necesario declarar que los trámites se adelantaron en debida forma cuando ello no hace parte del debate que activa la competencia de la Sala, ni se avizora una causal de nulidad.

De otro lado, se advierte una contradicción al interior de la postura mayoritaria, porque, de un



lado, se hace un recuento de los principios que rigen las nulidades, entre los que se destaca el de trascendencia, y, de otro, se acepta que no se sabe si la primera instancia fijó fecha para el inicio del juicio oral y si dio inició a dicha actuación.

Lo anterior le resta trascendencia al debate sobre la interpretación que hizo la primera instancia sobre el efecto del recurso de apelación. Efectivamente, cualquiera sea la conclusión sobre ese aspecto hace improcedente la nulidad, bien porque se considere que ello no es violatorio del debido proceso o por la falta de trascendencia del supuesto yerro, pues lo resuelto por el fallador de primer grado no ha tenido efectos procesales relevantes.

[...]

Por tanto, la búsqueda de la celeridad (presupuesto de una justicia pronta y eficaz), aconsejaba la pronta solución del recurso interpuesto en contra del auto a través del cual se rechazaron varias pruebas de la defensa. Esa decisión se vio afectada por el debate sobre un supuesto yerro en la interpretación del efecto en que debió concederse el recurso, lo que no era necesario toda vez que: (i) ninguna parte o interviniente solicitó la nulidad; (ii) de oficio, no se deben tomar decisiones sobre la legalidad del trámite, salvo que se avizore un asunto relevante para el proceso; y (iii) en este caso, no se vislumbra que una supuesta irregularidad sobre el efecto del recurso haya tenido algún efecto relevante, que amerite la anulación del trámite.

Bajo esas condiciones, la Sala, para garantizar la prontitud y eficacia de la administración de justicia, debió limitarse a resolver lo más rápido posible el recurso de apelación interpuesto por la defensa, lo que, a su vez, le restaría trascendencia a un posible yerro sobre esa materia.

Lo anterior, bajo el entendido de que la naturaleza de la decisión (la segunda instancia de un auto de pruebas), no es el escenario propicio para el cumplimiento de las funciones que tiene la Sala como tribunal de casación, especialmente el desarrollo de la jurisprudencia. En estos casos, al actuar como juez de segunda instancia, debe primar la celeridad, para evitar que los procesos se dilaten y puedan tener cabida el vencimiento de términos, la prescripción de la acción penal, etcétera.

En suma, si la postura mayoritaria da cuenta de la ausencia de irregularidades que vicien de nulidad la actuación, no se requiere un pronunciamiento sobre la legalidad del trámite,

pues ninguna parte o interviniente ha presentado una solicitud en ese sentido.

Si uno o varios miembros de la Sala consideran que hay lugar a la nulidad, así deben expresarlo en el respectivo salvamento de voto. Para tales efectos, tienen la carga de mostrar la irregularidad y, por su expuesto, explicar su trascendencia.

Si lo que se pretende es hacer un llamado de atención, así pueden expresarlo, bien en la postura mayoritaria o en la respectiva aclaración de voto.

Aunque lo anterior constituye razón suficiente para no analizar el tema en cuestión, se harán algunas precisiones orientadas a delimitar el debate propuesto en la postura mayoritaria sobre el efecto en el que debe concederse el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de inadmisión, rechazo o exclusión probatoria, así como el sentido y alcance del mismo.

[...]

Por tanto, la propuesta mayoritaria puede generar un efecto contrario al deseado por el legislador, en cuanto implica trasladar al juicio oral la suspensión del trámite que debe ocurrir en la audiencia preparatoria.

En efecto, el argumento central de dicha postura es que la segunda instancia puede tardar en la resolución del recurso interpuesto en contra del auto de pruebas, lo que hace aconsejable el inicio del juicio oral. Sin embargo, si esa tardanza tiene la entidad que allí se menciona, es razonable esperar que la suspensión deba operar en el juicio oral, cuando ya se hayan practicado algunas pruebas.

Finalmente, la preocupación expuesta por el juzgador de primera instancia se centra en la tardanza para el inicio del juicio oral, lo que puede dar lugar a la libertad por vencimiento de términos. Al respecto, no pueden pasarse por alto algunas medidas orientadas a evitar esas situaciones, entre ellas: (i) el rechazo de plano de peticiones y /o impugnaciones improcedentes; (ii) la adecuada dirección de la audiencia, orientada a evitar debates innecesarios sobre el descubrimiento probatorio (lo que luce deficitario en este caso, según se explicó en precedencia); y (iii) el deber del superior funcional de resolver en el menor tiempo posible este tipo de asuntos, para evitar que los mismos se paralicen.

De otro lado, si se pretende acudir al Código General del Proceso, necesariamente debe tenerse en cuenta: (i) allí, se consagran los tres efectos que tradicionalmente le han sido asignados al recurso de apelación (suspensivo,

devolutivo y diferido); (ii) el impacto negativo que cada uno de ellos se flexibiliza con la posibilidad de que el impugnante pueda solicitar que el recurso se conceda en el efecto diferido o devolutivo cuando está previsto el efecto suspensivo; (iii) debe analizarse cuidadosamente la compatibilidad de esa reglamentación con las características propias del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004; etcétera.

Finalmente, en la postura mayoritaria se plantea una interpretación específica del efecto suspensivo en el que debe concederse el recurso de apelación, aplicable exclusivamente al auto que inadmite, rechaza o excluye una prueba.

Aunque es evidente el loable propósito de explorar soluciones que hagan más razonable el proceso, los argumentos expuestos no convencen, principalmente porque se mencionan algunos criterios de interpretación, sin tener en cuenta su verdadero sentido y alcance.

## Inicio

**17. RECUSACIÓN** - Trámite: se enviará a quién le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: diferente al trámite de la recusación

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se abstuvo de conocer la recusación formulada por el defensor de CMAP en contra del titular de la Magistratura de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla.

En consecuencia, ordenó el envío inmediato de las diligencias al Magistrado de la Sala de Justicia y Paz con función de control de garantías del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, para que imparta el trámite de rigor.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la Sala carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno, pues el trámite legal dispuesto para la recusación, dispone que debe ser sometida a consideración del Magistrado de la misma especialidad y categoría del recusado que se ubique en el lugar más cercano.

**AP4754-2024(66844) de 21/08/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

[...]

En síntesis, en el presente asunto no estaban dados los presupuestos para el desarrollo del problema jurídico propuesto por la primera instancia, ya que no se avizora que la postura allí invocada tenga efectos sustanciales en el proceso, que ameriten una eventual declaratoria de nulidad, por lo que no debió existir un pronunciamiento expreso en la parte resolutoria; (ii) por tanto, lo expuesto por la Sala al respecto tiene el carácter de dichos de paso, que únicamente pueden resultar útiles para alimentar debates futuros sobre esa importante materia; y (iii) bajo este entendido, se exponen algunas reflexiones sobre los argumentos expuestos en la Sala, que pueden resultar útiles para resolver de fondo este tipo de asuntos, en casos donde resulte verdaderamente necesario».

## **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El apoderado de CMA presentó demanda de incidente de oposición de terceros a medida cautelar de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo impuesta sobre 7 bienes inmuebles, ordenada en audiencia del 03 de mayo del 2022, por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, con funciones de Control de Garantías, dentro del proceso donde aparece como postulado JIRP.

2. De la solicitud elevada conoció la Magistratura de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, autoridad que, el 8 de julio de 2024, instaló audiencia para resolver el incidente de oposición de terceros con ocasión de la medida cautelar impuesta, dentro de la cual, el abogado de la parte demandante recusó al titular del despacho.

3. El Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla declaró que no había impedimento para tramitar el incidente de oposición y ordenó remitir el expediente a la Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para el reparto y asignación del Magistrado que debe resolver, conforme lo normado en el inciso 7 del artículo 143 del Código General del Proceso.

4. Conoció del asunto la Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, autoridad que el 19 de julio de 2024, al considerar que no era competente para realizar el reparto, remitió el asunto para que la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelva lo pertinente en cuanto a la definición de competencia en virtud del numeral 3 del artículo 32 del CPP.

5. El magistrado recusado informó que, la Sala de Control de Garantías de la Sala Justicia y Paz de este Tribunal es Sala única y unipersonal, además que no existen conjuces designados; sin embargo, existe en la misma Sala Especializada de Justicia y Paz una Sala de Conocimiento conformada por 3 magistrados.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**RECUSACIÓN** - Competencia para decidir la solicitud / **RECUSACIÓN** - Trámite: si el funcionario no acepta la causal, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano / **RECUSACIÓN** - Trámite: se enviará a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: diferente al trámite de la recusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recusación: trámite, Ley 1395 de 2010 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: la Sala se abstiene de conocer el asunto porque versa sobre el trámite de recusación

«Lo que se suscitó en el caso concreto no fue un conflicto de competencias o la manifestación de un impedimento por parte del juez que no fuera aceptada por su homólogo de otro distrito judicial, como para que se disponga remitir la actuación a la Corte. En verdad, el asunto versa sobre el trámite de recusación planteado por la defensa de CMAP contra el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla.

Desde esa perspectiva, es plenamente aplicable al caso lo previsto en el artículo 60 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 84 de la Ley 1395 de 2010, [...]

A su turno, el artículo 57 de la misma normativa, modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010 [...]

Por su parte la Sala, en cuanto se refiere al significado de tales disposiciones, esto es, la manera en que debe agotarse el trámite de recusación y la competencia para pronunciarse sobre la misma, ha indicado lo siguiente:

“En tales condiciones, se observa que «...en caso de no aceptarse...» la recusación planteada por alguna de las partes «se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano», quien de acuerdo con las pautas fijadas en el artículo 57 de la misma codificación, que regula el trámite para el impedimento que se integra al presente, es «... quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano...»

Por cuanto no otra lectura puede darse a la reforma introducida con la Ley 1395 de 2010, que, a más de modificar el artículo antes referido, alteró el artículo 341 del estatuto procesal penal para privar, de manera inicial, la competencia del superior funcional a fin de resolver este tipo de asuntos.

[...]

Asimismo, **en caso de presentarse discusión** en cuanto al funcionario a quien corresponda continuar con el trámite, la integración de normas antes referida, permite que se evacue el procedimiento estipulado en el inciso segundo del artículo 57 ejusdem. Punto que consagrará las siguientes hipótesis:

(i) Que el juez recusado acepte la postulación del proponente, envíe las diligencias al que le sigue en turno, pero éste considere que no se configuró la causal alegada.

(ii) Que el funcionario recusado no acepte la proposición del postulante, remita la actuación al que le sigue en turno y éste sí considera que la causal es fundada.

Casos en los cuales, deberá ser el superior funcional común de las autoridades judiciales involucradas quien resuelva de plano y de manera definitiva el asunto y, en el evento de tratarse de despachos de diversos distritos judiciales corresponderá su resolución a esta Sala como fue explicado en CSJ AP, 7 mar. 2011, Rad. 35951.

Lo anterior, dadas las consecuencias disciplinarias que conlleva la no manifestación de un impedimento conforme con la Ley 734 de 2002, en sus artículos 50 y 55, y por ello, la necesidad de zanjar discusión alguna sobre la violación al deber de imparcialidad y objetividad que regulan el instituto analizado, contexto dentro del cual la Sala debe matizar los

planteamientos hechos en los proveídos CSJ AP 1604-2014 y AP1377-2015.

1.3. Ahora, **si los dos juzgadores encuentran infundada la causal enervada, se tiene por finiquitado el incidente y el juez recusado, deberá continuar con el trámite de rigor.** [Negrillas fuera de texto original].

De acuerdo con los parámetros señalados, en los casos en los cuales el funcionario no acepte la recusación planteada por una de las partes del proceso, el asunto deberá ser sometido a consideración del homólogo que le siga en turno o, de no haber alguno en la misma circunscripción a la cual está adscrito, habrá de corresponder a aquel del lugar más cercano en términos geográficos, quien, de encontrar igualmente infundada la solicitud formulada, pondrá fin de manera definitiva al incidente, sin que sea necesaria en ningún momento la intervención del superior funcional común, que sería, en este caso, la Corte.

Conforme al anterior derrotero, es evidente que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno sobre la sobre la recusación elevada por la defensa de CMAP en contra del titular de la Magistratura de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, dentro del trámite que se adelanta en el expediente con radicado [...]

Es claro entonces que la recusación -que no aceptó el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla- debe ser sometida a consideración del Magistrado de la misma especialidad y categoría del recusado que se ubique en «el lugar más cercano», tal y como lo contempla el artículo 57 de la Ley 906 de 2004 aplicable al caso, como quiera que en el Distrito Judicial de Barranquilla solo existe ese funcionario de quien se pretende la separación del conocimiento del asunto. Así lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia de la Corte».





**18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, variación jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, no aplica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, variación jurisprudencial / **SISTEMA PENAL**

**ACUSATORIO** - Principio de oportunidad: diferente al allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, diferencia con el allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, es diferente a la reparación integral / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la demanda de casación presentada por el representante de víctimas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 35 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que condenó, vía allanamiento, a YYNB, como autora responsable de los delitos de estafa agravada en la modalidad de delito masa, fraude procesal en concurso homogéneo y sucesivo, concierto para delinquir, receptación y falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

En esta ocasión, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia, al no evidenciar la falta de aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en la medida que, el Juez de primera instancia se apartó con la debida carga argumentativa del precedente judicial vigente, en los casos de allanamiento a cargos.

Además, la Sala de Casación Penal, en su rol de establecer precedentes, recogió la tesis expuesta en la sentencia CSJ SP14496-2017, Rad. 39831, para entender que, los allanamientos y preacuerdos son figuras distintas de terminación del proceso. Por lo tanto, para la legalidad del allanamiento a cargos, en casos donde el acusado haya ganado dinero con el delito, no se requiere que reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente.

Y precisó que, al momento de fijar la rebaja de pena por el allanamiento a cargos, los jueces deben considerar el reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido con el delito.

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

**Salvamento de voto**

**Myriam Ávila Roldán**

**Hugo Quintero Bernate**

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. La Fiscalía General de la Nación recibió una serie de denuncias interpuestas por diversos ciudadanos, quienes informaron haber sido víctimas de una empresa denominada TLP S.A.S. Así, tras varias pesquisas se conoció que la mencionada compañía fue creada el 16 de octubre de 2013 con el fin de que funcionara como fachada para desarrollar actividades ilícitas. Su principal función era atraer personas mediante la promesa de vincular los vehículos de contratistas para trabajar con empresas petroleras, aseguradoras o multinacionales a cambio de una renta mensual que podía oscilar entre \$2'000.000 y \$3'000.000, dependiendo del tipo de automóvil. No obstante, a pesar de que la compañía recibía los bienes muebles nunca ejecutó los contratos, pues en realidad vendía los rodantes a otras personas incautas, para lo cual adulteraron documentos que evidenciaban un supuesto traspaso.

2. Así mismo se evidenció otra modalidad de simulación en donde comercializaban apartamentos, de los cuales no tenían disposición y que en realidad no estaban a la venta, por lo cual nunca cumplían con la entrega de los inmuebles.

3. Dichas actividades eran adelantadas por varias personas que pertenecían a la red ilícita, entre ellos YYNB, representante legal de la empresa y líder de la asociación criminal, quien entraba en contacto con las víctimas para presentar el negocio y posteriormente los mantenía en engaño con la ayuda de los demás miembros de la organización, entre quienes figuraba su cónyuge. Tan pronto como eran descubiertos desmontaban las oficinas y desaparecían.

4. Convocada audiencia preparatoria, el 8 de noviembre de 2021, la procesada reiteró su interés en aceptar cargos, en esta oportunidad, se declaró su legalidad.

5. En sentencia del 1º de abril de 2022, el Juzgado 35 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, condenó a YYNB, como autora responsable de los delitos de estafa agravada en la modalidad de delito masa, fraude procesal en concurso homogéneo y sucesivo,

concierto para delinquir, receptación y falsedad en documento privado en concurso homogéneo y sucesivo, a la penas de 174 meses de prisión y 319.12 S.M.L.M.V. de multa; e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción privativa de la libertad.

En esa decisión, se reconoció reducción de pena por allanamiento a cargos en un 25%. En soporte de esa determinación, el Juez explicó que, aun cuando no se verificó el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y, la procesada asumió que no tendría rebaja de pena -conforme le fue explicado en su momento-, el despacho se apartaba de la posición jurisprudencial que exige tal presupuesto tratándose de aceptación unilateral de cargos.

6. Al mostrarse en desacuerdo con los considerandos relacionados con la no exigencia de la reparación o su garantía para acceder a la reducción de pena en allanamiento a cargos, la víctima presentó recurso de apelación, el cual desató la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 27 de octubre de 2022, no anulando la actuación y confirmando el fallo objetado.

7. En contra de la anterior determinación, el apoderado de víctimas interpuso recurso extraordinario de casación, que fue admitido por auto del 20 de noviembre de 2023.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, acto unilateral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, el legislador los reguló de manera diferente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, variación jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos o preacuerdo: aunque vienen del mismo género cada uno tiene sus particularidades / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: disminución punitiva según el momento procesal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: disminución punitiva, reglas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: diferencia con la aceptación o allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**- Principio de oportunidad:

diferente al allanamiento a cargos / **SENTENCIA ANTICIPADA** - No es un instituto asimilable a la aceptación o allanamiento a cargos de la Ley 906 de 2004 / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Aplicación por favorabilidad de la Ley 906 de 2004 art. 351: evolución jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: Variación

«La justicia premial, como flexibilización al principio de legalidad de la pena, permite materializar la idea de justicia expedita y evidenciar la eficacia en el ámbito jurisdiccional, pues, a partir de comportamientos post delictuales orientados a evitar el innecesario desgaste de la administración de justicia, a cambio de la imposición de penas más benignas que las que ordinariamente corresponderían, se consigue definir la situación jurídica de los ciudadanos en plazos razonables y aminorar la carga estatal de tramitar asuntos de relevancia penal a través de decisiones producto de la terminación de juicios orales.

La lógica a la que responde esa clase de justicia, está ligada a la renuncia del debate probatorio por parte del sujeto investigado, a cambio, esencialmente, de una reducción sustancial de la pena.

Así, dentro del marco de la Ley 906 de 2004, se pueden encontrar varios mecanismos de terminación anticipada, y que no implican descartar la existencia de una conducta punible, a saber: (i) el principio de oportunidad, (ii) los acuerdos, y (iii) el allanamiento a cargos.

A modo de bosquejo, de esos tres mecanismos, puede decirse que, entre los acuerdos y el principio de oportunidad, un punto en común es que su aplicación depende de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, pues, de un lado, la facultad de aplicar el principio de oportunidad está reservada al ente investigador, y, de otro, un acuerdo depende de que el acusador esté dispuesto a celebrarlo.

Por el contrario, el allanamiento a cargos no depende de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, puesto que más allá de establecerse la obligación de que dicha parte delimite con precisión los hechos jurídicamente relevantes que justifican la imputación o la acusación, la configuración de este mecanismo depende, sustancialmente, de la voluntad del implicado de aceptar su responsabilidad.

Es decir, en el allanamiento a cargos el imputado o acusado, según corresponda, acepta de forma unilateral los enunciados delictivos que a partir de una fijación de hechos con relevancia jurídica le ha formulado la fiscalía en su momento, y con

ello, renuncia a la realización de un juicio público, al interior del cual podría ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra; en respuesta, aquel es acreedor de una rebaja de la sanción correspondiente al comportamiento delictivo que, depende, según lo estableció el legislador, del momento procesal en el que se produzca la aceptación de responsabilidad.

Esto último, es decir la reducción de pena, se concede dependiendo del estado del proceso donde admite responsabilidad. Así, en la formulación de imputación -artículo 288 Ley 906 de 2004- el descuento punitivo será hasta de la mitad de la pena imponible -art. 351 ibidem-, en tanto, si la aceptación de cargos tiene lugar en la audiencia preparatoria -art. 356 ib.-, la sanción se reducirá hasta en la tercera parte y, finalmente, si se verifica al inicio de la audiencia del juicio oral, tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte -art. 367 ídem-.

Escenarios en los cuales la participación o intervención de la Fiscalía, no es un condicionante para la efectiva configuración del allanamiento, pues como ya se indicó, en esta modalidad de terminación anticipada del proceso no depende, de manera alguna, de su anuencia, por el contrario, las obligaciones del ente investigador, estarían en que es su deber relacionar los hechos jurídicamente relevantes e informarle al imputado sobre la posibilidad de allanarse a la imputación al momento de esta diligencia -artículo 287 C.P.P.-; dado que, es el Juez quien lo indaga si es su deseo o no aceptar los cargos de manera unilateral, lo que da cuenta, una vez más, que este acto no depende de la anuencia de la Fiscalía.

En ese sentido, surge entonces, la primera y tal vez más cardinal diferencia entre las dos instituciones, esto es, el carácter bilateral que caracteriza a los preacuerdos, y la unilateralidad propia de los allanamientos.

Ahora, esa caracterización que identifica a las figuras del allanamiento y preacuerdo, no es extraña en la tradición jurídica colombiana, pues, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia T-356 de 2007, esos institutos pueden encontrar sus antecedentes en la sentencia anticipada (forma de terminación unilateral) y la audiencia especial (mecanismo consensuado) descritos en disposiciones procedimentales previas. [...]

Distinción entre esos institutos que, de acuerdo con las discusiones que se dieron al interior de la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo 003 de 2002 se mantuvo, pues al momento de diseñar el modelo de enjuiciamiento

criminal de tendencia acusatoria, en los debates que se dieron especialmente de cara a la institucionalización de los preacuerdos (los cuales según se reseñó previamente no tuvieron equivalencia en la Ley 906 de 2004), no se halla antecedente que ponga en duda la posibilidad de que el implicado de forma unilateral pueda dar por terminada la actuación al decidir acogerse sin más a la pretensión punitiva estatal. Así, al momento de abrirse debate sobre acuerdos entre fiscalía e imputado, se dejaba a salvo la posibilidad de que el implicado de forma unilateral, admitiera su responsabilidad. [...]

Lo cual fue retomado en la sesión del 21 de febrero de 2003, en donde se aprobó el artículo 8, literal l), esto es, «renunciar a los derechos contemplados en los literales a) c), j), siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de si abogado defensor.» y se consideró que «con el cambio de sistemas se reconoce al procesado la facultad de renunciar desde el primer momento, incluso antes de que se inicie la etapa de juzgamiento...»

De modo que, acorde con la tradición jurídica, a la par de las formas consensuadas de terminación de la actuación penal que ahora se retomaría, se dejaba a salvo la posibilidad para el procesado de someterse unilateralmente a los cargos estructurados por la Fiscalía en la imputación y la acusación.

Entendido ello como una prerrogativa para el sujeto pasivo de la pretensión punitiva, en cuanto no depende de su antagonista natural para procurar la terminación anticipada de la actuación penal a cambio de una rebaja, incluso, se alcanzó a considerar «automática», sin estar obligado a «negociar sobre una expectativa de rebaja», lo que se explicaba en la búsqueda de mecanismos que lograran una mayor eficacia y celeridad de la administración de justicia, pues no puede olvidarse que una de las razones que inspiró la reforma Constitucional lograda con el Acto Legislativo 03 de 2002, era «acabar con las deficiencias que caracteriza nuestro sistema hoy. Esta reforma es garantía a la eficiencia del sistema, es la herramienta que permitirá imprimir mayor celeridad al proceso, competitividad y especialidad a sus funcionarios, mayor salvaguarda de los derechos fundamentales de los sindicados, en fin, una mejor calidad en la administración de justicia.»

De modo que, esta alternativa, se situaba como una de las posibilidades que se habilitaban al interior del proceso para evitar que todos los casos sean resueltos en el juicio oral.



Esa comprensión que, en principio, no ofrecía discusión, una vez se implementó la Ley 906 de 2004, mereció la intervención de la Corte Suprema de Justicia como interprete autorizado de disposiciones jurídicas en la materia Penal, como tribunal de cierre de la jurisdicción, con ocasión de la discusión que se generó respecto de la aplicación por favorabilidad de la reducción de pena consagrada para el allanamiento (Ley 906 de 2004) a la sentencia anticipada (Ley 600 de 2000).

En esa oportunidad, la Corte se ocupó de establecer si, el allanamiento a cargos puede comprenderse no solo como una modalidad de terminación anticipada del proceso sino una especie de un género, esto es, de los preacuerdos, cuestión que permitiría determinar el paralelismo que admitía aplicar una mayor rebaja de pena a casos juzgados por la normativa del año 2000, en virtud del referido principio.

Así, en un primer momento, la respuesta fue positiva, pues se consideró que los allanamientos eran una modalidad del preacuerdo, lo que descartaba la aplicación favorable de la reducción de pena, pero además, imponía -por ser relevante para este asunto- que se exigiera lo dispuesto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 como presupuesto de validez en orden a la aprobación por la autoridad judicial.

Ello quedó expuesto en providencia CSJ SP 14 dic. 2005, Rad. 21347, donde la Sala mayoritaria de Casación Penal, con fundamento en la tesis que sostenía que la sentencia anticipada no tiene institución procesal idéntica en la Ley 906 de 2004 como para contemplar la posibilidad de aplicar una rebaja eventual de ésta más favorable a casos que finalizaron o finalicen anticipadamente con fundamento en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 (CSJ SP, 23 ago. 2005, Rad. 21954), dijo, entre otras cosas que, el allanamiento es una forma o modalidad de preacuerdo.

[...]

Y en un tercero, que es el actualmente vigente, se retoma la primera posición, esto es, que el allanamiento sí es una especie de preacuerdo. En efecto, en sentencia SP14496 de 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831, se reestudia el asunto y se concluye que «indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de

las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.»

[...]

Y a partir de esa intelección, la Corte en la sentencia SP3883-2022, Rad. 55897, recordando la línea jurisprudencial, insistió en que, de acuerdo con la jurisprudencia vigente, el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, es plenamente aplicable a allanamiento a cargos cuando se registre incremento patrimonial

[...]

Sin embargo, el caso que convoca la atención de la Sala, nuevamente impone un análisis de los argumentos hasta ahora destacados, pues, a diferencia de otros que ya ha tenido oportunidad de revisar la Sala y que precisamente han permitido el desarrollo de la jurisprudencia, en este, la exposición de razones por los jueces de instancia, deja al descubierto que no es un tema acabado y por ello se hace necesario reexaminar las razones explicadas por la Corte.

Labor que, desde ya se anuncia, permite recoger la posición vigente, acorde con la reseña que se hizo al inicio de este apartado, donde quedó patente, la diferenciación que existe entre los institutos legales bajo estudio, a partir de su estructura, esto es, iniciativa y manera de configuración -unilateral o consensuada-, sus antecedentes legislativos y sistematicidad en la estructuración de la Ley 906 de 2004.

[...]

Asimismo, realizar dicha diferenciación deja expuesto un propósito o efecto útil en los términos del enjuiciamiento penal, ya que su instauración, como formas independientes de terminación anticipada del proceso, permite una solución que de por finalizado el proceso a instancias del procesado a cambio de ciertos beneficios expuestos en la ley, en este caso, de orden exclusivamente punitivo que permiten mayor eficacia de la administración de justicia, lo cual redundará en últimas en la reducción de la impunidad.

Y es que, de asumirse sin más que el allanamiento es una forma de preacuerdo, no se explicaría la necesidad de establecerlo como una forma de terminación anticipada, pues sus efectos fácilmente se pueden concretar con un preacuerdo, el cual, tiene mayores posibilidades de acceso a condiciones favorables a quien admita responsabilidad, pues no solo habilita la reducción de pena, sino la eliminación de causales de agravación punitiva o algún cargo específico o la tipificación de una conducta más



benigna o la degradación del título de participación.

De allí que, bajo esa comprensión el efecto útil del allanamiento devendría en nulo, aspecto que, de considerarse como instituto diferente sería evidente, pues a condición de que el procesado acepte su responsabilidad de manera unilateral, ya sabría las consecuencias del ejercicio de esa prerrogativa conforme con los parámetros de dosificación de la pena establecidos por el legislador.

[...]

Entonces, el criterio hermenéutico “del efecto útil de las normas” que supone que, entre varias interpretaciones de una disposición normativa, se acoja aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias, inclina la balanza a distinguir los dos institutos como formas autónomas de terminación del proceso.

Y desde la naturaleza y caracterización que se ha venido haciendo, es dable afirmar que el allanamiento a cargos es un derecho puro y simple del implicado que, este puede ejercer o no, de manera unilateral; al punto que para ello ni siquiera es preciso que dialogue al respecto con la Fiscalía General de la Nación y, por ende los delegados de este ente no están facultados para oponerse a su trámite, pues la aceptación de responsabilidad parte de la misma pretensión que fija el titular de la acción penal, ya sea cuando formula imputación o acusación.

En cambio, los preacuerdos y negociaciones son un proceso dialéctico, contractual, con expresión de expectativas, tanto de la Fiscalía como de la defensa; y en cuyo desarrollo suelen presentarse discusiones acerca de las pretensiones de cada parte.

De modo que, en el marco de un preacuerdo, desde la autonomía y bajo su responsabilidad, el Fiscal delegado decide si con la evidencia que tiene lleva a juicio al implicado, o si le resulta más conveniente consolidar una negociación, con la cual conseguirá una sentencia condenatoria anticipada, bajo la transacción de algunos aspectos que pueden conllevar a que elimine una circunstancia de agravación punitiva o se imponga la pena aplicable al cómplice a quien tiene el carácter de autor, entre otros; todo ello fundado en motivos de oportunidad, economía y conveniencia no sólo para el implicado, sino también para el Estado.

Y donde además, resulta lógico que, ese acuerdo de voluntades propios de la negociación, prevea condiciones y concesiones de parte y parte, entre

las cuales, aparece deseable el reintegro de lo apropiado, para que el Estado decline, por ejemplo de pretensiones punitivas trascendentales relativas. Esto, porque el tema de los acuerdos está regulado de forma muy diferente al allanamiento, principalmente por la inexistencia de límites fijos para las rebajas, pues las mismas pueden corresponder a: (i) la eliminación «de alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico» -350 CPP-; (ii) la tipificación de la conducta, «dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena» -ídem-; (iii) «sobre los hechos imputados y sus consecuencias», bajo el entendido de que «si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo» -351 CPP-; (iv) la expresión de la «pretensión punitiva» producto del acuerdo, cuando este ocurra en el contexto de juicio oral -369 y 370 CPP-; y (vii) el artículo 352 establece que los acuerdos realizados entre la acusación «y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad», dará lugar a una rebaja de pena de una tercera parte.

Luego, aunque es cierto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional -C-1260 de 2005- y de esta Corporación -CSJ SP2073-2022, Rad. 52227- se han referido a los límites de la Fiscalía para hacer concesiones en los acuerdos (la calificación jurídica debe ajustarse a los hechos, las calificaciones jurídicas diferentes solo operan para efectos punitivos, son inaceptables las rebajas claramente desproporcionadas, debe brindársele especial protección a las víctimas de graves atentados contra los derechos humanos y a las que pertenecen a grupos especialmente vulnerables, etcétera), también lo es que la Fiscalía cuenta con una mayor movilidad en el ámbito de los acuerdos.

Además, en virtud de la modificación del artículo 61 del Código Penal, introducida con el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, frente a la imposición de la pena, «el sistema de cuartos no aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y la defensa».

Cuestión que no ocurre con la aceptación unilateral de cargos que está sometida a las rebajas atrás indicadas, siempre sobre la base de la pena imponible (esto es, la calculada según el sistema de cuartos), pues como se indicara en anterior oportunidad, el legislador para el caso de aceptación unilateral de cargos, estableció una rebaja específica, según la fase de la actuación donde ocurra, así: (i) si la aceptación de los cargos ocurre en la formulación de la imputación

-351 CPP-, la pena se rebajará hasta en la mitad; (ii) si ello sucede en la preparatoria -356 CPP-, la rebaja será de hasta una tercera parte «de la pena a imponer»; y (iii) si se verifica en el juicio oral, cuando el juez le da al procesado la oportunidad de hacer su «alegación inicial», la rebaja será de «una sexta parte de la pena imponible».

Lo anterior, sin perder de vista que para los dos primeros escenarios (imputación y audiencia preparatoria), en la rebaja de pena por aceptación unilateral deben considerarse datos objetivos, como el comportamiento del procesado frente a la víctima, la colaboración con la administración de justicia y, claro está, la devolución del incremento patrimonial, que, valga reiterarlo, no coincide necesariamente con los perjuicios causados.

Ahora, cierto es que, el allanamiento a cargos, aparece involucrado en la redacción del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, mismo que se incorpora al Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sin embargo, esa mención no es una situación que permita identificarlo con los preacuerdos, porque es claro que la regulación del instituto de los allanamientos, aparece a lo largo del ordenamiento, especialmente, en los artículos 288, 293, 356, 367 y 368 que no hacen parte de dicho acápite.

[...]

Por tanto, así el legislador en el artículo 351, se haya referido a la aceptación de cargos como un acuerdo, ello no es suficiente para desatender la diferenciación que se hace a lo largo de todo el Código, a saber: (i) en las normas que regulan la imputación, la audiencia preparatoria y el juicio oral, se estableció la obligación de darle la oportunidad al imputado o acusado de aceptar los cargos, a cambio de una rebaja claramente establecida en la ley; (ii) en ninguno de esos eventos el legislador dispuso que, a renglón seguido, las partes tuvieran que celebrar un acuerdo; (iii) por el contrario, como sucede con la regulación prevista en los artículos 396 y siguientes, consagró la obligación de diferenciar en qué eventos el sometimiento a la condena corresponde a una decisión unilateral, y cuando es producto de un consenso; y (iv) de hecho, estableció consecuencias distintas, pues, en el primer caso, el juez debe aplicar la pena que corresponda, disminuida en los porcentajes previstos en la ley, mientras que, en el segundo, debe estarse a la pena establecida por las partes, siempre y cuando no se presente la violación de derechos o garantías.

Sumado a lo anterior, el artículo 293 del estatuto procesal, diferencia expresamente la decisión unilateral de la consensuada, y deja en claro que, en el primer evento, la imputación se convierte en acusación, y, en el segundo, será el acuerdo el que delimite el ámbito decisional del juez.

Y, consecuente con lo anterior, la remisión al canon 351 del estatuto adjetivo sólo puede entenderse efectuada para efectos de determinar el monto del descuento punitivo, pero sin que de ninguna manera signifique un tratamiento idéntico al establecido para los preacuerdos.

Asumir entonces, que solo por haberse ubicado la figura del allanamiento o aceptación de cargos en el Título de «Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado», a efectos de hacer valer para la aceptación unilateral lo dispuesto allí, no solo se obvia aplicar una visión contextualizada e integral de las normas que regulan la materia o la naturaleza evidentemente diferente de ambos institutos, sino que se desconoce el criterio de política criminal que subyace al instituto, toda vez que, independientemente de la rotulación del título, que apenas serviría de argumento colateral, es evidente que su contenido únicamente desarrolla la regulación de los preacuerdos, tal cual se desprende del examen objetivo de las normas allí consignadas.

En conclusión, no se desconoce que como mecanismos de terminación anticipada, el allanamiento a cargos y los preacuerdos propenden por alcanzar una justicia pronta; sin embargo, su estructura y objetivos perseguidos son diversos, ya que, no sólo difieren en los momentos procesales en que pueden presentarse uno y otro mecanismo, en las facultades de cada parte y en aspectos que se sobreponen a la ubicación de una de tales figuras en un determinado título o capítulo del Código»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: incidencia que tiene el reintegro de lo apropiado o el reconocimiento de los perjuicios a la víctima para la determinación del monto de rebaja / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, no aplica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, variación jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, diferencia con el allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones:

obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, es diferente a la reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, no tiene como fin proteger a la víctima / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**- Víctima: derecho a la reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: finalidad / **REPARACIÓN INTEGRAL**- Comprende: indemnización de perjuicios, medidas de rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición

«[...] si ontológicamente el allanamiento y preacuerdo son entidades jurídicas diversas, una de las consecuencias que se sigue de tal conclusión es que no se pueda aplicar el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, cuando se acude a la figura del allanamiento a cargos.

[...] cuando el artículo 349 de la Ley 906 emplea la expresión “acuerdo”, su tenor literal, natural y obvio y la orientación jurídica se refiere al instituto de los preacuerdos, de manera que no se hace necesario extenderla a expresiones unilaterales como los allanamientos a cargos, figura ésta que en la dinámica propuesta en la ley, excluye la concurrencia de un acuerdo, o de un negocio entre Fiscalía y procesado.

Acudir a la interpretación del artículo 349 en comento, para asimilar por analogía preacuerdo y allanamiento, o que éste es una especie de aquél, para imponer al segundo, por vía de esa interpretación, una restricción que legalmente no le corresponde, es tanto como hacer una interpretación in malam partem, proscrita en nuestro ordenamiento.

Es que, de acuerdo con el artículo 31 del Código Civil, «lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación», o de conformidad con el 6° del Código Penal: «La analogía sólo se aplicará en materias permisivas»

Aplicación que resulta aún más desafortunada, si se tiene en cuenta que la rebaja de pena por allanamiento a cargos en ningún caso se verifica automática en una proporción determinada, sino que sus límites de hasta la mitad o hasta la tercera parte, consultan siempre el ponderado examen del juez en torno al caso en concreto, el ahorro efectivo de recursos judiciales y la devolución parcial de lo apropiado, si la hubiere.

Por modo que, afirmar que el artículo examinado contiene el imperativo de exigir en los casos de allanamiento, la devolución del provecho patrimonial obtenido con el delito, implica desconocer lo que textualmente consigna la

norma, de cuya exégesis, no fluye natural la lectura de que sus efectos irradian a casos de aceptación unilateral de cargos.

A lo que se suma que, en las respectivas discusiones legislativas, quedó claro que esta norma apunta a evitar que se adelanten negociaciones entre la Fiscalía y el procesado, sin que este haya reintegrado el enriquecimiento fruto del delito, principalmente cuando con ello se afectó el patrimonio estatal.

Es más, aunque en principio esta restricción se dispuso para los acuerdos y el principio de oportunidad, finalmente se redujo a las negociaciones orientadas al sometimiento a una condena anticipada. [...]

Y en ese trasegar nada se mencionó de cara a la figura de allanamiento a cargos, pues no se incluyó en la ponencia sometida a consideración sugerencia al respecto, como que, así no se identifica en el correspondiente texto, y como se viene de precisar, fue cuando se abordaron las figuras relacionadas con la terminación del proceso por intervención y acuerdo de las partes, entendiéndose fiscalía y procesado, que se evocó la proposición que finalmente se registró en la Ley 906 de 2004, con el canon 349.

[...]

De lo que se sigue que en tales discusiones no se estaba haciendo siquiera consideración a la admisión de responsabilidad de forma unilateral, sino siempre se evocaba a ese proceso de diálogo entre las partes para llegar a un consenso.

Lo que reafirma que el legislador no se estaba representando un condicionamiento de cara al reintegro frente al allanamiento a cargos, sino respecto de los preacuerdos, como figura de configuración bilateral.

Ahora, que se acoja esa visión del asunto, no significa que se desconozcan o restrinjan los derechos de las víctimas, o se valide, el delito como fuente de ingresos rentable, a tal punto que, se genera una distinción odiosa e inadmisibles, entre las figuras de preacuerdo, la que, sí queda sujeta a la restitución de por lo menos el 50% del beneficio económico y la garantía del remanente, a diferencia del allanamiento, el que, como se ha venido en explicar no tiene esa exigencia.

Ello porque, es claro que el estatuto procedimental penal, estableció varias herramientas para salvaguardar los derechos de las víctimas que van desde aquellos relacionados con la justicia restaurativa, hasta el incidente de reparación integral o la acción de extinción de dominio.



[...]

En efecto, para revestir de contenido de realidad ese derecho de las víctimas a ser resarcidas y dotar de un efecto útil las disposiciones y normas que contemplan aquéllas formas de protegerlas, dentro del marco de la justicia restaurativa el legislador concibió el incidente de reparación integral -artículo 102 y siguientes Ley 906 de 2004- como forma procesal mediante la cual se hace posible una solución efectiva y oportuna de reparación, cuyo gran valor para los perjudicados radica en que es un procedimiento exclusivo y breve dentro del proceso penal, para reclamar la compensación por el daño causado como consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable del declarado penalmente responsable y obtener el reconocimiento de sus derechos a la verdad y justicia.

Ello, en consonancia con los postulados internacionales en materia de reconocimiento, participación y protección plena e integral de las víctimas, que establecen la obligación de los estados de reconocerles un recurso efectivo ante las autoridades judiciales para lograr la reparación justa y adecuada por el daño percibido.

En ese orden, cuando se dice que la reparación ha de ser integral se está garantizando que es equivalente a la medida del daño, de tal manera que se cumpla la función reparatoria de la indemnización a plenitud para que el perjudicado quede, si ello fuere posible, indemne, por lo menos en lo que atañe a los perjuicios de orden material, pues, es claro, probablemente este objetivo no se logre respecto de los daños morales, porque respecto de ellos la indemnización adquiere un carácter meramente compensatorio y ello es posible lograrlo, mediante el incidente de reparación integral y la adopción temprana de medidas cautelares.

Por consiguiente, es claro que los derechos de las víctimas, se armonizan en el plano del derecho interno a través de la materialización de variados mecanismos que propenden por la irrestricta observancia no solo del derecho a la indemnización económica, sino del principio de justicia que gobierna la actuación de esta clase de intervinientes en el proceso judicial, cuyo ejercicio se encuentra habilitado, bien se concrete la figura del allanamiento a cargos o se prescinda de ella, dado que los afectados cuentan con espacio propiciado por el legislador para suscitar la defensa de sus intereses.

De lo que se sigue que admitir el allanamiento sin reintegro no significa que el Estado o las propias víctimas deban renunciar a la obtención de la condigna reparación del daño sufrido, pues, el

allanamiento, como el preacuerdo, no son figuras extrañas e incompatibles con la reparación integral.

Así, aunque el incremento patrimonial producto del delito y el daño causado a la víctima pueden coincidir en algunos casos, es claro que se trata de conceptos diferentes, toda vez que: (i) es posible que se causen daños a la víctima, sin que el sujeto activo haya tenido un incremento patrimonial -por ejemplo, un homicidio culposo, lesiones causadas en medio de una riña, la violencia ejercida en contra de los familiares, entre muchos otros-; y (ii) es factible que el daño causado a la víctima exceda el incremento patrimonial «producto del delito» -también a manera de ejemplificación, el caso de quien cometió un homicidio, porque le pagaron cien mil pesos para hacerlo, pero le causó a los familiares un daño que supera ampliamente esa suma-.

Esta distinción es importante, porque las consecuencias jurídicas de la reparación a las víctimas y la devolución del incremento patrimonial «producto» del delito son muy diferentes.

[...]

En síntesis, es claro que el artículo 349 se refiere a la devolución del incremento patrimonial, y no a la reparación de las víctimas, entre otras cosas porque: (i) su literalidad es unívoca; (ii) solo hizo alusión a los delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial, lo que deja por fuera el universo de casos en que, sin que ello haya ocurrido, se hayan causado perjuicios a la víctima, según se explicó en precedencia; y (iii) lo atinente a la reparación de las víctimas, en el ámbito de los acuerdos, fue regulado expresamente en el artículo 351 -«las reparaciones efectivas a las víctimas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes»-.

Sobre esto último, debe tenerse presente que: (i) aunque en todos los casos debe procurarse la reparación a las víctimas, la misma no constituye un requisito del sometimiento a una condena anticipada, bien por la vía unilateral o mediante un acuerdo; (ii) tal y como se indicó, el legislador le dio la potestad a la víctima de aceptar lo acordado en materia de reparación o, en su defecto, buscar la reparación a través de las «vías judiciales pertinentes»; y (iii) ello guarda armonía con la regulación de otra de las formas de terminación anticipada del proceso penal (principio de oportunidad), pues solo algunas de sus causales tienen como requisito estructural la reparación a las víctimas, aunque, en todo caso,



este objetivo debe procurarse en la mayor proporción posible.

[...]

Por manera que, es equivocado asumir que, la necesidad de reintegrar el valor equivalente al incremento percibido, o devolver lo que corresponda al enriquecimiento, es una exigencia en términos de indemnización a la víctima, cuando lo que la norma pretende es impedir que el procesado se beneficie con la celebración de un acuerdo cuando exista incremento patrimonial producto del delito, como una política con la que se busca desestimular la ejecución de conductas punibles que generan beneficios económicos al sujeto agente, esto es, se ancla en postulados de prevención general.

Luego, la teleología de la premisa normativa, no radica en entregar una compensación económica destinada a reparar al afectado con el punible, con independencia de que este pueda terminar beneficiado con el valor u objeto de la devolución.

Pues ello, implicaría darle a la ley un alcance que no tiene, esto es, entender que la reparación integral es presupuesto de cualquier forma de terminación anticipada de la actuación penal.

Esto, además de desconocer la literalidad y la teleología de la norma, es totalmente contrario a la visión sistemática del modelo de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, y al entendimiento del mismo al interior de esta Corporación y de la Corte Constitucional. Ello, bajo el entendido de que, incluso en el ámbito del principio de oportunidad que puede conducir a la renuncia de la acción penal (que es una medida más extrema que la rebaja de pena), la reparación integral solo es requisito frente a algunas causales.

Lo anterior, porque no puede perderse de vista que los intereses de la víctima, aunque son importantes: (i) no se reducen a lo económico -sin perjuicio de las reparaciones de otro orden-, ya que también juegan un papel importante la verdad, la justicia y la garantía de no repetición; (ii) las pretensiones de la víctima siempre deben ser consideradas, pero no necesariamente prevalecen sobre otros aspectos constitucionalmente relevantes, tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional al estudiar esta temática en el ámbito de los acuerdos y del principio de oportunidad; y (iii) darle una aplicación extensiva a una norma represiva (art. 349 C.P.P.), lo que de suyo es improcedente, pues puede truncar los derechos de la víctima a la verdad, justicia y no repetición, habida cuenta de la incapacidad del Estado para solucionar todos estos conflictos por la vía del trámite ordinario.

De allí que, por razón de la importancia y trascendencia de los derechos de las víctimas, no debe sin más acogerse la interpretación según la cual debe exigirse, en casos de allanamiento a cargos, la condición de validez consignada en el artículo 349 ya referido.

Finalmente, debe indicarse que, aun cuando se diga que la referida asimilación, en todo caso, no impide aprobar el allanamiento cuando al procesado se le explica sobre la imposibilidad de reconocerle reducción de pena, tal interpretación deja sin asidero la intelección que, precisamente demanda exigir ese condicionante en casos de preacuerdo.

Esto porque, sí conforme con la postura que defiende que el condicionante del artículo 349 es de validez y por esa situación, sencillamente, no se puede celebrar un preacuerdo, de realizarse el símil con el allanamiento, obligatoriamente la conclusión a la que se llega es que no podría éste ser aprobado por la judicatura.

Entender lo contrario, termina por reconocer que los efectos del no reintegró y garantía de lo percibido de manera ilegal, sólo tiene efectos en punto de la adecuación de la pena.

De allí que, no se pueden confundir (i) la posibilidad de someterse a la terminación anticipada del proceso, a través de la renuncia a los derechos previstos en los literales b y k del artículo 8 atrás citado; y (ii) la prohibición de beneficios por el sometimiento a la terminación anticipada de la actuación, tal y como sucede, por ejemplo, frente a los delitos enlistados en la Ley 1121 de 2006 y en el artículo 199 de la Ley 1098 del mismo año. Ello, bajo el entendido de que si no ha hecho el reintegro de que trata el artículo 349 -de haber ocurrido el incremento patrimonial allí descrito- no sería posible celebrar el acuerdo con la Fiscalía, y como, según la jurisprudencia hasta ahora vigente, la aceptación unilateral es una forma de acuerdo, la referida restricción también abarcaría la aceptación de cargos.

Siendo, por consiguiente, la interpretación más acertada, a partir de la diferenciación de los institutos de los preacuerdos y el allanamiento que, el condicionante establecido en el ya invocado artículo 349 de la Ley 906 de 2004, sólo aplica para el primero.

Lo anterior, porque entiende la Corte que la razón para que la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal solo opere para los casos de preacuerdo tiene su fundamento en que, bajo este mecanismo el procesado va a obtener una mayor rebaja punitiva, en tanto que, por esta vía puede pactar la pena, lograr la eliminación de

una agravante específica, la aplicación de descuentos propios de figuras como la complicidad, estado de ira, marginalidad, entre otros, por lo que, ante importantes descuentos de la sanción a descontar, se advierte proporcionado y razonable que, si por razón del delito el procesado obtuvo un incremento patrimonial reintegre el 50% de lo apropiado y garantice el pago del remanente, como lo exige la norma en cita.

Situación que, en tal medida no se verifica en los allanamientos, dado que la rebaja de pena está prevista en proporciones de hasta la mitad, hasta la tercera y en una sexta parte de la sanción a imponer y dentro de este marco la define el juez, bajo criterios, tales como la reparación a las víctimas o la devolución de lo apropiado económicamente; de manera que, si hubo reintegro del provecho patrimonial, ello va a generar que el descuento punitivo sea mayor, de lo contrario, la sanción seguramente va a quedar fijada en un monto superior a aquel definido para los casos de preacuerdo, donde haya existido la devolución económica de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Todo lo anterior, entonces, lleva a sostener que la redacción del artículo 349 es claramente incompatible con la regulación de la aceptación unilateral de cargos. De manera que, no es una condición que se haga exigible para aprobar dicha manifestación unilateral»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos o preacuerdo: no necesita que se reintegre el 50 por ciento del incremento patrimonial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: apartamiento de su contenido, el funcionario debe argumentarlo jurídicamente / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior

«Al respecto, se tiene que a la procesada YYNB, le fueron atribuidas las conductas delictivas de concierto para delinquir, receptación, fraude procesal en concurso homogéneo y sucesivo, falsedad en documento privado en concurso homogéneo y sucesivo, y estafa agravada en la modalidad de delito masa.

Presentada y materializada la acusación en su contra por esos delitos, se dio curso a la audiencia preparatoria, y en sesión del 8 de noviembre de 2021, la acusada exteriorizó su deseo de aceptar de forma unilateral los cargos indicados por la Fiscalía General de la Nación.

Así, en desarrollo de esa diligencia, una vez se reconoció personería a la defensora de confianza, esta manifestó el deseo de su representada de allanarse [...]

Ahora, cumplido el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, el Juez cognoscente procedió a emitir sentencia el 1° de abril de 2022.

En ella, expuso de cara al proceso de individualización de la pena, que aun cuando la procesada al momento de aceptar responsabilidad fue informada de que no sería beneficiaria de reducción punitiva por cuanto no satisfizo la exigencia contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, procedería a reducir su pena.

En respaldo de ello, el Juez, anunció y justificó las razones por las cuales se apartaba del precedente que imponía dictar sentencia sin rebaja de pena, bajo la comprensión de la Corte en sentencia SP14496-2017, según la cual el allanamiento es una modalidad de preacuerdo.

Sobre este aspecto, es del caso advertir que, la Corte reconoce que la fuerza vinculante de la jurisprudencia guarda relación con la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, al establecer un principio de confianza para las partes que esperan que sus casos sean resueltos bajo criterios estables y consistentes.

Sin embargo, también está de acuerdo con que, el acatamiento del precedente judicial no constituye método de aplicación de la ley que imponga juicios inmodificables, ya que la jurisprudencia acompasada con las realidades sociales no impide descartar modificaciones del criterio que orientó en un momento determinado una opinión interpretativa distinta frente al mismo texto legal.

De modo que tal fuerza vinculante es relativa, en la medida que la exposición razonada y fundada de los sustentos jurídicos, permiten al operador judicial apartarse de la jurisprudencia dictada por la Corte en reconocimiento del principio de imparcialidad y autonomía judicial, tal como lo estableciera la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, al declarar la exequibilidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896. [...]

Ejercicio que se propuso y desarrolló el servidor judicial, quien en su fallo, precisamente evocó la línea jurisprudencial de la Corte, advirtiendo las dos posiciones enunciadas a lo largo de esta decisión, esto es, aquella que distingue los allanamientos de los preacuerdos -Rad. 25306- y, por tanto, la no aplicación de la restricción contenida en el artículo 349 a los primeros y, la que asume que el allanamiento es una modalidad de preacuerdo y por consiguiente, la exigencia del reintegro destacado en la norma -Rad. 39831-, en claro acatamiento del requisito de transparencia.

Al igual que el de suficiencia, pues, al elegir la primera de tales interpretaciones que suponía apartarse de la línea jurisprudencial vigente, explicó los argumentos hermenéuticos que soportaban su determinación «al tamiz de los métodos tradicionales de interpretación jurídica (gramatical - sistemático - teleológico)»

Ello, deja en evidencia que el juez acogió las condiciones exigidas para apartarse de la jurisprudencia vigente y consecuentemente, procedió a dosificar las penas por cada uno de los delitos acusados, determinando por el de estafa agravada en la modalidad de delito masa -delito más grave-, 120 meses de prisión, los que incrementó por las conductas de receptación, fraude procesal, concierto para delinquir y falsedad en documento privado [...]

Cifra que se redujo por el allanamiento a cargos en la audiencia preparatoria -numeral 5° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 - en un 25%, esto es, en una cifra inferior a la máxima permitida por el legislador, precisamente, analizando las condiciones particulares del caso y considerando los derechos de las víctimas.

[...]

Quedando en definitiva la pena de prisión de YYNB, en 174 meses de prisión. Las mismas pautas las siguió al momento de establecer la pena de multa, la que quedó en 319.12 s.m.l.m.v.

Asimismo, en la sentencia, en garantía de los derechos de las víctimas, se encontró precedente, la cancelación de las anotaciones fraudulentas en los certificados de los vehículos objeto de los punibles de falsedad en documento privado y fraude procesal, relacionándose 11 vehículos, en clara muestra de que el delito no es fuente de derecho.

Esos razonamientos, fueron también analizados por el Tribunal Superior de Bogotá, colegiatura que bajo similar reparo al acá propuesto, asumió que, en efecto, no era dable revocar ni anular la

sentencia de primer grado al haberse proferido con una argumentación suficiente en donde quedaban claros los motivos para inaplicar el requisito de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y con ello, apartarse del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia que lo imponía.

Destacando igualmente que en la cuantificación de la rebaja, el juez se preocupó por establecerla de forma razonable y ponderada, pues consideró dificultades de índole procesal, las finalidades del procedimiento punitivo y la salvaguarda de los derechos de las víctimas.

Por consiguiente, conforme queda expuesto, no se verifica la falta de aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en la medida que no solo, el Juez de primera instancia se apartó con la debida carga argumentativa del precedente judicial que fijaba una postura interpretativa de cara a su aplicación a casos de allanamiento a cargos, sino que, la Sala en su función nomofiláctica recoge la tesis expuesta en la sentencia CSJ SP14496-2017, Rad. 39831, para a partir de ahora, no solo entender que los allanamientos y preacuerdos son figuras distintas de terminación del proceso, y que no guardan conexión de especie a género, sino que, como consecuencia de ello, no es exigible para la legalidad del allanamiento a cargos en aquellos delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, de que se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Precisando que, la verificación del reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido con el delito, es un criterio a considerar por los jueces al momento de fijar la rebaja de pena por el allanamiento a cargos, tal y como lo realizó, de forma proporcional el Juez de primer grado».

**19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **TESTIMONIO -**

Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, es factible que la verdad sea suministrada o complementada en declaraciones posteriores a las primeramente recaudadas / **TESTIMONIO -** Del menor: apreciación probatoria, silencio de la víctima de delitos sexuales no significa que los hechos no hubieran ocurrido

Resolvió la Corte el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía 10 Delegada ante la Corporación, contra la sentencia proferida por el Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, que revocó la decisión condenatoria dictada por el Juzgado 20 penal del circuito con función de conocimiento de esa ciudad, y en su lugar, absolvió a EPA como autor responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

En esta oportunidad, la Sala Penal casó el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Bogotá a favor de EPA para, en su lugar, dejar en firme la condena proferida en su contra.

Lo anterior al considerar que, a partir del análisis y valoración de los elementos de conocimiento que integran el acervo probatorio del proceso, se satisface el estándar previsto en el art. 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar, en tanto los relatos de los menores sí ofrecen un contenido libidinoso y se soportaron en procesos de rememoración suficientes que se contrastaron con otras pruebas incorporadas al proceso. Además, se demostró la existencia de los juegos lascivos con ayuda de videos pornográficos y la realización de los actos sexuales consistentes en tocamientos que el procesado hacía sobre las víctimas.

**SP2024-2024(59068) de 31/07/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Carlos Roberto Solórzano Garavito**

**RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. En Bogotá, entre los meses de octubre y diciembre de 2017, EPA se encargaba del cuidado de los nietos de su esposa, la niña SVAC de seis años y el niño JJAC de tres años, situación que aprovechaba en su habitación para mostrarles videos pornográficos que los menores tenían que repetir; también procedía a tocar la vagina de la niña y, además los ponía a participar en dos juegos sexuales: uno de los juegos consistía en que el procesado se ponía de pie y el niño que primero llegara le besara el pene obtenía como premio un huevo kinder; en el otro juego, la niña se acostaba, abría las piernas y el niño se subía encima para introducirle el miembro viril en su vagina.

2. El abuelastro procesado les decía a las menores víctimas que no podían contarle a nadie, porque no les volvería a dar dulces.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Prueba de referencia:

procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Declaraciones

rendidas antes del juicio: del menor víctima, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio, del menor víctima: prueba de referencia, la inflexibilidad de las formas cede ante las

finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de intermediación y contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Declaraciones rendidas antes del

juicio, entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, incorporación como prueba de referencia para evitar su doble victimización

«La Corte, tratándose de juicios en los que las víctimas de delitos -como los sexuales- son personas menores de dieciocho años, les otorga un procedimiento diferencial para cumplir con la protección reforzada que la Constitución Política les asegura. Sobre esa base:

“a nivel de principio, se ha señalado, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, que los menores, como todo testigo, pueden comparecer al juicio, pero aun si concurren, o no lo hacen, sus declaraciones anteriores pueden hacerse valer como prueba de referencia admisible, algo que no ocurre cuando el testigo es mayor de edad (CSJ SP, 28 CSJ SP337-2023, 16 ago., rad. 56902; CSJ SP14844-2015, 28 oct, rad. 44056; CSJ SP934-



2020, 20 may., rad. 52045, y CSJ SP723-2024, 20 mar., rad. 56879).

Por regla general -precisa la jurisprudencia-, mediante la prueba de referencia ingresan al juicio declaraciones anteriores de un testigo que no está disponible para su confrontación e interrogatorio. Sin embargo, cuando se trata de menores víctimas, la incorporación al juicio de sus declaraciones anteriores es un asunto de puro derecho definido por el legislador en el literal e), del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, agregado por el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013. Por lo tanto, su aducción al debate no está sujeta a juicios de disponibilidad.

La finalidad esencial de la ley -dijo la Corte en las decisiones que vienen en cita- está dirigida a que la menor víctima no declare, aunque si lo desea puede hacerlo. En caso de que lo haga, como lo expresó la Corte en la CSJ SP14844-2015, 28 oct, rad. 44056, no existe ningún obstáculo para que se pueda solicitar al tiempo el ingreso de sus declaraciones como prueba de referencia admisible, sin necesidad de probar su indisponibilidad, pues este criterio, en relación con menores de edad, ha sido desestimado legalmente.

Junto a lo expuesto, la Corte dispuso, de cara al testimonio adjunto y la prueba de referencia en los procesos donde son víctimas de delitos sexuales menores de dieciocho años, «las formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad», la cual constituye la finalidad suprema de la prueba.

En torno a la incorporación de declaraciones rendidas antes del juicio por menores de edad víctimas de delitos sexuales, la Sala estableció:

(a). Bajo el principio de protección reforzada, mediante el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, se adicionó el [literal] e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, con el fin de considerar de pleno derecho, como prueba de referencia admisible, las declaraciones por fuera del juicio de menores de 18 años, víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Por lo tanto, como se mencionó, su procedencia no está condicionada a si el menor está o no está disponible, o si concurre o no al juicio, pues de no ser así, el principio de protección reforzada que justifica esta singular consideración normativa carecería de sentido.

(b). El ordinal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, tiende a evitar la impunidad que se puede generar ante el riesgo de retractación del menor y su revictimización.

Desde ese punto de vista, salvo que el fiscal encuentre que su teoría del caso se puede probar sin necesidad de recurrir a pruebas de referencia admisibles, no existe razón para no hacer uso de una prerrogativa legal que le permite actuar con la sensibilidad y responsabilidad que este tipo de conductas requiere.

(c). En un sistema de partes, la lealtad que se materializa en el debido proceso probatorio, les impone la carga de descubrir la prueba -en el escrito de acusación, numeral 5 del artículo 337 y en su formulación, numeral, 2 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004-, y solicitar y justificar su conducencia y pertinencia en la audiencia preparatoria -artículo 357 del Código de Procedimiento Penal-.

En este sentido, para cumplir con el debido proceso probatorio, tratándose de declaraciones anteriores al juicio de menores víctimas, basta descubrirlas, solicitarlas en la audiencia preparatoria y que sean decretadas. Son las únicas condiciones, porque otras, como la disponibilidad del testigo, según se advirtió, no son exigibles tratándose de declaraciones de víctimas menores entregadas por fuera del juicio oral.

De esta manera se satisface el debido proceso probatorio, pues como lo señala el artículo 441 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia, en lo pertinente, salvo lo expresado en el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se rige “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.

(d). El hecho de que las declaraciones anteriores de víctimas menores de 18 años se cataloguen como prueba de referencia admisible, no significa que la parte esté exonerada de descubrir la prueba y solicitarla. Esa es una condición de validez de la prueba. Por lo tanto, no puede el juez apreciarlas con la excusa de que por definición legal las declaraciones del menor constituyen prueba de referencia admisible, sin que la parte las haya descubierto y hecho la manifestación de utilizarlas en el debate oral, en una actitud oficiosa que desdice del sistema y de la carga que tienen las partes de llevar al juez el convencimiento sobre la responsabilidad o la inocencia del acusado.

(e). Decretada la prueba, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la prueba de referencia admisible se puede utilizar para impugnar su credibilidad (artículo 440 de la Ley 906 de 2004), así como también se puede impugnar la prueba de referencia admisible por cualquier medio probatorio (artículo 441 ibidem).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte, igualmente, en caso de retractación se la puede incorporar como testimonio adjunto.

(f). Por último, si la prueba aducida al juicio es de referencia, así se trate de declaraciones de menores de edad, el Juez está impedido de dictar sentencia condenatoria exclusivamente con base en ese tipo de pruebas (inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

Las disposiciones en estudio persiguen asegurar los derechos prevalentes de los menores, para eso, la ley promueve que, cuando las menores víctimas no testifiquen en juicio, las declaraciones previas que hayan ofrecido sean susceptibles de incorporarse de pleno derecho como prueba de referencia admisible, siempre que las mismas sean descubiertas en la audiencia de acusación, y solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria.

La Corte ha modulado las reglas sobre la prueba de referencia y tranquilamente ha considerado que la inflexibilidad de las normas debe ceder frente a las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediación y contradicción. De manera que, las formas o la ritualidad acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad. Los estándares probatorios no se alteran, lo que se flexibiliza es la forma de aducción de la prueba.

En este contexto, para responder al cargo propuesto por el recurrente se observa que, la Fiscalía trajo al juicio oral a las menores víctimas, quienes en la cámara Gesell fueron escuchados en declaración, motivo por el cual importa conocer sus narrativas, como también exponer el valor probatorio que merecen, lo cual debe ser contrastado con las demás pruebas practicadas e incorporadas en la audiencia pública de juzgamiento»

**TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: de los aducidos por la defensa, cuando presentan inconsistencias e interés de favorecer al acusado / **TESTIMONIO** - Del menor: Limitaciones verbales / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, es factible que la verdad sea suministrada o complementada en declaraciones posteriores a las primeramente recaudadas / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios / **TESTIMONIO** - Del menor: apreciación probatoria, silencio de la víctima de delitos sexuales no significa que los hechos no hubieran ocurrido / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Prueba: de corroboración periférica, testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevista rendida ante psicólogo por menor víctima de delito sexual

«De la narración de la madre de los menores JJAC y SVAC, víctimas de delitos sexuales, se destaca la forma como conoció del abuso sexual de los niños, los detalles contados por ellos y las acciones que tomó, luego de ser orientada en la línea 123. Aspectos de relevancia ante las consideraciones del ad quem y los cuestionamientos que plantea la defensa, al considerar que faltó a la verdad y contaminó la versión de los niños, así perjudicar al procesado, veamos los puntos de relevancia de su testimonio:

[...]

Se destaca que durante los interrogatorios de la Fiscalía y la defensa, no hubo manifestaciones relacionadas con algún conflicto o discrepancia con su padrastro E.P.A., por el contrario L.Y. señaló que mantenían una buena relación, al punto que cuando se enteró de los hechos, para ella fue muy doloroso; como se observa más adelante, el supuesto conflicto familiar es un tema que posteriormente la madre y el hermano de la testigo, abuela y tío de los menores víctimas, respectivamente, trajeron al proceso, lo que a diferencia de la conclusión a la que llegó el ad quem, se observa que se intenta aportar un nuevo conocimiento lejano a la realidad de lo ocurrido, y que tiene por finalidad favorecer al procesado, lo cual resulta insuficiente frente a lo declarado por la madre de los niños y por los menores víctimas SVAC y JJAC, lo cual es verificado con los testimonios de los profesionales que conocieron el caso y atendieron a los niños.

[...]

A diferencia de las consideraciones del ad quem, la Corte observa que si bien el testimonio de SVAC no tiene la fluidez que quisiera el Tribunal, eso no lo hace insuficiente o incompleto, pues para la niña es claro que su abuelastro abusaba sexualmente de ella y su hermanito, lo cual guarda armonía con las manifestaciones que con anterioridad le hiciera a su mamá, en particular, si existieron las prácticas sexuales entre la niña y el niño hermano, por petición del procesado, quien, además, le daba dulces luego de que ella manipulaba con su boca el pene del acusado; los abusos ocurrieron en varias oportunidades, cuando habitaban en la casa del procesado, como también cuando residían en otro lugar, siempre ocurría en ausencia de sus papás; además, el procesado en todo momento buscó estar cerca de los niños, para ello se ofrecía a recogerlos en el colegio, así tenerlos en su casa, o los viernes en

la residencia de los papás, para pasar el fin de semana con ellos, como lo declaró la mamá y la abuela de los niños.

[...]

Testimonio del menor víctima JJAC

De entrada, se advierte que, a pesar de tratarse del testimonio de un niño de cuatro años, las respuestas relacionadas con datos personales y familiares gozan de comprensión y coherencia, aspectos que también se observan en las demás respuestas relacionadas con los hechos, veamos:

[...]

Si bien el ad quem consideró que el niño JJAC no pudo dar detalles sobre los hechos investigados, desvirtuando por eso el presunto juego libidinoso y que haya visto la película pornográfica por indicación del procesado, lo cierto es que el menor no negó haber tenido alguna vivencia con el procesado E.P. y, por el contrario, no quiso rememorar su experiencia traumática, pero a línea seguida a pregunta de la defensa rememoró experiencias que aún no considera negativas como que vieron en la televisión a personas desnudas, que apagaban la 'tele' y corrían hacia el acusado a quien olían cuando echaban una apuesta, además que era habitual que les diera dulces.

En este contexto, si bien el testimonio JJAC por si solo resultaría insuficiente para demostrar los comportamientos libidinosos, no puede dejarse de lado que ofrece una serie de elementos que, al ser contrastados con el testimonio de su hermana SVAC y las entrevistas realizadas por las psicólogas del CTI, permiten establecer que los actos libidinosos si ocurrieron y que su autor es el procesado E.P.A.

Especialmente, los testimonios de los niños son congruentes en establecer que veían en la televisión películas con posible contenido pornográfico y que apostaban a quien llegaba primero a donde su abuelo, donde ambos, desde su vivencia, señalaron que acercaban su cara de forma muy próxima a su abuelo, puesto que el niño JJAC señaló que corría a donde su abuelo a olerlo y la niña SVAC, por su edad, pudo comprender y concretar con más claridad que corrían a besar el pene del procesado.

[...]

De acuerdo con los profesionales de la salud del hospital [...] que atendieron en su primer momento a los menores víctimas, si bien los niños SVAC y JJAC no presentaron hallazgos físicos, esto no significa que los hechos no ocurrieron, sino que esas circunstancias son compatibles con diversas formas de abuso y

manipulación sexual; para el caso, es evidente, conforme se infiere de las versiones de las víctimas ante la psicóloga de la Fiscalía y testimonio en juicio oral, que en efecto, las prácticas sexuales son de aquellas que no dejan hallazgos físicos. Recuérdese que se trataba de tocamiento y accesos carnales vía oral, cada vez que los niños tenían que besar el pene del procesado a cambio de un dulce, resultado del juego utilizado para lograr manipularlos, al punto, como lo sostuvo la madre de los niños, que en particular SVAC, en un principio no comprendía que era lo que había pasado, pues para ella los hechos eran el resultado de un juego, pues es con posterioridad que comprende el alcance y gravedad de lo ocurrido.

[...]

Los testigos de la defensa L.A.G.B. y A.F.C.G., abuela y tío de los niños SVAC y JJAC no ofrecen la razón suficiente para concluir que el procesado E.P.A. no cometió los delitos por los cuales se le juzga; pues sus apreciaciones relacionadas con el buen trato y cariño que daba a sus hijastros menores y la supuesta conducta irregular de L.Y., no son demostrativas de la inocencia del procesado.

Esa forma de comportamiento ideal del acusado, era de tal nivel que los niños no dieron cuenta que mientras su abuelastro realizaba los juegos estaba cometiendo conductas libidinosas; en ese contexto, para ellos era normal lo que estaba pasando, tal como lo señaló la denunciante L.Y. C.G. y lo diagnostica el médico pediatra R.P. que los atendió, al considerar que la situación era compatible con una sospecha de abuso y manipulación sexual y que también observa la psicóloga del CTI al realizar la entrevista SVAC.

[...] La denunciante tenía razón y la sospecha de abuso y manipulación sexual resultó ser cierta, pues los testimonios de los niños SVAC y JJAC sí ofrecen consistencia y fueron objeto de corroboración periférica; así que los menores en sus testimonios y entrevistas de SVAC cuentan la manera como ocurrían los hechos, SVAC con una narrativa de mayor contenido, espontánea, coherente y clara, al indicar el juego libidinoso de abuelastro y el premio que recibían para el primero que le besara el pene, y los tocamientos que le hacía en su vagina.

La narrativa de la niña encuentra armonía con las entrevistas rendidas a las psicólogas del CTI, sin que la negativa inicial a contar lo sucedido y la aparente variación en su dicho, tenga la profundidad para afirmar que no se conservó el núcleo esencial de los abusos sexuales; por el contrario, la claridad de los hechos expuestos en el testimonio que rindió en el juicio oral, se



explica en que, la rememoración iba acompañada del entendimiento de haber sido víctima de abuso sexual, pues la niña, ya comprendía que los juegos y premios que daba su abuelo no correspondían a la normalidad, sino que era el resultado de un abuso sexual, tal lo refiere la psicóloga del CTI.

Ahora, en lo que respecta al testimonio del menor JJAC, si bien, como se anotó, por sí solo no ofrece la razón suficiente para responsabilizar al procesado P.A, si brinda unos mínimos elementos sobre la ocurrencia de los hechos imputados, en un primer momento, a pregunta de la Fiscalía sobre su abuelo, el niño luego de

mostrar una pena inmensurable, responde no querer hablar de eso; y más adelante, a pregunta de la defensa, de manera espontánea, inesperada y sorpresiva declara que en la casa de E. veían televisión a -unos señores desnudos, y apagamos la tele, y cuando venía le olíamos... cuando echábamos la apuesta- , y que este a veces les daba dulces. Relato que, distinto a las conclusiones del ad quem, armonizan con los demás elementos materiales de prueba, en particular lo manifestado también con espontaneidad por su hermana SVAC».

## Inicio

### **20. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Indicio: no fue suprimido por la Ley 906 de 2004 / **INDICIO** - Estructura / **INDICIO** - Valoración probatoria: en conjunto con las demás pruebas recaudadas

La Sala Penal de la Corte resolvió el recurso de casación presentado por el ente acusador, en contra de la sentencia absolutoria de segunda instancia, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, que revocó la condena emitida, por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Sevilla, Valle.

En esta oportunidad, la Corte casó parcialmente la sentencia del Tribunal Superior y, en su lugar, confirmó la condena proferida por el Juzgado de primera instancia, que declaró penalmente responsable a HFLV como autor del delito de homicidio agravado.

Lo anterior, porque el concurso de indicios (de presencia, oportunidad y móvil para delinquir), ponderado con otros hechos demostrados, permite cimentar el grado de conocimiento suficiente, para arribar a la conclusión que HFLV es el autor responsable del homicidio de J.A.V.G., debido a la demostración racional de múltiples hechos indicadores, de los cuales se infiere la existencia del hecho indicado y su conexión lógica.

**SP1279-2024(56545) de 29/05/2024**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

## **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. En una habitación ubicada en el primer piso de la vivienda, vivían, desde hacía aproximadamente 15 días, el bebé J.A.V.G. de 9 meses y 25 días de nacido, junto con su madre DAVG y el compañero permanente de ésta, HFLV, padrastro del menor.

2. En la noche del sábado 16 de mayo de 2015, tanto la madre del menor como éste, arribaron a su vivienda, aproximadamente a las 6 de la tarde; por su parte, HFLV lo hizo a eso de las 9 de la noche, después de haber ingerido licor.

3. Al día siguiente -domingo 17 de mayo de 2015-, más o menos rondando las 7:30 de la mañana, al observar DAVG, que el niño no se despertaba, lo tomó en sus brazos y de inmediato se dirigió a donde su madre, que vivía a pocas casas del lugar, quien de inmediato lo llevó al hospital Centenario de la localidad, en donde se estableció que llevaba algunas horas muerto, por causas violentas.

4. Se estableció que el infante falleció, por un golpe contundente producido en el cráneo que le causó fractura con-minuta.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Indicio: no fue suprimido por la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Indicio: validez probatoria

«[...] acorde con el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, la prueba indiciaria indirecta por naturaleza construida a través de inferencias lógico-jurídicas, habría desaparecido del ordenamiento jurídico con tendencia acusatoria, empero, la realidad es que conserva validez en nuestra sistemática probatoria colombiana, a pesar de no aparecer taxativamente consagrada».



**INDICIO** - Concepto / **INDICIO** - Estructura / **INDICIO** - Configuración / **INDICIO** - Hecho indicador: concepto / **INDICIO** - Hecho indicador: demostración / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Concepto / **INDICIO** - Hecho indicado: concepto / **INDICIO** - Técnica en casación

«[...] la Corte ha señalado que el indicio es todo hecho o circunstancia conocida, del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica y /o de raciocinio.

Por consiguiente, para construir un indicio, debe existir un hecho indicador, una regla de la experiencia que le otorga fuerza probatoria al indicio y un hecho indicado o conclusión.

El hecho indicador se refiere a una circunstancia o suceso debidamente demostrado. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador o, existiendo, no se les da credibilidad, el hecho indicador no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de inferencia lógico-jurídica alguna.

La regla de experiencia alude, por su parte, al principio de la lógica o el postulado científico, concretos, que permiten conectar al primero con una conclusión.

El hecho indicado, no es más que la consecuencia extraída, como resultado de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador.

Ahora, la Corte igualmente ha señalado que no todo hecho o circunstancia debidamente demostrada, puede ser cobijada por el juicio de raciocinio escogido regla de la experiencia, principio lógico o ley de la ciencia, pero, tampoco puede asumirse, que los mismos carezcan de importancia en el proceso de determinación de la verdad en materia penal.

En tales casos, ha indicado, la fuerza argumentativa emanada de las máximas de la experiencia puede suplirse por la relación, convergencia y concordancia de los hechos demostrados, al punto que, de esa forma, puede alcanzarse el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal, para emitir un fallo condenatorio. Interconexión que debe ser lógica y surgir de la realidad mas no de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador.

Así, en ocasiones se presentan casos en que existiendo dos hechos indiciarios que, ponderados independientemente, carecen de fuerza probatoria, al ser unidos, la adquieren tan considerablemente a raíz de su lógica

complementación que, en ausencia de pruebas en contrario, resultan concluyentes.

Tratándose de prueba indiciaria, igualmente ha explicado la Corte, la censura en casación debe guardar relación con el tipo de argumentación utilizada en la sentencia que se ataca:

«Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir, su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

[...]

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone: -como condición lógica del cargo- aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque.

[...]

La hipótesis supone, por lo tanto, la aceptación del hecho indicador o la demostración de que el juzgador realizó un juicio de valor en contravía de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia [...]

La Sala ha sido reiterativa en lo precedente y también ha señalado que cuando de atacar dicho medio probatorio en casación se trata, no puede desconocerse que por su naturaleza misma su valoración es de conjunto, siendo el vínculo que surge entre los diferentes indicios (su concordancia y convergencia) el que hace que la conclusión crezca desde la probabilidad hasta constituir certeza».

Reiterándose posteriormente y en lo que tiene que ver con la censura al proceso de articulación entre indicios:

«(iii). Y desde luego, que otro de los extremos objeto de acusación en tratándose de indicios es el relativo a la articulación individual o plural de los mismos entre sí o de aquellos con los otros medios de prueba autónomos en lo relativo a la fuerza demostrativa o poder de persuasión»

**INDICIO** - Se estructura / **INDICIO** - Valoración probatoria: en conjunto con las demás pruebas recaudadas / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Se configura

«[...] la Sala, desde ya, anuncia que acoge, en parte, el análisis efectuado por el juez de primera instancia, cuando concluyó hallar responsable a HFLV de causar la muerte violenta al niño J.A.V.G., a partir de considerar acreditados varios hechos, con los cuales construyó la prueba indiciaria, fundamento de la providencia sancionatoria que enseguida se examina.

Para la Corte, de los indicios por los que el a quo condenó a LV, los únicos plausibles de considerar son los de presencia, oportunidad y móvil para delinquir los que, ponderados con otros hechos demostrados, por su grado de convergencia y concordancia, alcanzan el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal, para confirmar el fallo condenatorio.

En efecto:

No hay controversia en cuanto a que los procesados HFLV y DAVG, fueron los únicos que permanecieron con el niño, a partir de las 9 de la noche del 16 de mayo de 2015, al amanecer del domingo 17 del mismo mes y año, en el interior de la habitación ubicada en el inmueble de la [...] nro. [...] del barrio [...] del municipio de Sevilla, Valle del Cauca.

Se sabe, igualmente, que la madre del menor, estuvo con el niño aproximadamente desde las 6 de la tarde, mientras que el procesado arribó a su morada a eso de las 9 de la noche, cuando de acuerdo con lo declarado por JDV -amigo del anterior-, lo ayudó a ingresar con su moto a la residencia, dado el estado de embriaguez en el que se encontraba, hecho éste corroborado por AVM, dueña del bar Los Recuerdos, donde el implicado, en la tarde del sábado, estuvo ingiriendo licor con unos familiares.

Asimismo, conforme lo declaró MRGO, madre de la procesada DAVG, ésta concurrió a su casa, en dos oportunidades, por lo del desayuno para ella, el niño y el acusado entre 7:30 y 8:00 AM. en la mañana del 17 de mayo de 2015, con lo cual se demuestra que los dos procesados amanecieron juntos con el menor en la habitación donde vivían.

Sobre el fallecimiento del menor, dijo la testigo GO, que se enteró en horas de la mañana del domingo 17 de mayo de 2015, cuando vio a su hija salir corriendo, con el niño en brazos, del lugar donde residían, aduciendo ésta que no respondía.

Lo dicho por la anterior, encuentra confirmación con lo declarado por MEG, vecina del lugar, al señalar que en esa mañana, vio a DAVG salir de la casa donde ésta residía, angustiada y llorando con el niño en los brazos; enterándose con posterioridad que había fallecido.

Lo hasta aquí analizado confirma que, para el momento en que se presentó la muerte del menor, sólo los procesados pernoctaron con éste, sin que ninguna hipótesis factual alternativa, respecto de una cuarta persona en el lugar de los hechos, distinta a los señalados, fuera alegada por las partes o sometida a controversia.

Acorde con lo dictaminado por el perito del Instituto Nacional de Medicina Legal, LORS, la muerte del menor se produjo entre las 10 de la noche del 16 de mayo de 2015 y las 4 de la mañana del domingo 17 del mismo mes y año, horario que coincide con el momento en que LV y VG se encontraban con el infante.

El protocolo de necropsia por éste realizado, estableció que la muerte del infante fue violenta, ocasionada por un trauma en cráneo con fracturas con-minutas.

Al referirse a la mencionada lesión, señaló que no es posible que la misma se pudiera presentar por un simple puño, sino con un golpe contundente, por ejemplo, con la utilización de un palo o una piedra; que, si se tratara de un accidente o caída, la misma debía producirse de una altura entre 4 y 5 metros y /o desde un segundo o tercer piso.

Conforme con las pruebas controvertidas en la actuación, la Corte descarta como igualmente lo consideraron las instancias, que las lesiones que le ocasionaron la muerte al menor se produjeran por una caída o accidente similar. Los medios de convicción indican que: i) el menor permaneció en su cama durmiendo, desde más o menos las 9 de la noche del sábado 16 de mayo de 2015, momento en que su madre lo acostó, hasta la mañana del 17 del mismo mes y año, cuando ésta verificó que no tenía signos vitales, y, ii) el tipo de lesión producida en el cráneo del niño como lo dictaminó el perito es de tipo contundente, con los efectos físicos de un golpe causado con un palo o una piedra o por una caída desde 4 o 5 metros de altura, lo cual hace imposible que la lesión que presentaba se hubiera originado por caída de la cuna.

A su vez, la inspección realizada en el lugar de los hechos, por parte del investigador del C.T.I., CAPP, corrobora que el lugar donde residían los acusados, con el niño, era una habitación ubicada en un primer piso de la vivienda, sin ventana, descartando el testigo, que hubiera penetrado, con fuerza, algún objeto contundente

o que del techo se hubiera desprendido alguna pieza y caído en la cuna en donde se encontraba el menor.

De igual manera, en concordancia con lo anterior, manifestó el investigador que, al registrar la habitación, encontró una cama, una cuna y un armario, obteniendo como información de la madre del niño, que lo había acostado en su cuna, en la noche del sábado y que, en la mañana del domingo, no había despertado, como en efecto fue corroborado su dicho con lo relatado por MROG, abuela del menor.

En el lugar, por su parte, fue encontrada una piedra de 1 kg, con rastros de sangre humana, debajo de la cama donde pernoctaban los procesados, objeto del cual se estableció era apto para ocasionar las fracturas encontradas en el cráneo del menor; ello porque, de acuerdo con el perito forense, no es posible que las mismas se hubieran producido por la caída de la cuna o corral donde dormía el niño, conclusión a la que llegó, después de que el ente acusador en audiencia, le pusiera de presente la fotografía del lugar donde descansó la víctima.

Añadió el perito forense que, si la fractura se hubiere producido por un accidente, el impacto debió ser de tal magnitud que produjo la fractura con-minutas; lo mismo que lo fuera con ocasión de una caída, por lo que, en este caso, la misma debió presentarse desde un segundo o tercer piso y /o desde una altura significativa entre 4 y 5 metros.

Explicó, incluso, que, aun cuando se trataba de un menor de 9 meses, a esa edad su cráneo ya es consistente o duro, por tener la forma de una bóveda; de ahí que descartara que un puño o una cachetada produjera ese tipo de lesión fractura con-minutas.

En ese sentido, tiene razón el Tribunal cuando afirma que alguno de los procesados fue el causante de la agresión leve, lo cual resulta cierto; sin embargo, no acertó al aplicar la duda a favor de los mismos, por considerar incipiente, para emitir condena, el solo indicio de presencia y oportunidad en el lugar de los hechos.

El error del ad quem, en la apreciación probatoria consistió en valorarlas de manera aislada, en tanto no son sólo los indicios de presencia en el lugar de los hechos y el de oportunidad, para cometer el crimen, que conspiran en contra del procesado LV, sino la convergencia de otros elementos de juicio que, sumados a los anteriores, nos llevan a confirmar que es el responsable del crimen.

En efecto, de lo declarado por las testigos MRGO y DVG -abuela y tía materna del menor-, se sabe

que LV, junto con el niño y la madre de éste, se fueron a vivir desde que el menor tenía aproximadamente 5 meses de edad.

Ese hecho, de por sí, no crea una inferencia lógica-jurídica que lleve a concluir que todo padrastro siempre, o casi siempre, tendrá el interés de hacerle daño a su hijastro, hasta producirle la muerte. No obstante, en este caso, además de la relevancia que cobra el indicio de presencia y oportunidad en contra del procesado, es el comportamiento por éste asumido, durante y después de la convivencia, que tuvo con el menor y la madre de éste, los que claramente redundan en su contra, como el autor del crimen.

Al respecto, señaló la testigo GO que cuando el procesado LV vivió con su hija y el menor en la casa de su propiedad, por espacio de dos meses les arrendó un cuarto, en una ocasión vio al primero durmiendo en una habitación distinta a la asignada, por lo que, al interrogarlo por su presencia en el lugar, como respuesta dio éste que “el menor lloraba mucho y no lo dejaba dormir”.

Reconoció la testigo que es verdad que, en las noches, el menor molestaba antes de ir a dormir y que, igualmente, lo hacía en horas de la madrugada, lo cual atribuyó a su hiperactividad; no obstante, dejó claro que mientras los tres vivieron en su casa, ella procuró dormir con el menor, para que no molestara a LV.

Además, sobre el comportamiento del procesado después de los hechos, dijo la testigo que cuando la policía judicial fue a realizar la inspección, vio a LV “[...]dentro de la habitación muy relajado fue y sacó una compota de J (sic del menor), quien no se las daba él y, se sentó y se relajó a comerse la compota mientras el señor de la Sijín y la policía revisaban el apartamento [...]

Aseguró la testigo GO que, después de los hechos, fueron amenazadas por el procesado y la familia de éste, por concurrir con su hija DVG, como testigos al proceso, hecho éste confirmado por la última.

Ninguna explicación válida se ofrece para que el procesado, si es que ninguna intervención tuvo en el crimen, decidiera de repente amenazar a las anteriores, por el hecho de declarar en audiencia, lo que indica, de alguna manera, que ocultaba algo o que sentía temor por lo que ellas pudieran decir sobre él y respecto de los hechos que desencadenaron en la muerte del menor.

A lo anterior, se suma, lo señalado por la testigo AVM quien igualmente les arrendó una habitación a los procesados con el niño, al recordar que mientras en su casa vivieron los procesados, escuchó llorar al niño en varias

oportunidades. Evocó una oportunidad, en la que, mientras extendía la ropa, notó incesante el lamento del niño, situación que le llamó la atención, por lo que decidió verificar, encontrándolo solo con el procesado, quien se limitó a dar como respuesta: ¡no este muchacho, es lo más de raro no se amaña aquí!

El comentario que en ese sentido realizó el procesado, acerca del llanto del menor, para la Sala resulta notoriamente despectivo y displicente; está visto que el procesado era el padrastro del menor y al cuidado de éste se encontraba; sin embargo, ningún acto de salvamento prodigó para calmar su sollozo, pues estando obligado a ello, en su condición de garante, no lo hizo; por el contrario, lo dejó a su suerte, ante el oído impávido de la dueña del lugar.

Es evidente, entonces, que al procesado poco o nada le interesaba la integridad del menor, al punto que su sollozo lo exacerbaba notablemente, como lo hicieron saber las testigos GO y VM.

Aunado a lo anterior, se suma, la actitud indiferente que asumió LV, luego de que se produjera el deceso del niño. En primer lugar, no se le vio acompañando a la madre de éste, cuando salió de su vivienda alterada con el menor en brazos, tampoco se le observó en el hospital cuando fue llevado por urgencias. En lugar de ello, permaneció en la morada que les servía de vivienda, como si nada hubiera acontecido, conforme se extrae de lo declarado por MRGO, DVG y el investigador del C.T.I., CAP.

En esa medida, la Sala concuerda con la primera instancia, acerca de que al procesado sí le producía molestia el llanto del menor, pero esa sola inferencia no resultaría suficiente para construir el indicio de móvil para matar -como lo concluyó la primera instancia-, dado que no siempre que un niño llora o molesta la manera de silenciarlo es quitarle la vida, en oposición con ello, existen otras alternativas igualmente plausibles que llevarían a un hombre promedio a calmar su aflicción, por lo que no bastaría ese solo hecho analizado de manera aislada para crear necesariamente la regla de la experiencia que el demandante reclama.

[...]

Como los indicios se construyen no sólo desde una perspectiva ex ante a la comisión del delito sino ex post a su ocurrencia, no existe duda que, en este caso, el procesado asumió un comportamiento indolente e indiferente con el menor, desde que empezó la vida marital con la

madre de éste, sino que igual actitud lo acompañó después de la muerte del niño.

En esa medida, el único interesado en segarle la vida al menor era LV, al confluir en su contra varios hechos indicadores que lo señalan como el responsable del crimen, entre otras razones, porque en lo que se refiere a la madre del niño, nada se dice en su contra.

Sobre ella, los hechos indican que sus acciones nunca estuvieron dirigidas a dañar al menor y su reacción se acompasa con los de una mamá angustiada al ver a su hijo en grave o indeterminable estado de salud, dado que i) se levantó en la mañana a comprar comida para poder brindarles desayuno a su hijo y al procesado, ii) por su comportamiento, nada dice que, para ese momento, tuviera conocimiento del estado en que se encontraba el menor, iii) se le notó tranquila, desprovista de nervios y actuando de manera normal, pues su interés era el de proveer los alimentos para los tres, iv) después, salió con su hijo en brazos, completamente descompuesta, nerviosa y sin saber qué hacer, dado el estado de salud en el que encontró a su hijo, al regresar a su casa con los alimentos para el desayuno, y, v) a pesar de ello, procedió a buscar la solución más eficaz, para proteger la salud del menor, porque sus intenciones estaban dirigidas completamente a brindarle todo el bienestar a su hijo, llevándolo a un centro de salud.

Ahora, que de una u otra forma se hubiera enterado de que el autor del crimen de su hijo fue LV y que, a pesar de tener la obligación de denunciarlo, así fungiera como su compañero permanente no se aplica la excepción de no incriminarlo por cuanto la víctima era un menor de edad, ya se dijo que la Corte no tiene competencia para pronunciarse Cfr. 1.

Por lo demás, es evidente que, en este caso, además del indicio de presencia en el lugar de los hechos y de oportunidad, igualmente concurre en contra del procesado LV el de “móvil para delinquir”, en tanto a este sí le causaba molestia el persistente lamento del menor, no sólo en momentos en que aquel pretendía conciliar el sueño, sino durante el día, cuando se quedaba a solas con el infante.

Al efecto, se tiene que, para la fecha de los hechos, el menor se encontraba resfriado, como lo atestiguaron su tía y abuela materna. Ese estado, en un menor de 9 meses de edad, que de por sí tenía serias dificultades para conciliar el sueño, acrecentó aún más la posibilidad de no dormir profundamente, durante la noche del 16 de mayo de 2015 y el amanecer del día siguiente 17 de mayo de 2015.



Lo anterior, sin duda, sirvió de detonante, para que el procesado, ya en estado de embriaguez hecho que tampoco se discute, durante la noche de los hechos, con total relajamiento de los frenos inhibitorios, como lo indicó la Fiscalía, decidiera silenciar al niño para siempre, como en efecto sucedió.

Recuérdese que, en lugar de los hechos, fue encontrada una piedra con manchas de sangre humana, que si bien, no fue acreditada la sangre correspondiera a la víctima, no hay duda, que se trata de un objeto contundente, de los descritos por el perito forense LORS, capaz de ocasionar el daño craneoencefálico que le produjo la muerte violenta al niño.

Por su parte, ninguna justificación plausible fue ofrecida tendiente a explicar el hallazgo del elemento escondido debajo de la cama con los rastros indicados.

Así las cosas, la piedra hallada en el lugar de los hechos, con manchas de sangre humana, en cualquier otro contexto pareciera ser de poca importancia; sin embargo, en este caso, cobra gran relevancia, para estructurar el dolo en el actuar del procesado, en tanto, no hay duda, LV se aprovisionó del mencionado elemento, para quitarle la vida al niño, como en efecto ocurrió,

pues no hay otra explicación plausible distinta a la indicada, que justifique el hallazgo del referido objeto en el cuarto donde vivían con el menor.

[...]

La prueba indiciaria, en últimas, se reduce a la teoría de las probabilidades. Así, ante la concurrencia de varios indicios que apuntalan a una misma dirección, aumenta la probabilidad de que el vínculo entre ellos demuestre la existencia del hecho que se pretende averiguar y, por contera, releva la hipótesis del azar a su mínima expresión.

En este caso, el conjunto de indicios ampliamente detallados, valorados aisladamente, resultan débiles para condenar, pero articulados en conjunto, tal cual lo indicó el demandante y el Ministerio Público, permitieron al fallador de primer grado, afirmar en grado de convencimiento más allá de toda duda, la responsabilidad de LV.

No es lógico, como lo hizo ver el Tribunal, considerar de manera separada y con total independencia, cada uno de los indicios, por cuanto en esta modalidad probatoria el hecho a demostrar sólo se obtiene por su coordinación, entre sí, y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia puedan probar».

---

## Inicio

### **21. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Prueba: pertinencia, conducencia y utilidad, concepto / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: solicitud, requisitos / **DERECHO A LA**

**INTIMIDAD** - Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y otras formas de

comunicación privada: formas en que pueden ser excluidas del ámbito de la intimidad /

**COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no constituye una interceptación de comunicaciones /

**COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no requiere control legal / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook,

WhatsApp): control posterior, excepción ante acto de liberalidad / **RESERVA JUDICIAL Y**

**LEGAL** - No se acciona cuando de forma voluntaria una persona entrega a la autoridad competente comunicaciones u otros como medios de prueba

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desató los recursos de apelación

interpuestos por la defensa técnica y material de CAVB, exmagistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia el 19 de julio de 2023 y el 18 de enero de 2024, en desarrollo de la audiencia preparatoria, relacionadas con la práctica de pruebas.

En el presente caso, la Sala Penal confirmó, en los aspectos que fueron objeto de apelación, la decisión del 19 de julio de 2023 de la Sala Especial de Primera Instancia, mediante la cual decidió sobre las postulaciones probatorias de las partes, en el marco del proceso que se adelanta contra CAVB por los delitos de prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio.

La Sala de Casación explicó los postulados que rigen la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba en la Ley 906 de 2004. También enfatizó su postura respecto a la exclusión y el rechazo de elementos probatorios por vulneración de garantías fundamentales o por descubrimiento extemporáneo y reiteró las reglas sobre la forma

en que el Estado puede acceder a las comunicaciones privadas.

Sobre este último punto, aclaró que la extracción de información de celulares requiere control posterior; sin embargo, jurisprudencialmente se ha determinado que, si uno de los interlocutores entrega voluntariamente su información, no se activa la garantía de la reserva judicial y legal del derecho a la intimidad de que trata el artículo 15 de la Constitución Política, dado que se entiende que renunció a ese derecho.

### **AP3439-2024(65859) de 19/06/2024**

**Magistrado Ponente:**  
**Gerardo Barbosa Castillo**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. La Fiscalía General de la Nación acusó a CAVB de cometer los delitos de prevaricato por acción (art. 413), prevaricato por omisión (art. 414) y cohecho propio (art. 405), cuando se desempeñó como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en relación con tres procesos que fueron asignados a su estrado judicial, denominados por el delegado del ente persecutor como: «MACROMED», «PROTAG» e «ICEIN».

2. Se afirma que perpetró los delitos en connivencia con KAEM, quien, antes de ejercer el litigio, trabajó con él en las dependencias de esa Corporación entre los años 2007 y 2010; época en la que entablaron una «amistad íntima». La Fiscalía destaca que también mantuvieron diversos vínculos económicos, al punto que el acusado le arrendó una oficina para que ella ejerciera su profesión y posteriormente le transfirió la titularidad del inmueble a sus padres.

3. El 9 de septiembre de 2020, la Fiscalía imputó ante el Tribunal Superior de Bogotá al exmagistrado CAVB los delitos de prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio en concurso heterogéneo.

4. La audiencia preparatoria se desarrolló, inicialmente, los días 11 de agosto, 9 y 16 de noviembre de 2022, sesión en que las partes e intervinientes realizaron las peticiones probatorias y manifestaron sus solicitudes de inadmisibilidad, rechazo y exclusión.

5. La diligencia se continuó el 10 de agosto de 2023, fecha en que la Sala Especial de Primera Instancia dio lectura al auto AEP093-2023 de 19 de julio de 2023, en el que resolvió las mencionadas solicitudes. La fiscalía, la defensa

técnica y material interpusieron recursos de reposición y apelación.

6. El 19 de febrero de 2024 se dio lectura al auto AEP003-2024 del 18 de enero de 2024, decisión que resolvió los recursos de reposición y concedió en efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra las pruebas 2.1.1.24, 2.1.1.25, 2.1.1.28, 2.2.2.2.3, 2.2.2.2.4, 2.2.2.2.5, 2.2.2.2.6 y los bloques 13-A, 13-B y 13-C, así como el interpuesto por el procesado contra las pruebas 2.1.1.29 y 2.1.1.30.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia, conducencia y utilidad, concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia, excepciones para su admisión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia, basta solo con su sustentación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: conducencia, es una cuestión de derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: utilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: sustentación de la pretensión probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preparatoria: Solicitud y decreto de pruebas / **PRUEBA** - Libertad probatoria / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: no hay tarifa legal

«De manera reiterada la jurisprudencia de la Corte ha dicho que el análisis sobre la pertinencia de un medio de prueba se centra en establecer su relación con el tema de prueba, es decir, con los hechos que deben probarse en cada caso particular.

Así lo determina el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, al indicar que «el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito».

En esta sistémica procesal, además, en el artículo 376 se establece como regla general que «toda prueba pertinente es admisible», salvo que se presente uno de los siguientes eventos: (i) que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; (ii) probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio; y, (iii) que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

La relación intrínseca entre pertinencia y admisibilidad la ratifica el artículo 357 del mismo estatuto procesal, pues en él se señala que en el desarrollo de la audiencia preparatoria el juez concederá la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa «para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión» y, que sólo se accederá a la práctica de aquellas pruebas solicitadas «cuando se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código».

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha dicho que la conducencia es una cuestión de derecho, cuyas expresiones se refieren a: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, no obstante que en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por tal razón, la parte que aduce falta de conducencia está obligada a señalar la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado o determina las prohibiciones antes referidas.

Ahora bien, al hablar de conducencia en la Ley 906 de 2004, hay que tener presente que el legislador estableció el principio de libertad probatoria, esto es, que a diferencia de otros sistemas procesales caracterizados por la denominada “tarifa legal”, en esta sistemática se consagró el principio de libertad probatoria según el cual «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos» (Art. 373. L.906 /2004).

Finalmente, en relación con el concepto de utilidad de la prueba, la Sala tiene señalado que con el mismo se hace referencia al aporte concreto respecto del objeto de investigación, en oposición a los conceptos de superfluo e intrascendente.

Así mismo, es oportuno destacar que la Corte ha explicado cómo se debe llevar a cabo en debida forma la solicitud probatoria, con el fin de que en el acontecer procesal no se susciten disertaciones innecesarias y repetitivas que perjudiquen el desarrollo celeré y eficaz del proceso. [...]»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: admisión, rechazo y exclusión, potestad de solicitarla en audiencia preparatoria, para las partes y el Ministerio Público / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia,

conducencia y utilidad, solicitud de inadmisión por no cumplir con alguna de éstas, argumentación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: rechazo, causales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: debe realizarse en la audiencia preparatoria, excepcionalmente se puede realizar durante la audiencia de juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preparatoria: exclusión de la prueba, elementos a tener en cuenta / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: deberes del juez / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: finalidad / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: Excepciones, fuente independiente, vínculo atenuado y descubrimiento inevitable / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: solicitud, requisitos

«Respecto a las solicitudes de exclusión de evidencia durante la fase de juzgamiento, el legislador ha estipulado que estos asuntos se resuelvan en la audiencia preparatoria, orientando así el juicio a centrarse exclusivamente en los debates relativos a la responsabilidad penal. Sin embargo, de manera excepcional, puede ser necesario abordar esta cuestión durante el juicio, especialmente en casos de graves afectaciones a derechos fundamentales, tal como lo ha destacado la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

Según el artículo 360 del estatuto procesal penal, tanto las partes como el Ministerio público pueden solicitar al juez la exclusión de medios de prueba obtenidos ilegalmente, incluyendo aquellos practicados, aducidos o conseguidos incumpliendo los requisitos formales prescritos por la ley. En el mismo sentido, el artículo 359 del mismo estatuto establece la inadmisión de medios probatorios «impertinentes, inútiles, repetitivos o dirigidos a probar hechos notorios o que no requieran prueba», considerando que las pruebas deben referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relacionados con la comisión del delito y sus consecuencias, o bien a la identidad o responsabilidad penal del acusado. También pueden apuntar a hacer más o menos probable los hechos o circunstancias del caso o estar dirigidas a discutir la credibilidad de un testigo o perito.

A la par, como lo prevén sistemáticamente los artículos 344, 346, 356 y 374 de la Ley 906 de 2004, se rechazarán los medios de prueba que no hayan sido oportunamente descubiertos, enunciados o solicitados, excepto por «causas no imputables a la parte afectada» o cuando se trata de (i) pruebas anticipadas, (ii) pruebas sobrevinientes, y (iii) pruebas de refutación.

Finalmente, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con el artículo 29, inciso 5.º de la Constitución Política, establece la cláusula de exclusión para pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales, las cuales son nulas de pleno derecho. Aun así, el artículo 455 señala que se deben considerar el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y otras excepciones legales, restringiendo al juez decretar pruebas cuya obtención haya infringido garantías fundamentales.

La Corte ha clarificado los principios que rigen el trámite de solicitudes de exclusión probatoria para asegurar el adecuado debate entre las partes. En este contexto, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el juez deben tener claridad sobre: (i) las pruebas implicadas en el debate, incluyendo aquellas relacionadas directamente con la violación de derechos o garantías, así como las derivadas de estas; (ii) el derecho o garantía supuestamente violado; (iii) la faceta específica del derecho o garantía en cuestión, como por ejemplo, en el caso del derecho a la intimidad, que puede implicar aspectos domiciliarios, personales o relacionados con las comunicaciones; (iv) la naturaleza de la violación, ya sea una infracción de la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) el nexo causal entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, conforme a lo estipulado en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004, que dictaminan que la exclusión procede si la prueba fue obtenida violando garantías fundamentales.

Estos debates sobre exclusión se fundamentan en hechos específicos y sustancialmente distintos de aquellos que conforman la cuestión de la responsabilidad penal. En los casos de exclusión, se trata de dilucidar las trasgresiones a garantías fundamentales y el nexo causal con las evidencias cuya exclusión se busca. Por ejemplo, si se pide la exclusión de una prueba obtenida mediante tratos crueles e inhumanos, es necesario demostrar dichos tratos y su relación causal con la prueba obtenida. Asimismo, si se alega una investigación realizada sin la correspondiente orden judicial, debe probarse la obligatoriedad de dicha orden, su ausencia y que la evidencia es producto de dicha violación»

**DERECHO A LA INTIMIDAD** - Alcance de su protección / **DERECHO A LA INTIMIDAD** - Limitación: por razones legítimas y justificadas constitucionalmente / **DERECHO A LA INTIMIDAD** - Derecho a la inviolabilidad de la

correspondencia y otras formas de comunicación privada: formas en que pueden ser excluidas del ámbito de la intimidad / **DERECHO A LA INTIMIDAD**- Renuncia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Diligencias que requieren control judicial posterior: interceptación de comunicaciones / **COMUNICACIONES** - Regulación constitucional y legal / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de investigación, requiere control legal / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no constituye una interceptación de comunicaciones / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no requiere control legal

«La Constitución Política (art. 15) reconoce el derecho a la intimidad personal y la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada. En consecuencia, ante la protección constitucional de todas las formas de comunicación, el Estado puede acceder legítimamente al contenido de las mismas, básicamente, de dos formas: (i) a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación, o (ii) por un acto de liberalidad de uno o varios de los participantes en el acto comunicacional.

En el mismo sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece la posibilidad de realizar actos de investigación que afecten el derecho a la intimidad como la interceptación de comunicaciones, evento en el cual «el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes»

La Ley 906 de 2004 desarrolló estas facultades en los artículos que regulan los actos de investigación que pueden afectar el derecho a la intimidad frente a las comunicaciones, a saber: (i) artículos 233 y 234, que regulan la retención y consecuente examen de la correspondencia; (ii) artículo 235, que trata de la interceptación de comunicaciones; y (iii) el artículo 236, que regula la recuperación de la información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

De conformidad con el artículo 15 de la Constitución Política, estos actos de investigación están sometidos a reserva judicial y legal, lo cual fue desarrollado por el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que en tales casos «el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado».

De otra parte, es posible que el acceso al contenido de las comunicaciones entre



particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias personas que participaron en el acto comunicacional. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, en estos eventos no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación de retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de la información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones:

[...]

En el mismo sentido, esta Corporación expresó en relación con la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos, lo cual resulta pertinente al asunto:

Por obvias razones, las reservas judicial y legal atrás referidas no se activan cuando el ciudadano, por un acto de liberalidad, decide renunciar a la expectativa razonable de intimidad que tiene frente a sus comunicaciones privadas y opta, como en este caso, por entregar a las autoridades los dispositivos donde las mismas están almacenadas, con la inequívoca intención de que se extraiga la información relevante para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación [...]

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: requisitos / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp): control posterior, excepción ante acto de liberalidad / **RESERVA JUDICIAL Y LEGAL** - No se acciona cuando de forma voluntaria una persona entrega a la autoridad competente comunicaciones u otros como medios de prueba

«Estas pruebas consisten en conversaciones de WhatsApp que fueron extraídas del celular de KEM, luego de que ella entregara voluntariamente el dispositivo a las autoridades para delatar a VB, y revelar el presunto acuerdo criminal con él para favorecer a los demandantes en el caso M.

El defensor solicitó la exclusión de estos chats, argumentando que el ente acusador omitió realizar la audiencia de control posterior sobre la información extraída del dispositivo de EM. Aduce que esta omisión vulnera el debido proceso probatorio tal como lo prescribe el artículo 29 de la Constitución Política, exigiendo su aplicación literal y estricta para garantizar que no se demande demostración de un nexo causal entre la prueba a excluir y la supuesta vulneración de las garantías de su defendido.

Los argumentos del defensor no están llamados a prosperar debido a que desconocen la jurisprudencia establecida por la Corte sobre el

trámite para la exclusión de evidencias. Específicamente, se requiere identificar la garantía considerada como violada, describir en qué consistió la violación y demostrar el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia (Cf. CSJ AP948-2018, 7 de marzo de 2018, rad. 51882). Sin embargo, el defensor insiste en que no debería exigirse tal explicación en este caso particular, sin ofrecer razones válidas para ello, limitándose a reiterar que se debe cumplir con el debido proceso probatorio conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

La decisión de primera instancia reconoció y respetó el carácter vinculante y sustancial de las normas constitucionales que rigen el debido proceso penal. Consideró debidamente el debido proceso y la intimidad de CAVB, estableciendo que el acceso a los chats entre él y terceros se logró de manera legítima, como consecuencia directa de la entrega voluntaria del equipo celular de EM a la fiscalía.

Si bien la extracción de información de celulares está regulada por el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal y requiere control posterior, la jurisprudencia de esta Sala de Casación Penal ha determinado que cuando el acceso al contenido de comunicaciones entre particulares se logra mediante la entrega voluntaria de uno de los interlocutores, no se configura un acto de investigación sujeto a las técnicas de retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información reguladas en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004. En tales casos, el acceso se origina en la entrega voluntaria por parte del titular de la información.

En consecuencia, como lo ha establecido esta Corporación, específicamente en la providencia CSJ AP1465-2018, 11 abr. 2018, rad. 52320, en estos casos no se activa la garantía de la reserva judicial y legal del derecho a la intimidad de que trata el artículo 15 de la Constitución Política, dado que el acceso a la información se originó en el desistimiento legítimo de la expectativa de intimidad y en la entrega voluntaria de la información. En sentido contrario, cuando el particular no entrega voluntariamente la información, se debe acudir a la iniciativa investigativa del Estado, en la que sí deberá mediar el juez de control de garantías en los controles que correspondan, según el tipo de acto de investigación y grado de intromisión en las garantías fundamentales.

En vista de lo anterior, es evidente que la entrega de los chats por parte de KEM a la fiscalía se ajusta a los parámetros constitucionales, legales

y jurisprudenciales, lo cual legitima esta prueba. En particular, no se ha demostrado por parte del defensor qué tipo de expectativa razonable de intimidad podría tener CAVB respecto de esa información, ni tampoco justificó por qué dichas pruebas emanarían de un acto de investigación con reserva judicial. Por tanto, no se acreditaron los presupuestos para excluir esta prueba, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: obligaciones de la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: momentos procesales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de concentración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: acto complejo, escrito de acusación, audiencia y alegato final / **SECRETO PROFESIONAL** - Alcance: es necesario que exista claridad meridiana sobre el vínculo de las personas que invocan esa protección

«Se trata de las interceptaciones de comunicaciones entre CAVB y KAEM (13-A), entre esta y los empleados de la empresa I (13-B), y entre aquella y «personas relacionadas con el caso M».

En primer lugar, el defensor solicitó el rechazo de esta evidencia, pues sostiene que fueron admitidas de forma extemporánea a la fiscalía, habida cuenta de que están contenidas en la adición al anexo probatorio que fue presentada por el delegado fiscal en la sesión de la audiencia de formulación de acusación del 31 de marzo de 2022, «con posterioridad a que se le preguntara al fiscal si iba a hacer adiciones o correcciones siguiendo el ritual del artículo 336 y 337, y la fiscalía dijo que no».

Al respecto, es pertinente traer a colación que, en la sesión de audiencia de formulación de acusación del 31 de marzo de 2022, previo a responder a las observaciones que habían planteado la defensa y el Ministerio Público al escrito de acusación, el delegado fiscal manifestó que, comoquiera que no se había agotado el objeto de la audiencia, introduciría aclaraciones y adiciones al escrito de acusación, «única y exclusivamente en lo que atañe al anexo probatorio». El defensor se opuso a tal solicitud, bajo la consideración de que se estaba violando el debido proceso probatorio, y la Sala Especial de Primera Instancia profirió una orden, en los términos del artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, por medio de la cual se determinó que la fiscalía aun contaba con

oportunidad para adicionar su descubrimiento probatorio y, adicionalmente, sería la audiencia preparatoria el escenario para discutir este aspecto.

La Sala reitera que el descubrimiento, como garantía fundamental del sistema adversarial e integrante del debido proceso probatorio, es obligatoria para la fiscalía, en los términos del artículo 337 CPP:

[...]

En el mismo sentido, el artículo 344 del mismo estatuto señala que lo relacionado con el descubrimiento de la prueba se cumplirá dentro de la audiencia de formulación de acusación y, excepcionalmente, bajo orden judicial por fuera de la sede de la audiencia. El artículo 346, por su parte, establece como sanción para el incumplimiento al descubrimiento probatorio, el rechazo de los medios probatorios, de forma que «no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio».

Desde la decisión CSJ AP de 21 de febrero de 2007, rad. 25920, se dijo que el descubrimiento probatorio comienza con la presentación del escrito de acusación, continúa en la audiencia de formulación oral de aquella, sigue en la preparatoria —en lo que respecta a la defensa— y excepcionalmente puede llegar hasta el juicio oral, con la prueba sobreviniente (Cf. CSJ AP664-2017, rad. 49183) o de refutación. En consecuencia, comoquiera que la adición del anexo probatorio fue presentada por la fiscalía en desarrollo de la vista acusatoria, el descubrimiento de estos elementos se hizo en la oportunidad habilitada por el legislador, de forma que se ha permitido a la defensa la suficiente controversia respecto de esos medios probatorios a lo largo del juzgamiento.

Al respecto, es oportuno recordar que la acusación, en los términos de la Ley 906 de 2004, es un acto complejo, compuesto por el escrito de acusación y la formulación oral que hace la fiscalía en audiencia (Cf. CSJ AP5666-2015, 30 sep. 2015, rad. 45778), y que la audiencia de formulación de acusación, sin perjuicio del principio de concentración, comprende todas las sesiones que se requieran para llevar a cabo el trámite dispuesto por los artículos 339 y siguientes de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, no resulta relevante la crítica del defensor respecto de que en pretérita ocasión se había preguntado a la fiscalía si quería adicionar el escrito de acusación, debido a que, como viene de verse, el ente acusador debe aclarar, adicionar o corregir lo pertinente solo con posterioridad a que las partes planteen sus observaciones, como

ocurrió en el presente caso, puesto que se hizo en el desarrollo de la tercera sesión de la audiencia de formulación de acusación, y antes de que el fiscal procediera a responder las observaciones presentadas por las partes y de que se formulara la acusación en forma definitiva.

[...]

Finalmente, el defensor solicitó la exclusión por ilicitud, debido a que presuntamente las interceptaciones telefónicas violarían el secreto profesional, porque contendrían conversaciones entre la abogada EM y sus clientes. Lo anterior pese a que, según la acusación, KAEM se desempeñó como apoderada judicial en el caso M, mientras que en los otros dos casos (P e I) la fiscalía no relató que hubiera actuado en tal calidad. Sin embargo, el defensor no determinó las personas que habrían intervenido en las llamadas para establecer, al menos en forma sumaria, que en cabeza de esas personas se

estableciera la garantía del secreto profesional en virtud de una relación cliente-abogado con KAEM. Sin embargo, no estableció ni siquiera que las interceptaciones correspondieran al momento en que aquella se desempeñaba como abogada en el caso M. En particular, solo mencionó que en el bloque de pruebas 13-C estaban registradas las conversaciones de «personas relacionadas con el caso M», sin que exista ninguna razón fundada para si quiera inferir que se trate de clientes de ME. Por tanto, dado que no existe al menos claridad meridiana respecto de los presuntos titulares del derecho al secreto profesional, y teniendo en cuenta que evidentemente tal garantía no cubre la relación entre el acusado y EM, la Sala no encuentra acreditadas las circunstancias que darían lugar a la exclusión de estas evidencias. Por tanto, se confirmará el auto de primera instancia en este aspecto».

## Inicio

**22. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, evolución jurisprudencial / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, para la comercialización, es conducta típica / **PRUEBA INDICIARIA** - Formación / **INDICIO** - Inferencia lógica: valor probatorio / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, la finalidad queda desvirtuada cuando la cantidad supera exageradamente la permitida

La Sala Penal resolvió el recurso extraordinario de casación presentado por los defensores de MASG y JMCC contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a los nombrados como coautores del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En este asunto, la Corte no casó la sentencia de segunda instancia, al verificar que los hechos indicadores definidos por el Tribunal; esto es, la cantidad excesiva de marihuana que portaban; la huida de la policía; y las explicaciones poco creíbles que ofrecieron sobre su conducta, cuentan con la capacidad suficiente para edificar el conocimiento, más allá de toda duda razonable, en relación con que los acusados

tenían la droga con el propósito de comercializarla.

Para tomar esa decisión, la Sala explicó la formación y construcción de la prueba indiciaria. También, se refirió a la clasificación jurisprudencial de los indicios y recordó la forma cómo deben ser apreciados por los jueces.

**SP2213-2024(59079) de 14/08/2024**

**Magistrado Ponente:**  
**Jorge Hernán Díaz Soto**

## **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. El 7 de junio de 2018 a las 5:30 p.m., en inmediaciones de la carrera 39ª con transversal 29 de Bogotá se desplazaban de occidente a oriente cuatro personas en un vehículo, cuando uniformados de la Policía Nacional –prestando servicio de patrullaje- les solicitaron detenerse para ser registrados.

2. Ante el requerimiento, el vehículo emprendió huida hacia la carrera 28, suceso que fue reportado a la central de radio solicitando apoyo para la persecución. A la altura de la carrera 28 con calle 39, se detuvo el automotor y descendió JMCC, quien fue aprehendido inmediatamente.

3. Pese a ello, el vehículo continuó su marcha y transgrediendo las normas de tránsito, lesionó a un peatón. Finalmente, metros más adelante del accidente, el automóvil fue intervenido por los oficiales, quienes capturaron

al conductor MASG. Los otros dos ocupantes lograron huir.

4. Una vez registrado el automotor, en el asiento trasero fue encontrada una caja de cartón y en su interior cinco paquetes envueltos con cinta, los cuales contenían sustancia característica a marihuana, cuyo peso neto fue de 3.448 gramos.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, evolución jurisprudencial / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Antijuridicidad material / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, para la comercialización, es conducta típica / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, la carga de la prueba radica en la Fiscalía General de la Nación / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones

«[...] la jurisprudencia ha establecido ciertas exigencias para que el delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de porte o llevar consigo, sea reprochable penalmente, lo cual ha tenido una evolución jurisprudencial importante.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un primer momento, identificó el problema relacionado con el acto de porte de drogas en una cantidad ligeramente superior al límite permitido, para darle un abordaje desde la óptica de la antijuridicidad de la conducta punible. La Corte concluyó que el porte de estupefacientes en pocas cantidades situaba la conducta en una posición intermedia, pues al exceder levemente el límite autorizado, este comportamiento no constituía una lesividad suficiente que justificara la intervención penal, al considerarse insuficiente para afectar materialmente el bien jurídico de salud pública. Por lo tanto, la conducta no satisfacía los criterios del juicio analítico de la antijuridicidad material.

A partir de este criterio, en un primer estadio, la Corte justificó el exceso en el porte de la sustancia prohibida, siempre y cuando sobrepasara en poco el límite autorizado, al reconocer que el consumidor habitual podría necesitar de aprovisionamiento, ya sea para abastecerse para su consumo personal para un periodo de tiempo, o también consideró factible que se adquiriera más sustancia con fines recreativos para consumir en eventos o para compartirla con otros consumidores.

En un segundo momento, la jurisprudencia varió esta postura y mudo la discusión del estadio de la antijuridicidad - lesión al bien jurídico salud pública - al de tipicidad, a partir de la cual se entendió que la estructura del delito de porte de estupefacientes incluye un ingrediente adicional subjetivo tácito diferente al dolo, atado a la intención que ostenta quien porta la sustancia. En este sentido, se dispuso como necesario diferenciar el porte de sustancias psicotrópicas con el fin de consumo personal de aquel relacionado con su distribución o tráfico, pues solo en este último escenario la conducta es típica y sancionable penalmente.

Bajo esta postura, firmemente consolidada en la jurisprudencia de la Corte, la cantidad del estupefaciente dejó de ser el factor determinante para efectos de establecer la lesividad de la conducta, pues lo trascendental para su reproche penal es la destinación o finalidad que se tenga con la sustancia. En otras palabras, es típica la modalidad de llevar consigo estupefacientes cuando se acredite que la finalidad o propósito del porte es distribuir o comercializar la sustancia, pues solo en este caso se podrá afirmar la antijuridicidad material de la conducta. Le corresponde a la Fiscalía la carga probatoria para demostrar tal finalidad

[...]

Ahora bien, la Sala ha reiterado en varias decisiones que uno de los elementos indicativos de la finalidad de comercialización o distribución del estupefaciente es la cantidad desproporcionada y, si bien la cantidad por sí sola no es suficiente para demostrar el ánimo exigido, sí es un elemento indicador de dicho propósito

En el mismo sentido, la Sala explicó que:

Bajo esta perspectiva, la Sala de Casación Penal ha reiterado que el porte de estupefacientes requiere de un ingrediente subjetivo adicional al dolo; por lo que, su tipicidad «no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita», aunque



insistiéndose en que el factor cuantitativo no puede menospreciarse, «pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador».

Por lo tanto, marca la tipicidad de la acción de llevar consigo una sustancia estupefaciente la concurrencia del elemento subjetivo inserto en el tipo, esto es el ánimo del portador de distribuirla o comercializarla, que debe ser demostrado a partir de la información objetiva derivada de la prueba aducida y practicada en el proceso penal».

### **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**

- Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo tácito, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: solicitud de absolución, no vincula al juez, explicación

«En el caso concreto, tanto los procesados como su defensa conocieron desde el inicio las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se dio el delito imputado y bajo tal conocimiento ejercieron cabalmente su derecho a la contradicción, al punto que en el debate oral la defensa se concentró en demostrar que los procesados eran consumidores habituales de marihuana, que siempre la compraban en pocas cantidades y que no eran vendedores ni distribuidores. De igual forma, a partir de los testimonios de descargo, se estableció que los procesados, para la época de marras, eran estudiantes universitarios y dependían económicamente de sus madres. Así mismo, a partir de su declaración se quiso poner en duda el conocimiento de los mismos sobre la existencia de la marihuana al interior del vehículo en que se transportaban.

Por su parte, la representante del ente acusador destacó la existencia de una deficiencia demostrativa en punto de la intencionalidad del porte del estupefaciente, por lo que solicitó la absolución de los procesados.

Aunque resaltó que la cantidad de marihuana que fue encontrada en el vehículo en el cual se movilizaban G. y C., más de 3.000 gramos, superaba en mucho la dosis personal, mencionó que el precedente jurisprudencial de la Corte exige que, cuando se trate del verbo rector llevar

consigo, se debe acreditar el elemento subjetivo adicional, esto es, la intención por parte de los portadores de distribuir o comercializar la sustancia.

Sin embargo, consideró que no se cumplió con la carga probatoria requerida, pues no se demostró a través de algún medio de prueba ese ingrediente adicional del dolo, independientemente de que la defensa probara que los procesados eran consumidores del estupefaciente.

De igual forma, la delegada del ente acusador reconoció que con el testimonio del policía que atendió la diligencia de registro del vehículo no se lograba el nivel de certeza requerido respecto al conocimiento de la presencia de la sustancia prohibida en el automotor por parte de los procesados, pues aunque el testigo de la policía aseguró haber encontrado dentro del vehículo la caja contentiva de la sustancia, su dicho se opone a la afirmación hecha por los procesados en su declaración en juicio, quienes afirmaron que al momento del registro del vehículo por los uniformados no les informaron que habían encontrado dicho paquete, ni se los exhibieron, sino que se enteraron de su presencia cuando ya se encontraban detenidos en la estación de policía.

Toda vez que los policías no dejaron ningún registro fotográfico de cómo se halló el estupefaciente, para la Fiscalía la oposición de estas dos versiones deja dudas sobre la presunta responsabilidad penal de los procesados, en cuanto a su conocimiento de “llevar consigo” dicha sustancia. Adicionalmente, la Fiscalía estableció que, en todo caso, la versión del patrullero solo se refiere al hecho de haber encontrado el estupefaciente y nada dice sobre la finalidad que podrían haber tenido los procesados frente al mismo.

A pesar de la solicitud absolutoria del ente acusador, la juez de instancia decidió condenar a los procesados al encontrar demostrada su responsabilidad penal, proceder armónico con la postura sostenida pacíficamente por la Corte desde el año 2016 respecto a que la petición de absolución por parte de la fiscalía no obliga ni vincula al juez que preside el juicio [...]

Lo que si no puede admitir la Sala, es la postura asumida por el juez de primera instancia que al emitir la sentencia condenatoria adujo que el verbo rector llevar consigo del artículo 376, no requería la demostración del elemento adicional del dolo de ánimo de venta o distribución, postura que desconoce y se aparta de la repetida y pacífica jurisprudencia destacada en el curso de este fallo»

**PRUEBA INDICIARIA** - Formación / **INDICIO** - Inferencia lógica: valor probatorio / **INDICIO** - Apreciación probatoria / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Proposición: debe ser estructurada con generalidad y universalidad / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, la finalidad queda desvirtuada cuando la cantidad supera exageradamente la permitida

«La decisión condenatoria fue sostenida a partir de inferir la intención de traficar la sustancia incautada sobre varios hechos indicadores, a saber: la huida, la mala justificación que ofrecieron los acusados frente a esa acción y, finalmente, la cantidad de estupefaciente que portaban los procesados al interior del vehículo en el que se trasportaban.

Sobre el indicio, la Sala tiene decantado que se trata de “una prueba indirecta, construida con base en un hecho (indicador o indicante) acreditado con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonablemente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado), hasta ahora desconocido y que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre la materialidad de la conducta típica o la responsabilidad del sujeto agente, para confirmar o infirmar cualquiera de esas categorías”.

En igual sentido, la Sala ha explicado que la importancia de la prueba indiciaria recae en su conexión con otros acontecimientos fácticos que, estando demostrados en determinadas circunstancias, permiten establecer, con probabilidad, la realidad de lo acontecido [...]

La Corte ha clasificado los indicios en:

[N]ecesarios, cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; o contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado.

Estos, los contingentes, a su vez pueden calificarse de: graves cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas; o leves si el nexo entre el hecho indicador

y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

Para apreciar los indicios, ha enseñado la Corte, el juzgador debe acudir a la sana crítica, con el fin de establecer el nivel de probabilidad y así determinar si son necesarios o contingentes, graves o leves, lo cual exige que valore todas las posibilidades que confirman y /o invalidan la deducción que se pretende del hecho indicador, pues rechazar cualquiera de las hipótesis posibles, solo porque se tiene una idea preconcebida, atenta contra la objetiva valoración de la prueba que le corresponde al juzgador.

Por lo tanto, cuando el error que se alega por el casacionista recae en la inferencia lógica al valorar los indicios o el grado de convicción que arroja su apreciación de manera conjunta, como ocurre frente a uno de los cargos endilgados en el caso concreto, el cuestionamiento conlleva a que se concrete un error de hecho por falso raciocinio, que se presenta al trasgredir algún postulado de la sana crítica, ya sea por desconocer una regla de lo lógica, ley de la ciencia o máxima de la experiencia.

Específicamente, sobre las máximas de la experiencia, la Corte tiene decantado que se constituyen por aquellos “enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana, de manera que el nivel de generalidad (o mayor cobertura del enunciado general y abstracto) incide en la solidez del argumento, para lograr aseverar que siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B”.

Ahora bien, frente al caso concreto, a juicio de la Sala, los hechos indicadores destacados por el Tribunal, en realidad, cuentan con la capacidad suficiente para edificar el conocimiento, más allá de toda duda razonable, en relación con que los acusados tenían la droga con el propósito de comercializarla. Veamos:

(i) Indicio de la cantidad de sustancia incautada

En el asunto sometido a estudio, el primer hecho indicativo utilizado por el Tribunal para inferir el ánimo de distribución o comercialización que tenían S. y C. de la sustancia estupefaciente que llevaban consigo, fue el de la cantidad de marihuana incautada que ascendió a 3.448 gramos, lo que supera en mucho la dosis mínima legal para uso personal, cantidad que, entonces, solo podía estar destinada a su venta o distribución.

Antes de asumir el análisis del punto, cabe recordar que en sede del juicio oral las partes

presentaron estipulaciones probatorias respecto a la naturaleza y peso de la sustancia incautada, aceptando que se trató de 3.448 gramos de marihuana. También se pudo establecer, a partir del testimonio del patrullero J.A.G., que la sustancia fue hallada dentro del vehículo, en el asiento trasero en una caja distribuida en cinco paquetes. Además, con el relato del mismo patrullero se determinó que el hallazgo se dio como un suceso casual, cuando este, en su labor de vigilancia ordenó detener el vehículo, pero ante su desobediencia, fue perseguido y una vez se logró su registro, se encontró el estupefaciente.

Para los juzgadores de instancia de la cantidad de marihuana incautada se deduce que los procesados tenían la intención de comercializarla, pues 3.448 gramos de marihuana es una cantidad ostensiblemente superior a la necesaria para el consumo propio, lo cual ciertamente se constituye en un indicio válido de que el porte tuviera ese propósito ilegal.

Si bien, la reiterada jurisprudencia de la Corte ha sido clara en señalar que el ingrediente subjetivo adicional al dolo que exige la tipicidad del artículo 376 en la modalidad endilgada «no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo si no de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita», que debe estar encaminada a la distribución o venta, también ha reconocido que

[c]uando esa cantidad sobrepasa los límites moderados de una dosis de aprovisionamiento o de lo que un farmacodependiente podría llegar a adquirir para asegurarse de tener producto suficiente con el cual pueda satisfacer su necesidad de consumo por un periodo de tiempo razonable y no tener que acudir diariamente o con cierta frecuencia a los sitios de expendio, se estructura el insoslayable indicio de que la verdadera intención o finalidad de la realización del verbo rector «llevar consigo» es el tráfico y no el propio consumo de un adicto promedio. Sobre el particular, la Sala ha insistido en que «el factor cuantitativo no puede menospreciarse, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador».

Aunque se probó en juicio a través de diferentes testimonios y pruebas periciales la situación de consumo habitual y adicción que los procesados tenían a la sustancia incautada, dicha circunstancia no es prueba concluyente de que los procesados la llevaran consigo con esa finalidad, pues la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la

finalidad cierta, no supuesta o fingida, de la posibilidad del consumo personal de todo el estupefaciente incautado, lo que se desvirtúa cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, como ocurre en el presente caso.

Se tiene que M.A.S.G. y J.M.C.C. fueron capturados por llevar consigo 3.448 gramos de marihuana, cantidad que supera en 172 veces la dosis personal que establece el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 para este tipo de sustancia y que, por esa razón, resulta excesiva para ser considerada incluso como una dosis de aprovisionamiento y, menos aún, como una cantidad que dos adictos promedio lograrían consumir dentro de un plazo razonable. Incluso, si se contemplara la idea de que la sustancia incautada iba a ser repartida entre los cuatro (4) ocupantes del automotor, arrojaría una cantidad de 862 gramos por persona, lo que supera 43 veces la dosis permitida para consumo personal. Tal exceso no resulta fútil o banal, sino que por el contrario es significativo, se erige como hecho indicador objetivo que sólidamente sugiere que la marihuana iba a ser distribuida por los procesados.

En este sentido, los gramajes legalmente definidos como dosis personal son útiles como criterio de análisis y la cantidad notablemente superior a la dosis permitida es un claro indicativo de la intención de vender o distribuir el alucinógeno. Por esta razón, y considerando los desafíos investigativos y probatorios que presentan los casos de tráfico de narcóticos, esta cantidad adquiere un valor significativo como un dato objetivo, neutral e imparcial dentro del proceso penal. Por lo tanto, junto con los otros indicios valorados por el Tribunal, esta información ayuda a esclarecer las verdaderas intenciones que motivan la posesión de la sustancia prohibida por parte de S. Y C».

#### **INDICIO - De huida**

«Un segundo indicio valorado por el Tribunal se trató de la huida al control policial, cuando S. y C desatendieron el llamado de las autoridades de detener el vehículo, comportamiento que según el juez colegiado es propio de quien está cometiendo un delito y del cual puede deducirse que los implicados sabían que tenían la sustancia prohibida y que esta era para su distribución.

En casos anteriores, frente a situaciones fácticas similares -porte de estupefacientes, la Corte ha valorado que el acto de huir no es una conducta que per se verifique como cierta la comisión de un hecho delictivo, pues esta también puede ser la reacción a otras circunstancias, por ejemplo,



el miedo a ser sorprendido con una sustancia prohibida que se tenga para uso personal, cuando se desconoce que dicha acción es irrelevante para el derecho penal, de donde no siempre el evadir a las autoridades significa que la persona estaba traficando el estupefaciente decomisado.

Por lo tanto, si bien es cierto que evadir los requerimientos de las autoridades no puede considerarse como una máxima de la experiencia apta para ser aplicada con pretensión de universalidad, lo cierto es que, según las circunstancias del caso, podría inferirse de ella la comisión de un delito.

En el sub lite, los procesados se movilizaban en un automóvil en el que llevaban consigo 3.448 gramos de marihuana, y ante la orden de detener el vehículo emprendieron la huida, siendo perseguidos a lo largo de varias cuadras por la Policía, al punto que arrollaron a un peatón, causándole lesiones personales, situación que permitió la interceptación del automotor por parte de las autoridades.

Así, en el caso concreto, la huida en las circunstancias que enseña la prueba revela el conocimiento de los procesados de su actuar delictivo, pues trataron de evadir a las autoridades para evitar ser sorprendidos portando una sustancia prohibida en grandes cantidades, de lo que razonablemente puede inferirse, como lo hizo el ad quem, que los procesados se dedicaban a la venta o distribución del estupefaciente que les fue hallado.

En otras palabras, en este caso la huida es un indicio que, valorado en conjunto con la exagerada cantidad de estupefaciente que llevaban consigo los procesados, permite inferir que la sustancia iba a ser distribuida y que los procesados conocían la ilicitud de su conducta»

#### **INDICIO** - De mala justificación

«Lo mismo puede decirse del indicio de mala justificación que construyó el Tribunal a partir de las explicaciones ofrecidas en juicio por los procesados sobre el acto de la huida, pues señalaron que no detuvieron el vehículo ante la instrucción de los policías porque uno de los ocupantes, que logró escapar, amenazó con arma blanca al conductor M.A.S.G. para que no se detuviera, versión que para el Tribunal no es creíble, pues de ser así J.M.C.C. no habría tenido oportunidad de descender del vehículo en un momento de la huida, además de que tal amenaza no fue revelada por los procesados cuando fueron capturados, reflexiones válidas que no fueron cuestionadas en la demanda de casación.

Así, aunque valorada de manera aislada la mala justificación no es suficiente para probar la intención delictiva, en el caso concreto, la fantástica excusa presentada por los procesados, acompañada de la dramática fuga y de la exagerada cantidad de marihuana que portaban, no deja dudas de que S. y C. llevaban consigo el estupefaciente incautado con fines delictivos».

---

#### Inicio

**23. VÍCTIMA** - La reacción o mecanismo de defensa que asume es diverso / **DELITOS SEXUALES** - Reglas de manejo, recaudo y valoración probatoria en casos de víctimas menores de edad y mujeres / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Recomendaciones para el tratamiento y apreciación de la prueba: en casos de violencia sexual (Ley 1719 de 2014) / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Derechos de la mujer: se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de género para adoptar la decisión judicial / **JUEZ** - La Corte le hace llamado de atención: para que incorpore en sus providencias, el enfoque de género

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación especial promovida por la defensa de MFCR contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, a través de la cual se revocó la absolución emitida por el

Juzgado Penal del Circuito de Purificación, Tolima, para condenarlo, por primera vez, como autor del delito de acto sexual violento.

En esta oportunidad, la Corte confirmó la sentencia condenatoria de segunda instancia y exhortó a los funcionarios judiciales a evitar el uso de sesgos, prejuicios y estereotipos machistas.

Lo anterior al encontrar que, los argumentos esbozados por el juez de primera instancia, además de desconocer las reglas de apreciación de la prueba en casos de violencia sexual, no son simples errores, sino que evidencian una violencia de género institucional, que en ninguna circunstancia puede ser avalada por la Sala.

**SP1885-2024(56655) de 17/07/2024**

**Magistrado Ponente:**



## RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 27 de febrero de 2014, hacia las 9:00 a.m., MFCR ingresó a la casa de campo ubicada en la vereda Santa Lucía 1 de Purificación, Tolima, buscando al padraastro de la joven de 17 años, L.Y.V.L., quien se encontraba sola en el lugar.

2. MFCR haló de los brazos a la adolescente y la llevó a su habitación, cerró la puerta, la arrojó bruscamente sobre la cama y empezó a besarla y a tocarle su cuerpo. Ella gritó, le pidió que se fuera, forcejeó con él e intentó huir, pero él puso una silla que bloqueó la puerta, en donde se sentó. Le ofreció a la joven dinero y regalos para que se desvistiera, proposición que ella rechazó, solicitándole nuevamente que se marchara del lugar. Él arrojó nuevamente a la joven sobre la cama, se desabrochó el pantalón, se subió encima de ella y empezó a rozarla con los genitales mientras se movía. Ella hizo el esfuerzo de evitarlo y gritó hasta que dos mujeres que pasaban por el lugar la escucharon y se acercaron a la casa, motivo por el cual MFCR se marchó.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**ACTO SEXUAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, es la fuerza, constreñimiento o presión física o psíquica, con la finalidad de que la víctima pierda la libre autodeterminación de su sexualidad / **ACTO SEXUAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, es la fuerza, constreñimiento o presión física o psíquica, para hacer desaparecer o reducir las posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que se ejecuta sobre la víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Recomendaciones para el tratamiento y apreciación de la prueba: en casos de violencia sexual (Ley 1719 de 2014) / **DELITOS SEXUALES** - Reglas de manejo, recaudo y valoración probatoria en casos de víctimas menores de edad y mujeres / **VIOLENCIA** - Concepto / **VIOLENCIA** - Clases / **VÍCTIMA** - La reacción o mecanismo de defensa que asume es diverso

«El delito de acto sexual violento aparece tipificado en el artículo 206 del Código Penal de la siguiente manera: «El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años».

Son elementos objetivos de este tipo penal: i) que el sujeto activo -no calificado- realice cualquier acto de contenido sexual, que no constituya acceso carnal y, ii) que se trate de una conducta sexual no consentida, siendo necesario que medie violencia para suprimir el consentimiento de la víctima.

[...] para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquélla revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad».

Acerca del segundo elemento prenotado, el artículo 212A del Código Penal, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, señala el alcance del concepto de «violencia» [...]

Esta Sala ha desarrollado jurisprudencialmente el alcance de la configuración de la violencia, como elemento normativo de algunos delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales [...]

Por lo tanto, una valoración de ese elemento consecuente con las reglas de la sana crítica demanda de la autoridad judicial un análisis de la situación fáctica y de los medios probatorios que la sustentan desde una perspectiva ex ante, donde se identifique el acto constitutivo de violencia -que puede admitir combinaciones entre la física y la moral- y su idoneidad, estudio este último que comporta determinar, siendo lo más importante, si tenía la entidad o no de doblegar la voluntad de cualquier persona en las mismas condiciones de la víctima bajo la óptica de un observador inteligente (Cfr. CSJ SP, ene. 23 de 2008, rad. 20413), atendidos factores como, según se reseña en la jurisprudencia que se viene de transcribir parcialmente, «la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida».

También ha sido enfática esta Sala en señalar que este elemento normativo del tipo «no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de esta)» Cfr. CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 21691.

Así mismo, en los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014 se incorporaron «recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba» y «recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas

en casos de violencia sexual», en términos similares a las previsiones pertinentes de las Reglas de Evidencia y Procedimiento de la Corte Penal Internacional (Cfr. Regla 70) [...]

**ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Derechos de la mujer: se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de género para adoptar la decisión judicial / **JUEZ** - La Corte le hace llamado de atención: para que incorpore en sus providencias, el enfoque de género

Encuentra la Sala que en el presente caso el juez de primera instancia utilizó varios prejuicios, sesgos y estereotipos machistas, similares a los previamente identificados por la doctrina y jurisprudencia constitucional, los cuales no solo resultan totalmente ajenos a una adecuada valoración probatoria -acorde con los lineamientos previamente mencionados-, sino que también resultan particularmente ofensivos con la víctima. Entre ellos destacan los siguientes:

(i) Señaló que no hubo violencia de parte del procesado hacia la víctima, sino que aquel «le realizó una actividad sexual de acariciarla con su cuerpo dentro de los parámetros normales de cualquier pareja sin que en ese instante hubiera rechazo, se itera, solo hubo una manifestación posterior cuando lo empuja», pese a que la joven fue clara y reiteró en varias oportunidades que nunca brindó su consentimiento para tener cualquier tipo de contacto sexual con el procesado y que, por el contrario, lo repelió y forcejeó con él para que no la agrediera, y mucho menos manifestó que hubiesen sido «pareja» ni que hubiesen tenido algún tipo de relación afectiva.

(ii) Aseveró que si la violencia hubiese sido idónea el procesado muy seguramente habría cumplido su cometido de acceder carnalmente a la víctima, en tanto él es un hombre corpulento que mide aproximadamente 1.80 metros de estatura, mientras que ella «es muy menudita»; luego de lo cual indicó que la que no fue idónea fue la defensa de la víctima, reprochándole que «no hizo lo que tenía que hacer», imponiéndole -de nuevo, a partir de sesgos, prejuicios y estereotipos- una determinada conducta, como si las víctimas de violencia sexual tuvieran que actuar de determinada manera para demostrar que efectivamente sufrieron algún ataque.

(iii) Indicó que cuando el procesado amenazó con destruir su celular no la estaba amenazando a ella sino al objeto, aseveración que no solo desconoce las reglas previamente referidas para la valoración de la violencia, sino que resulta

incomprensible, en tanto no se entiende cuál sería el propósito de amenazar a un objeto inerte.

(iv) En otro apartado de la decisión, el juez señaló que «la intensidad de la violencia y persistencia del presunto ataque no fue de la entidad que quiere dar a entender la presunta víctima» y que, por tanto, no hubo la «violencia idónea» que exige el tipo penal, aseverando incluso que el «embate» del procesado no fue «rechazado con suficiente vehemencia; es decir que hubo una especie de consentimiento». Aquí, contrariando toda la jurisprudencia y normativa previamente referida, interpretó que hubo un consentimiento de la víctima simplemente porque no lo rechazó con «suficiente vehemencia», como si la negativa de ella a tener cualquier tipo de encuentro sexual no sea suficiente para dejar claro que no brindó su consentimiento.

(v) También citó autores de vieja data para decir que «si el paciente no resistió, pudiendo hacerlo, o resistió débilmente, para salvar el honor de las armas (...) no se podría hablar de violencia», a partir de lo cual concluyó que en el presente caso la joven mintió sobre el abuso sexual para «salvar el honor de las armas» ante el hecho de que iba a ser descubierta por su madre cuando estaba en «pareja» con el procesado. De nuevo, sin ningún elemento que le hubiese podido inferir que entre la víctima y el procesado había algún tipo de relación sentimental, la cual infirió a partir de sesgos, estereotipos y perjuicios.

(vi) Luego señaló que el hecho de que no se encontraran lesiones físicas en el cuerpo de la víctima revelaba que no hubo un abuso de tipo sexual sino una relación consentida, «lo que motivó a la joven a crear esa posible existencia de la violencia a modo de excusa de que lo que estaba sucediendo», aseveración que, nuevamente, no está soportada en ningún elemento o evidencia. Por el contrario, sin ningún fundamento le restó credibilidad al relato de la víctima, testigo presencial de los hechos, quien en ningún momento manifestó que hubiese dado su consentimiento a cualquier contacto sexual con el procesado ni muchos menos que haya tenido una relación afectiva con él, como lo imaginó el juez.

En fin, debe señalar la Sala que, aunque los jueces tienen cierta discreción para valorar los elementos materiales probatorios y evidencia física a su disposición y argumentar las decisiones que consideren acertadas a partir de la sana crítica, hay ciertos límites que no se pueden exceder, dentro de los cuales se encuentra, obviamente, la dignidad humana, que no fue respetada por el juez de primera instancia en este caso, porque con manifestaciones

desatinadas como las anteriores se revictimizó a la denunciante, con un discurso abiertamente sesgado y machista, utilizando en su

argumentación estereotipos de vieja data que no pueden usarse para resolver el caso».

---

***Dra. Diana Marcela Romero Baquero***  
***Relatora***

*relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co*  
*Teléfono: 5622000 ext. 9408*  
*Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá*

