



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Abril 12 de 2019 n.º 6

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

DOBLE CONFORMIDAD

Procedimiento y medidas provisionales para garantizar el derecho a interponer la impugnación especial ante la Sala de Casación Penal, cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en segunda instancia

Bajo los parámetros de la *finalidad integradora* de la *jurisprudencia* y en cumplimiento de una decisión de *amparo tutelar*, la Corte consideró necesario estudiar nuevamente el tema alusivo al principio de la *doble conformidad*, para establecer *medidas provisionales* ante la carencia de regulación legal, en virtud de las cuales consideró que sí resulta dable el ejercicio de la *impugnación especial* ante la *Sala de Casación Penal*, cuando la primera sentencia condenatoria es emitida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Igualmente aclaró que este derecho del condenado está desprovisto de la *técnica casacional*, pues el mecanismo se soporta sustancialmente en la lógica que rige la *apelación*, y puntualizó que respecto de la decisión que la resuelve no cabe el *recurso extraordinario de casación*.

AP1263-2019 (54215) del 3/04/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: evento en que la Sala da cumplimiento a una sentencia de tutela || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** evolución de los criterios

jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal, ante el vacío legal || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procedimiento y medidas provisionales para garantizar el derecho cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en segunda instancia || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procede ante Sala de Casación Penal, cuando la primera condena fue emitida en segunda instancia || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** está desprovista de la técnica de la casación y se rige por la lógica del recurso de apelación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** contra la decisión que la resuelve no procede la casación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se rige por los términos procesales de la casación || **JURISPRUDENCIA - Finalidad integradora**

«[...] previo a resolver la «apelación» propuesta por el señor AVR, debe hacer las siguientes acotaciones:

Con el Acto Legislativo 01 de 2018 se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria. Fue así como en el artículo 3º, por el cual modificó el 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares. Obsérvese:

“Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados

de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares. (Negrillas fuera del texto original).”

Es claro que **para la fecha no se ha expedido la ley** prevista en la aludida reforma, en la que se concrete el **procedimiento que se debe llevar a cabo para asegurar la garantía de la doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia** (términos y recursos).

Ese fue el motivo por el cual **esta Sala consideró que, ante el vacío legal, el principio de doble conformidad podía garantizarse a través del recurso de casación**, habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo va encaminado a permitir que la decisión adversa a los intereses del procesado sea revisada por una autoridad judicial distinta, que asegure la realización de un «examen integral de la decisión recurrida».

Con ese propósito, flexibilizó los criterios para acceder al recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante. Fue así como, en algunas oportunidades, decidió inadmitir las demandas, pero en el mismo auto dedicó un acápite para examinar lo atinente a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP2250-2018, rad. 49849; CSJ AP2248-2018, rad. 49898 y CSJ AP407-2018, rad. 49114); en otras ocasiones, las inadmitió por falencias de técnica, aunque -tratándose de asuntos seguidos al amparo del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906)-, dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente para emitir sentencia de fondo y así asegurar el derecho a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP5344-2018, rad. 51860; CSJ AP5323-2018, rad.50867 y CSJ AP5318-2018, rad. 50782). Y, en los demás eventos, las admitió sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado (entre otras CSJ SP650-2017, rad. 48377; CSJ SP3764-2017, rad. 48544; CSJ SP11437-2017, rad. 48952; CSJ SP15773-2017, rad. 49013 y CSJ SP587-2017, rad. 49615); al interior de este último grupo, hubo eventos en los que revocó la condena y absolvió al procesado (CSJ SP3168-2017, rad. 44599 y SP5330-2018, rad. 51692).

Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, **atendiendo la finalidad integradora de la jurisprudencia, adoptará medidas provisionales orientadas a garantizar, de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los tribunales superiores.**

Para tal efecto, propenderá por la solución menos traumática y que implique una mínima intromisión en el ordenamiento jurídico vigente. En ese orden, dentro del marco procesal de la casación, **resguardará así esa garantía:**

(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, **el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo**, ya sea directamente o por conducto de apoderado, **cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.**

(iii) La **sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación.** Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la **impugnación especial** para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) **Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial.** De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría -según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, **contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.**

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.

Teniendo en cuenta que en esta ocasión, según obra en el expediente, el Tribunal corrió traslado de la **impugnación especial** a los no recurrentes, la Sala procederá a resolver de fondo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Factores objetivos de ponderación para el análisis lógico de la situación en cada caso

Al decidir *no casar* la sentencia absolutoria impugnada con sustento en la demanda presentada por el representante del ente acusador, la Sala tuvo ocasión de examinar el tipo penal de *violencia intrafamiliar*, labor en cuyo ejercicio observó pertinente delinear algunos *parámetros objetivos de ponderación* que pueden servir a los jueces al momento en que deban realizar el *análisis lógico de la situación*, particularmente cuando les corresponda abordar casos relativos a esta conducta punible.

SP964-2019 (46935) del 20/03/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Principio de lesividad: la vulneración de la armonía y la estructura del grupo familiar no puede basarse en posturas de índole subjetiva || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Factores objetivos de ponderación para el análisis lógico de la situación en cada caso** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** no se predica de cualquier acto violento entre miembros de una familia, sino solo de aquel que ostente trascendencia para menoscabar el bien objeto de amparo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura** || **CONCILIACIÓN EN DELITOS QUERELLABLES - Procedencia:** debe intentarse obligatoriamente como condición para ejercer la acción penal || **LESIONES PERSONALES - Delito querellable**

«La reconstrucción del **contexto lógico** en el cual se presentó la situación objeto de estudio (o **análisis de la lógica situacional**) es la labor que deberá afrontar el intérprete de la norma en aras de establecer si hubo un **trascendente daño o**

puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger (en este caso, de la armonía y unidad familiares).

Dicho análisis consiste en describir el comportamiento de los sujetos involucrados en la conducta a la luz del marco institucional, social, tradicional, etc., en el cual se desarrolle el hecho. Estas condiciones deben estar fundadas en datos de **índole objetiva**, pues de otra manera no podrían considerarse elementos propios de cada situación. Así, las acciones serán explicables (es decir, comprensibles racionalmente) cuando se ajustan de manera objetiva a la situación, a pesar de que sea distinguible (i) la situación tal como era y (ii) tal como la veía o interpretaba el agente. Bajo tal contexto, **el juez tendrá que establecer si la conducta fue lesiva o no del interés jurídico materia de amparo.**

Esta propuesta, en cuanto método puramente objetivo, no difiere de la valoración que para la verificación del principio de significancia planteó la Sala en el fallo CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362, relativa a la apreciación de las condiciones objetivas desde la perspectiva del sujeto activo, así como de la información (también de índole objetiva) que se recopila una vez producido el resultado descrito en la norma.

[...] Para los comportamientos de **violencia intrafamiliar**, y sin tratarse de una lista cerrada ni taxativa, la Sala esboza estos **factores objetivos de ponderación para el análisis lógico situacional de cada caso:**

(i) Las características de las personas involucradas en el hecho. Más allá de la constatación de que los sujetos activo y pasivo de la conducta cumplen con la condición requerida por el tipo del artículo 229 del Código Penal (es decir, pertenecer ambos al mismo núcleo familiar), se deben estimar los rasgos que los definan y vinculen ante la institución social objeto de amparo (la familia). En tal sentido, serán relevantes factores como la edad, posición dentro de la institución, relación que tenían los implicados antes del evento, etc.

(ii) La vulnerabilidad (concreta, no abstracta) del sujeto pasivo. Como factor de particular importancia dentro de los indicados, será prevalente la debilidad manifiesta que pueda predicarse en la supuesta víctima, ya sea en razón de su sexo, edad, salud, orientación, dependencia económica o afectiva hacia el agente, etc. De ahí es posible establecer una

relación directamente proporcional entre una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo y una mayor afectación o menoscabo del bien.

(iii) La naturaleza del acto o de los actos que se reputan como maltrato. Se trata de la apreciación del daño o puesta en peligro concreto del objeto material de la acción. Ello implica que la **lesividad de un comportamiento** se analizará en función de los intereses de las personas involucradas, como se dijo en CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362. Por ejemplo, la bofetada de un padre contra su hijo tendrá menos relevancia que un acto que le produzca incapacidad médica o daño psicológico.

(iv) La dinámica de las condiciones de vida. Aparte de la situación concreta de cada sujeto de la conducta, son de igual importancia datos como la vivienda en donde opera el núcleo, su estrato social, el rol de los demás integrantes de la familia, así como todo evento propio de la convivencia que incidiera en la producción del resultado.

Y (v) la probabilidad de repetición del hecho. Por obvias razones, si el peligro de volver a presentarse el incidente que se predica como maltrato es nulo o cercano a cero, la lesión a la unidad de las relaciones de la familia, o la armonía que se predica en esta, deberá tener similar o idéntica **trascendencia**. Son tales escenarios los que en últimas pueden calificarse de “aislados” o “esporádicos” y serán valorables de acuerdo con datos como el estado actual de la relación de los sujetos de la conducta, la forma en que se haya resuelto el conflicto, las medidas adoptadas para no reincidir, etc.

[...] Los jueces sostuvieron que **no concurrió un menoscabo del bien jurídico** con base en por lo menos **tres (3) aspectos lógico situacionales**, a saber:

(i) El enfrentamiento de FAMS y su hermano Jf se dio en condiciones de igualdad. Según el Tribunal, el conflicto “*se trató de la pelea entre dos hermanos adultos, en igualdad de condiciones dentro del mismo entorno familiar*”. Es decir, no dejó “*de ser una típica discusión entre hermanos*”

Dicha igualdad está sustentada en los datos que obran en la actuación. El acusado era una persona de cincuenta (50) años para la fecha de los hechos. Su hermano tenía cuarenta y uno (41). Y aunque convivían juntos, ninguno tenía

alguna dependencia o relación de subordinación con el otro.

No era predicable entonces en la supuesta víctima JFMS algún estado de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta que lo convirtiese en sujeto de especial protección por parte del orden jurídico.

(ii) El altercado entre los hermanos obedeció al cambio de las condiciones de vida que tenían los miembros de la familia [...]

[...] El episodio de aparente maltrato, entonces, consistió en una situación excepcional, que obedeció al forzado cambio en las condiciones de vida para los integrantes de la familia, así como a la necesidad de adaptarse a unos nuevos parámetros de convivencia, y no necesariamente al quebrantamiento de una estructura familiar con tradición ni a la desintegración de la armonía entre sus miembros.

Y (iii) el conflicto quedó solucionado cuando la madre de los sujetos hizo pasarse a JFMS con su familia al primer piso de la vivienda. De acuerdo con los datos empleados por la primera instancia, que no fueron tema de refutación por parte del Tribunal, después de incidente con su hermano, JFMS y su familia se mudaron a *“un apartamento en el primer piso de la vivienda, mientras que FA se quedó en el segundo piso con su madre”*

Aparte de excepcional, la situación que causó el conflicto también fue pasajera o transitoria. Al no convivir hoy en día, ya no existe la posibilidad de que los enfrentamientos entre los hermanos Montoya Sánchez se repitan en las condiciones inicialmente dadas.

Nótese que ninguno de los representantes de la Fiscalía General de la Nación (que solicitaron la condena en este caso) se preocuparon por refutar

estos argumentos absolutorios de los jueces. Y la Sala, por su parte, no los encuentra contrarios a derecho, en la medida en que se atuvieron a un **análisis del contexto lógico de la situación**.

La demandante adujo en su escrito que la afectación del bien también debía estar fundada en *“la denuncia y falta de ánimo conciliatorio”* del sujeto pasivo. Sin embargo, tal como se ha analizado en este texto, **la vulneración de la armonía y la estructura del grupo familiar no puede basarse en posturas de índole subjetiva** (como lo que piense JF acerca de su hermano FAMS) sino en los datos objetivos (es decir, en la información) que las pruebas hayan arrojado durante el juicio y sobre las cuales las instancias declararon la verdad de los hechos.

La recurrente, a su vez, se refirió al fallo CSJ SP, 28 mar. 2012, rad. 33772, como evidencia de que es posible (y se debe) condenar por violencia intrafamiliar cuando el daño consiste en incapacidad de quince (15) días, sin secuelas. Olvidó, sin embargo, que los hechos relativos a ese resultado obedecieron a una **lógica situacional** muy diferente: la agresión física que un hombre le propinó a una mujer debido a que ella pretendía acabar con la relación de pareja entre ambos sostenida.

Por último, no sobra destacar que, a esta altura de la actuación, sería **imposible condenar al acusado por la lesión al bien jurídico de la integridad física** (es decir, por los quince -15- días de incapacidad médico legal, sin secuelas), toda vez que, como lo adujo el Tribunal, *“no se ha surtido la respectiva audiencia de conciliación por ese ilícito”*.

(Texto resaltado por la Relatoría)

INJURIA Y CALUMNIA

Si un señalamiento es deshonesto no puede ser al mismo tiempo la atribución falsa de un delito

En el estudio de fondo de la demanda, la Sala encontró atendibles los reparos del censor alusivos a la *violación directa de la ley sustancial* por parte del Tribunal, habida cuenta que la conducta atribuida al procesado resultaba atípica objetivamente respecto de los delitos de

Injuria y Calumnia, los cuales además no podían deducirse al mismo tiempo con base en idéntica imputación fáctica. La Corporación recordó igualmente que la *libertad de expresión* del ciudadano es *prevalente* como parámetro general respecto de los derechos al *buen nombre* y *honra* de un alto funcionario público, los cuales no se vieron afectados por la frase utilizada por el acusado, quien la efectuó por escrito, en escenarios en los que ejerció, de un lado, el derecho de petición, y de otro, el deber

de denunciar. Tales razones la condujeron a la decisión de *casar la sentencia condenatoria impugnada para disponer, en su lugar, la absolució*n.

SP592-2019 (49287) del 27/02/19

M. P. Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INJURIA - Derecho a la libertad de expresión: del ciudadano, prevalece como regla general sobre el derecho al buen nombre de un alto funcionario público || **INJURIA - Protege los derechos al buen nombre y la honra || INJURIA - Derechos al buen nombre y la honra:** respecto de servidor público y figuras reconocidas o con influencias en círculos sociales y culturales, su protección solo procede en situaciones excepcionales || **INJURIA - No se configura**

«Desde un punto de vista constitucional, **el ejercicio del derecho fundamental a la libre expresión del procesado, en tanto simple ciudadano, prevalece como regla general sobre la protección del derecho al buen nombre o reputación invocado por el querellante, que es un alto funcionario público.**

La Corte Constitucional, en la sentencia CC C-489/02 (que declaró exequible el artículo 225 del Código Penal, relativo a la retractación), señaló que el **bien jurídico de la integridad moral** comprende dos (2) derechos fundamentales: **la honra y el buen nombre**. El primero estaría relacionado con el respeto (o con la «valoración de comportamientos en ámbitos privados» y «la valoración en sí de la persona») y el segundo tendría que ver con la reputación (o «la apreciación que la sociedad emite de la persona por su comportamiento en ámbitos públicos»).

Además, en el fallo CC C-442/11, la Corte Constitucional precisó que cuando el derecho al buen nombre colisiona con el de la libertad de expresión, este tendrá prevalencia respecto de aquel, de modo que *“solo opiniones insultantes o absolutamente irrazonables serán objeto de reproche constitucional”*.

Lo anterior implica, **tanto para servidores públicos como para figuras reconocidas o con influencia en círculos sociales y culturales, que la protección de su derecho al buen**

nombre (o reputación) solamente procederá en situaciones excepcionales.

[...] Esta preponderancia, además, también ha sido admitida por la Sala. En la sentencia CSJ AP, 10 jul. 2013, rad. 38909, la Corte indicó que *“quien ingresa a la vida pública abandona parte de la esfera privada, por lo cual debe estar dispuesto a soportar ataques o afirmaciones incisivas propias de una confrontación política”*. Y que *“los personajes públicos, o quienes por razón de sus cargos o actividades y de su desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública, deben asumir la inevitable carga de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas”*.

[...] Ahora bien, lo hasta ahora señalado no conlleva siempre ni en todos los casos la impunidad de cualquier señalamiento que pueda efectuarse a un funcionario. Tan solo significa que tendrán consecuencias jurídico penales aquellos ataques a la reputación de un servidor público o de una figura pública que realmente sean deshonorosos y muy graves. El juez ponderará cada situación bajo los parámetros establecidos y supeditado a las circunstancias del caso en particular.

En este asunto, la frase *“no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”*, además de no ser deshonorosa, **provino de un escrito firmado por un ciudadano y dirigida a una autoridad competente acerca de la conducta de un servidor público en ejercicio de sus funciones**. Ello implica que **la protección de la libertad de expresión de quien acudió ante la administración de justicia, en teoría, prevalecía sobre el amparo al buen nombre (o la reputación) del querellante, [...]**. Y en la práctica **ni siquiera se estableció que la imputación fuera de índole injuriosa**.

No es posible derivar responsabilidad contra HRA, a menos que la Sala cambie su postura acerca de la configuración de la conducta punible de injuria y la salvaguardia reforzada que en el campo de lo público reviste la libertad de expresión. Pero esto tampoco podría permitirse desde una perspectiva constitucional, ya que en la sentencia CC C-442/11 se declararon exequibles los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 en el entendido de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal *“ha defendido una interpretación restrictiva del tipo penal que favorece la vis expansiva de la libertad de expresión”* y que tal escenario ha impedido *“que*

los jueces interpreten de manera subjetiva y arbitraria las conductas penalmente reprochadas”.

CALUMNIA - Diferente a la injuria || **SENTENCIA - Motivación:** inconsistencias en la argumentación jurídica || **CALUMNIA - No se configura:** si un señalamiento es deshonroso no puede ser al mismo tiempo la atribución falsa de un delito || **CALUMNIA - Injuria:** la misma imputación no puede dar lugar a los dos delitos, porque son descripciones típicas excluyentes

«La postura de los juzgadores frente a la configuración típica de la conducta fue **inconsistente**.

La decisión condenatoria del juez (a la postre confirmada por el Tribunal) solo consideró la teoría de la Fiscalía, mas no una hipótesis plausible de inocencia, a pesar de advertir que las palabras del acusado las hizo *“por lo menos exagerando lo realmente ocurrido”*.

Si se partió en lo fáctico de que la expresión en apariencia injuriosa podía ser cuando menos *“una exageración”*, pero al final se concluyó en lo jurídico que constituía una imputación deshonrosa (ya que exponía al querellante *“como una persona violenta y abusiva que se vale de su cargo para presionar a los demás”*), hubo una **apreciación errónea** de los hechos, pues al admitir la existencia de un comportamiento exagerado con apuntar *“no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”*, se debe (igualmente) aceptar la posibilidad de que eso no haya sido una atribución mentirosa orientada a deshonrar, sino el fruto de una particular pero a la vez sincera impresión.

Los jueces, sin embargo, no lo entendieron así y por ello incurrieron en una **inconsistencia dentro de su argumentación jurídica**.

Y, como si eso fuese poco, cayeron en otra **contradicción**. No solo **estimaron que la frase se trataba de una “imputación deshonrosa”, sino también “la atribución falsa de una conducta típica”**, toda vez que, según el funcionario de primera instancia (en criterio, se reitera, validado por el Tribunal), las palabras de HRA *“sindican al afectado de una posible incursión en un delito, pues [...] le está atribuyendo por lo menos un posible abuso de autoridad, conducta tipificada por el artículo 416 del Código Penal”*.

Con esta tesis, desconocieron los juzgadores que, **si un señalamiento es deshonroso, no puede ser al mismo tiempo la atribución falsa de un delito, ni viceversa**. Como lo sostuvo la Sala, *“[l]a misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos descripciones típicas excluyentes”*.

CALUMNIA - No se configura: cuando se ha obrado en ejercicio del derecho de petición o del deber de denunciar || **CALUMNIA - Manifestaciones precisas y concretas** || **CALUMNIA - bien jurídico tutelado** || **CALUMNIA - Configuración:** la imputación debe ser clara, concreta, circunstanciada y categórica || **CALUMNIA - No se configura** || **INJURIA - No se configura** || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«El delito de calumnia contemplado en el artículo 221 del Código Penal se realiza con la falsa atribución a otra persona de un comportamiento típico:

[...] En el presente caso, la conducta calumniosa achacada a HRA es **atípica desde un punto de vista objetivo** por varias razones, a saber:

La expresión anotada por el procesado *“no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”* **no constituye la falsa imputación de alguna conducta punible**.

La Corte ha sido consistente al exigir que **la imputación señalada de calumniosa sea «clara, concreta, circunstanciada y categórica, de modo que no suscite dudas»**.

En el presente caso, como ya se advirtió (2.1), la frase *“no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”* carece de datos objetivos que precisen lo que pasó en la diligencia de ampliación de denuncia adelantada el 12 de febrero de 2010. Así como no era idónea para estructurar una imputación deshonrosa en los términos del artículo 220 de la Ley 599 de 2000, tampoco lo es para constituir la atribución falsa de algún comportamiento punible, de conformidad con el artículo 221 siguiente.

La jurisprudencia ha dicho que **en ejercicio del derecho de petición o del deber de denunciar ante las autoridades no es posible la comisión del delito de calumnia**.

La Sala, en la providencia CSJ AP, 20 jun. 1994, rad. 2286 (decisión citada por el demandante en

su escrito), señaló que **no es posible cometer el delito de calumnia cuando quien es señalado de hacerlo ha obrado en ejercicio del derecho de petición o del deber ciudadano de denunciar:**

[...] Esta decisión ha sido reiterada en incontables ocasiones, entre otras, CSJ AP4365, 31 jul. 2014, rad. 39895, y CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 42043.

En este asunto, como ya se indicó (2.4), el acusado anotó las palabras en apariencia calumniosas en su doble condición de (i) **petionario** de una vigilancia judicial administrativa y (ii) **denunciante** de faltas disciplinarias perpetradas por servidores públicos. **Tales ejercicios de derechos y deberes lo exoneraban de cualquier atribución que pudiera efectuársele con relación al artículo 221 del Código Penal y, en general, respecto de todo menoscabo al buen nombre del querellante.**

Los motivos utilizados para concluir que **no hubo una afectación del bien jurídico** para la conducta de injuria (2.2, 2.3 y 2.4) también son aplicables para la calumnia.

Es decir, dado que (i) la condena estuvo fundada en lo que declaró el magistrado [...] sobre el daño a su reputación, (ii) se trata de un alto servidor público que tiene el deber de tolerar las críticas, reclamos o quejas de los usuarios y (iii) en la decisión se reconoció en lo fáctico pero no en lo jurídico una hipótesis plausible de inocencia, salta a la vista que el Tribunal **violó en forma directa la ley sustancial**, no solo **aplicando indebidamente** el artículo 220, sino también el artículo 221, del Código Penal. **La conducta de HRA es por completo atípica».**

CONCURSO APARENTE DE TIPOS - Principio de especialidad: supuestos que deben cumplirse
|| **CONCURSO APARENTE DE TIPOS - Principio de especialidad:** no se configura respecto de descripciones que se excluyen entre sí

«Por las razones ya indicadas (sobre todo en 2), la Sala no comparte la tesis de los delegados de la Procuraduría y el ente acusador de absolver por el delito de calumnia pero condenar por el de injuria.

Dicho sea de paso, el **principio de especialidad** como criterio de solución para el supuesto concurso aparente de tipos que los representantes promulgaron no tenía cabida en este asunto.

La Sala ha dicho al respecto que “*para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: (i) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; (ii) que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y (iii) que protejan el mismo bien jurídico*». Es imposible predicar cualquier relación de género a especie entre los tipos penales de injuria y calumnia, o calumnia e injuria. Son, simplemente, **descripciones que se excluyen entre sí**, como se analizó (2.4).

La solución era entonces más sencilla. No hubo concurso aparente de tipos. La expresión “*no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra*” y demás frases que anotó HRA en el escrito enviado al Consejo Seccional de la Judicatura **de ninguna entrañaban comportamiento punible alguno**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

TESTIMONIO

Su credibilidad no puede asumirse como un hecho notorio

Habiendo decidido no casar la sentencia del Tribunal que condenó al acusado como determinador del delito de *Homicidio Agravado*, la Corte consideró importante precisar, al desestimar los argumentos defensivos alusivos a la existencia de un *falso raciocinio*, que la *apreciación de la prueba testimonial*, así como su

corroboración, tienen por fundamento el *principio de libre valoración* y el análisis conjunto de las evidencias. Por ello, encontró relevante explicar que la *credibilidad* de un *testigo* no puede asumirse como un *hecho notorio*.

SP709-2019 (49430) del 6/03/19

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **TESTIMONIO - Credibilidad:** no puede asumirse como un hecho notorio || **PRUEBA - Hecho notorio:** concepto || **TESTIMONIO - Valoración probatoria** || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** la condición moral del testigo no es suficiente parámetro para restarle poder de convicción || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** libre valoración || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** La condición del testigo no implica su falta de credibilidad, paramilitar || **TESTIMONIO - Corroboración:** credibilidad bajo el principio de libre valoración de la prueba || **FALSO RACIOCINIO - No se configura**

«Bajo los mismos presupuestos fácticos, de manera subsidiaria el demandante plantea la presencia de un error de hecho por **falso raciocinio** (cargo duodécimo, subsidiario) en relación con el testimonio de UEBM, alias “[...]”.

Insiste el censor en que la versión de dicho testigo [...] dentro del proceso adelantado en contra de AAGR, posee un “*mejor nivel de credibilidad*”, frente a las demás versiones que entregó el testigo “[...]”, especialmente dentro de la presente actuación.

Es cierto, como se viene de analizar, que a diferencia de las distintas versiones ofrecidas por el testigo BM dentro de este proceso, en relación con los motivos de la acción criminal desplegada en el poblado de Macayepo y sus alrededores y la intervención del acusado como promotor de esa sangrienta expedición, el mismo deponente había entregado una declaración en el año 2008 en la que sostuvo que se trató de hechos atinentes al objetivo general de combatir la guerrilla, cuyo cometido no era recuperar el ganado hurtado.

Sin embargo, dentro del **principio de libre valoración de la prueba**, el juez colegiado concluyó que le deparaba **mayor credibilidad** la versión sostenida en diferentes oportunidades por el declarante, toda vez que en relación con ella **confluían pruebas de corroboración** que indicaban que esa narración era la que mejor se ajustaba a lo realmente acaecido, guardando coherencia entre diversas declaraciones relacionadas con esos tópicos y con los demás medios de conocimiento allegados a la actuación.

Por su parte, según se acaba de analizar por la Sala, se presenta relevante, como elemento demostrativo de **corroboración**, el testimonio de LFRM, alias “[...]”, pues aunque sostuvo no conocer las razones específicas que motivaron la ejecución de la acción desarrollada a instancias de alias “[...]”, aseguró que en efecto hubo recuperación de un ganado, lo que guarda consonancia con la tesis que la defensa del acusado viene censurando.

Ahora bien, el recurrente sostiene que sobre el testigo UEBM, alias “[...]”, gravita, **como hecho notorio, que no ha sido digno de credibilidad** cuando ha concurrido como testigo a narrar acontecimientos relacionados con las actuaciones de los grupos paramilitares, por lo que en este caso tampoco puede ser fiable en relación con los señalamientos que hizo sobre el acusado como promotor de la llamada “*masacre de Macayepo*”.

No obstante, **carece de fundamento asumir una circunstancia alusiva a la credibilidad del testigo como un hecho notorio**, cuando sobre este concepto la Sala ha sostenido que se trata de aquel fenómeno que por ser cierto, preciso y definido, conocido ampliamente por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio concretos, no requiere ser probado para su acreditación dentro del proceso, por lo que se trata “*de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud*”.

En este caso, no se trata de una realidad objetiva consistente, inmodificable y perceptible, sino de una circunstancia relativa a la **valoración probatoria en relación con la prueba testimonial**, cuya apreciación se gobierna por los criterios establecidos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, relativos a las facultades físicas y mentales del testigo para recordar lo sucedido y la posibilidad de haber percibido, sumado a la verificación de sus asertos con los demás elementos de prueba, entre otros parámetros, con lo que se determina el mérito persuasivo de una declaración.

Obviamente, la personalidad del declarante, así como las condiciones en que rindió su testimonio, son también factores apreciables en el proceso valorativo. Sin embargo, esta Corporación ha insistido en que **la condición moral del testigo no es suficiente parámetro**

para restarle poder de convicción, pues la valoración de la prueba tiene el tamiz que proporciona la sana crítica. [...]

[...] Con lo anterior, restaría decir que en relación con dicho testigo no es posible elaborar parámetros exactos sobre su veracidad o mentira por el hecho de que en otros procesos no se haya dado crédito a sus afirmaciones. Según podría constatar, de la misma manera su testimonio ha sido digno de credibilidad en diferentes ocasiones, sin que en ello tampoco se asiente una tarifa de verosimilitud que imponga al juez, per se, dar por ciertas sus declaraciones.

Por esa razón, es necesario, como lo hizo el juez ad quem, **acudir a la prueba de corroboración**, la que finalmente fortalece el **juicio de credibilidad** sobre la prueba discutida.

En realidad, encuentra la Sala, distinto a como lo viene planteando el demandante, que entre aquella primera versión que por fuera de este proceso entregó el testigo UEBM, alias “[...]”, y las que posteriormente brindó, especialmente al interior de esta actuación, no existen tan notables contradicciones, puesto que no eran incompatibles las llamadas labores propias de “registro y control” asignadas a los grupos paramilitares surgidos en aquella época como respuesta defensiva a las actuaciones que desplegaban las facciones guerrilleras diseminadas a lo largo de la región de los Montes de María, con las tareas específicas referidas a su reacción armada ante acontecimientos puntuales relacionados con actos de extorsión o hurto de ganado atribuidos a los grupos insurgentes.

De allí que para la Sala no resulta contradictorio que se diga por algunos de los testigos que la “masacre de Macayepo” representó una acción tendiente a atacar las bases de los grupos guerrilleros y sus colaboradores, al tiempo que se afirme que en esa misión se respondió a la demanda del acusado y de JGR para que se recuperara el ganado que días antes había sido robado de los predios de la finca [...].

En ese sentido, las posteriores aclaraciones que el declarante UEBM, alias “[...]”, dio sobre el sentido de aquella inicial narración de los hechos se ofrecen razonables, puesto, según lo precisó, fue en el proceso de reconstrucción histórica, en el ámbito de facilitación de los procesos de paz y reincorporación a la vida civil como miembro de grupos armados al margen de la ley -Ley 975 de 2005-, que decidió transmitir los pormenores de

cada una de las actuaciones desplegadas en virtud de su afiliación a la agrupación paramilitar.

Debe recordarse que durante su intervención en la audiencia de juzgamiento, el declarante “[...]” fue cuestionado sobre ese aspecto en particular, revelando su interés en rememorar los pormenores de la acción ofensiva en la que participó como comandante de la tropa paramilitar a la que le fue encomendada la misión de recuperar el ganado que había sido hurtado por la guerrilla y que fue trasladado al corregimiento de Macayepo, hasta donde lograron arribar después de sostener fuertes combates con los grupos de subversivos que salieron a su paso (Cfr. Audiencia Pública, sesión del 11 de febrero de 2014. C.D. 25:10, 27:44 y 28:24 minutos).

Con lo anterior, dejó en claro que aparte de aquellos cometidos que hacían parte del ideario político y militar de la organización ilegal, su actuación estuvo dirigida de manera concreta a cumplir la orden de recuperar “a sangre y fuego” el ganado que había sido objeto de abigeo:

[...] Ahora bien, el **peso demostrativo de esta versión** que durante el proceso de manera constante reiteró el testigo UEBM, alias “[...]”, debe emerger, como ya se ha dicho, de la posibilidad de ser **contrastada con el resto de los medios probatorios incorporados a la actuación** y sobre los cuales se edificó la demanda en el propósito de la defensa de demostrar que aquella declaración era la única que se ajustaba a la verdad de lo acaecido.

En ese sentido, se cuenta con **otros medios de prueba** que se relacionan con las versiones posteriores brindadas por UEBM, alias “[...]”, relativas a las circunstancias fácticas que pueden resultar relevantes en el presente caso para establecer, de una parte, si el motivo desencadenante de la masacre fue el hurto del ganado de propiedad de JGR y del procesado o, en su lugar, se trató de una simple acción rutinaria alusiva a los propósitos de erradicación de los grupos subversivos que hacían presencia en la región de los Montes de María; y, de otra, si ese hecho determinó que el acusado promoviera la decisión criminal que arrojó los resultados lesivos conocidos.

Así, resulta de especial importancia la consideración de los testimonios de quienes participaron en la operación paramilitar, entre

ellos el citado LFRM, alias “[...]”, de cuya declaración se acaba de ocupar la Sala, y YMM, alias “[...]”, cuya declaración igualmente es cuestionada por el recurrente y de la cual se hará referencia más adelante.

De igual manera, al hilo de la demanda, como fuente de corroboración o refutación, la Corte hará alusión a otros medios de conocimiento resaltados por la defensa del acusado como trascendentes en la concreción de lo ocurrido, tales como los testimonios de LFCS, alias “[...]” o “[...]”, ECT, alias “DV”, JACP, alias “[...]”, y el interrogatorio del acusado MANA; la resolución

mediante la cual se profirió preclusión de la investigación en favor del procesado por el delito de Concierto para delinquir agravado; la conversación telefónica entre AAGR y JGR, interceptada y trasladada a esta actuación; las escrituras públicas y los certificados de tradición relacionados con la venta de las fincas [...] y [...]; y, las declaraciones de JCFD, GATT, JEQE, RDJDG y LEPA».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - MINISTERIO PÚBLICO

Está facultado para interponer como único recurrente, el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, cuando evidencia violaciones al orden jurídico

Al despachar favorablemente el *recurso de queja* interpuesto por la Procuradora Judicial, la Corte advirtió que el *Ministerio Público* si tiene la *facultad* de interponer el recurso de alzada contra el *fallo absolutorio*, en calidad de *apelante único*, cuando quiera que lo ejerce en orden a evitar violaciones al orden jurídico. En tal sentido, aclaró que tal potestad no afecta el *carácter adversarial* que rige el *Sistema Penal Acusatorio*.

AP438-2019 (54466) del 13/02/19

M.P. José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Variación: cambio, modificación o unificación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** intervención, facultades y límites, evolución jurisprudencial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio público:** actuación contingente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** Ministerio Público, único apelante || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio público:** está facultado para interponer como único recurrente, el recurso de

apelación contra la sentencia absolutoria, cuando evidencia violaciones al orden jurídico || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio público:** facultad para ejercer como apelante único no constituye quebrantamiento al sistema adversarial

«En el presente asunto, el **problema jurídico** a resolver consiste en **determinar si la Procuradora [...] está legitimada para interponer, como único recurrente, recurso de apelación contra la sentencia absolutoria** emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior [...], en favor de OMGZ.

La Sala Penal del Tribunal Superior [...] consideró que ello no era posible, sobre la base de que sólo es viable si la Fiscalía procedía de igual manera. Es decir, que, en tratándose de una sentencia absolutoria, el Ministerio Público, no puede obrar como apelante único.

Frente a la intervención del Ministerio Público, esta Corporación venía sosteniendo que si bien, era constitucional y legalmente válida, tenía unas limitantes derivadas del sistema procesal que establece la Ley 906 de 2004, en concreto, el esquema adversarial de dos partes.

[...] Bajo esa misma lógica, esta Corporación, frente a la participación del Ministerio Público como no recurrente en el trámite del recurso de casación, venía sosteniendo que la misma debía restringirse a apoyar o no los planteamientos de la demanda, pues no le era posible introducir nuevos puntos de debate, so pena de contrariar el carácter adversarial del sistema acusatorio (CSJ, SP, 10 mar.2010, rad. 32868, que su vez, citó CSJ AP, 15.jul.2009).

Sin embargo, la mencionada tesis fue modulada recientemente en la sentencia CSJ, SP2364-2018, 20 jun.2018, rad.45098, en el sentido que pese a la **intervención contingente o discrecional del Ministerio Público** en los procesos penales, cuando actúa como no recurrente, puede plantear aspectos diferentes de los expuestos por el impugnante en casación, siempre que se trate de violaciones del orden jurídico; **sin que ello constituya un desbalance del sistema adversarial.**

[...] Esta nueva lectura a la intervención del **Ministerio Público**, es aplicable a asuntos como el presente, pues, con independencia de que la Fiscalía -titular de la acción penal- interponga recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, **aquel está facultado para hacerlo, cuando evidencie violaciones al orden jurídico, sin que ello implique un quebrantamiento del sistema de partes.**

Luego, **no es posible negar al órgano de control, hacer uso del recurso de apelación cuando acude como apelante único**, pues, se repite, **siempre que el propósito sea evitar violaciones al orden jurídico, no constituye un quebrantamiento del sistema adversarial.**

Sumado a lo anterior, en el sub lite, la representante de este órgano de control,

demonstró un interés especial y particular en la actuación, pues, como lo expuso en la sustentación del recurso de queja, uno de los temas propuestos en la apelación, es la presunta afectación de las formas propias del juicio, dado que la Sala Penal del Tribunal Superior [...] le impidió intervenir en los alegatos de conclusión.

Situación que en su momento llevó a presentar acción de tutela, que fue declarada improcedente por una Sala de Decisión de Tutela de esta Corporación STP094-2016, 14 ene.2016, rad.83568), precisamente porque el entonces actor -representante del Ministerio Público-, contaba con la posibilidad de *“interponer los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley, para plantear presuntas violaciones a las garantías procesales”*.

Es decir, en la mencionada tutela tampoco hubo pronunciamiento de fondo sobre si, el no permitir al Ministerio presentar alegatos de conclusión, quebrantaba garantías fundamentales, por cuanto, tal debate, podía proponerlo al interior del proceso, a través de los recursos ordinarios y extraordinarios».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá