



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Abril 29 de 2022 n.º 04

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>

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Es compatible con el Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017) para conductas de menor lesividad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, control por el juez, protección de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, no se limita a verificar que la manifestación sea libre, consciente y voluntaria, sino que la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado se encuentran acreditados /

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Aceptación o allanamiento a cargos: en la verificación de validez, es imprescindible la presencia e interrogatorio al menor

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador 7 Judicial II Familia de Bogotá D.C., contra la sentencia de segunda instancia, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de la capital de la República, con fundamento en el allanamiento a cargos del menor HMCF, en actuación procesal regida por el procedimiento especial abreviado consagrado por la Ley 1826 de 2017.

En esta oportunidad, la Sala casó la providencia y anuló lo actuado desde el momento de la audiencia de imposición de sanción, al considerar que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del adolescente, porque se

dictó sentencia sin su presencia al momento de la verificación del allanamiento a cargos.

**SP767-2022(60633) de 16/03/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor**

### RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 22 de enero de 2020, aproximadamente a las 21:40 horas en Bogotá, H.M.C.F., en compañía de otro sujeto, que logró huir del lugar de los hechos, mediante la intimidación con un arma cortopunzante, despojaron al ciudadano J.A.Q. de su bicicleta con características manubrio rojo, color negro y plateado, avaluada en \$350.000, la cual pudo ser recuperada por la Policía Nacional.

2. El 23 de enero de 2020, el Juzgado Noveno Penal para Adolescentes con función de control de garantías de la ciudad declaró legal el procedimiento de captura de HMCF. Contra esta decisión no se interpusieron recursos.

3. Acto seguido, la titular del juzgado interrogó a la Fiscal 308 Seccional URI sobre el traslado del escrito de acusación. La delegada del organismo de persecución penal comunicó que el mismo se había surtido y que el adolescente aceptó el cargo de coautor de hurto calificado, agravado y atenuado. Cuestionadas la defensora de familia y la defensora pública sobre si tenían observaciones al respecto, respondieron que no.

4. A continuación, la jueza dio apertura a la audiencia para la solicitud de medida de internamiento preventivo y concedió el uso de la palabra a la defensora de familia, a fin de que presentara el informe psicosocial del adolescente. Escuchado el resultado de dicho estudio, la

Fiscal retiró la petición de imposición de medida y el juzgado dispuso la libertad del procesado.

5. La actuación correspondió por reparto el Juzgado Primero Penal del Circuito de Adolescentes con función de conocimiento de Bogotá, despacho que citó en repetidas oportunidades para la celebración de la audiencia de imposición de sanción. Esto, de manera infructuosa, ya que el adolescente no asistió.

6. Finalmente, dicho acto se llevó a cabo el 15 de febrero de 2021. En esta ocasión el adolescente tampoco concurrió, pero la juzgadora, consideró que la diligencia podía llevarse a cabo válidamente sin la presencia del procesado, ya que, en su criterio, el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, no era aplicable, pues, se prefería, por especialidad, lo normado por el artículo 539 del Código de Procedimiento Penal, que corresponde al artículo 16 de la Ley 1826 de 2017.

7. De esa manera, por estimar que no se habían vulnerado los derechos del adolescente en el acto de aceptación de los cargos, aprobó dicho allanamiento. La Fiscal 135 Seccional y la defensora pública se mostraron conformes con lo resuelto, no así la defensora de familia, quien expuso que el adolescente debía estar presente para la verificación de sus derechos.

8. La actuación siguió su curso y culminó con la expedición de la sentencia por medio de la cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Bogotá declaró penalmente responsable a HMCF, como coautor de hurto calificado, agravado y atenuado, le impuso 12 meses de privación de la libertad en centro de atención especializado y le sustituyó dicha sanción por libertad asistida, por igual término, decisión que fue impugnada por el Procurador 7 Judicial II Familia.

9. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, confirmó la sentencia de primera instancia.

10. Oportunamente, el Procurador 7 Judicial II Familia interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó el libelo correspondiente.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Ministerio Público: intervención, facultades y límites /

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Ministerio Público: legitimidad e interés, para interponer el recurso de apelación respecto de la sentencia condenatoria o absolutoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Ministerio Público: principio de unidad de gestión y jerarquía, alcance / **CASACIÓN** - Interés para recurrir: identidad temática con la apelación, Ministerio Público

Como lo tiene definido la Sala “(...) el Ministerio Público puede impugnar las sentencias, no importa si estas son de naturaleza condenatoria o absolutoria, siempre y cuando ello derive de su función constitucional básica de procurar por la garantías y derechos fundamentales, de ahí que resulta inapropiado impedir que cumpla su gestión cuando ésta se dirige a la interposición de los recursos que la ley habilita para disentir de las decisiones que, en su criterio, transgreden el orden jurídico (...)”. (CSJ SP2379-2020, 15 jul., rad. 52046). Con mayor razón cuando, como en el presente caso, está alegando la existencia de un vicio sustancial que comporta la nulidad de la actuación procesal.

Por otra parte, se cumple la exigencia de identidad temática entre la demanda de casación y la sustentación de la apelación. Así mismo, el principio de unidad de gestión (CSJ AP5339-2021, 10 nov., rad. 58260), ya que el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal expresamente apoyó la pretensión dirigida a la Corte por el Procurador 7 Judicial II Familia

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: implica renuncia a ciertas facultades y derechos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): no se está ante un tratamiento jurídico distinto, sino ante una remisión normativa / **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA** - Finalidades / **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA** - Derechos de protección / **PRINCIPIO PRO INFANS** - Genera exigencias reforzadas de diligencia en el proceso penal, cuando la víctima es menor de edad / **DERECHOS DE LOS NIÑOS** - Prevalen sobre los derechos de los demás: normatividad nacional e internacional, bloque de constitucionalidad

El derecho a un juicio es renunciable, pero no de cualquier manera. El artículo 8-1 de la Ley 906 de 2004 condiciona dicha renuncia a que “(...) se

trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada (...).”

[...]

Al respecto, la Corte ya tiene clarificado que, si el allanamiento a cargos se produce ante el juez de control de garantías, es a éste a quien compete llevar a cabo la verificación, mientras que ello será del resorte del juez de conocimiento cuando el procesado acepte cargos en alguna de las audiencias que corresponden a su función (v. gr., preparatoria o juicio oral).

Lo cierto es que, sea cual sea la diligencia concreta en la que se produzca el allanamiento, el mandato es categórico: en todo caso el juez correspondiente deberá verificar que la aceptación de los cargos se haya exteriorizado sin vicios que afecten el consentimiento, y para ello es indispensable que personalmente interroge al procesado.

La anterior garantía, dispuesta en favor del procesado, es de obligatoria observancia en todo tipo de procedimiento penal. También, por tanto, en el que se adelanta en el Sistema Penal para Adolescentes, porque éste, conforme lo estatuye la Ley 1098 de 2006, no sólo se rige por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (artículo 144 del Código de la Infancia y la Adolescencia), sino que responde a la finalidad de brindar protección integral al menor infractor, privilegiando su interés superior y garantizándole sus derechos y libertades (artículos 2 y 140).

Por disposición constitucional (artículo 44) los niños gozan de todos los derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y sus derechos prevalecen sobre los de los demás. Por eso, en materia de debido proceso, el artículo 151 de la Ley 1098 de 2006 dispone que: “En todos los casos los derechos de los que goza bajo el presente sistema un adolescente autor o partícipe de una conducta punible son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004” [...]

Entonces, si esto es así, con mayor razón en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes debe cumplirse la previsión del artículo 131 de la Ley 906 de 2004, ya que los menores gozan de una protección constitucional reforzada.

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Es compatible con el Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de

2017) para conductas de menor lesividad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): traslado de la acusación, para efectos procesales equivale a la formulación de imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, control por el juez, protección de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación o allanamiento a cargos, trámite / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: cuando la irregularidad es anterior a la sentencia, debe declararse la nulidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, no se limita a verificar que la manifestación sea libre, consciente y voluntaria, sino que la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado se encuentran acreditados / **DEBIDO PROCESO** - Se vulnera / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Aceptación o allanamiento a cargos: en la verificación de validez, es imprescindible la presencia e interrogatorio al menor

[...] debe precisarse, en primer término, que el procedimiento especial abreviado es aplicable en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, pero con una restricción, que consiste en que en esos casos el Fiscal no puede autorizar la conversión de la acción penal de pública en privada (artículo 32-i de la Ley 1826 de 2017, que corresponde al artículo 554 del Código de Procedimiento Penal).

En el procedimiento especial abreviado la vinculación del procesado como parte se cumple con el traslado del escrito de acusación (artículo 13 de la Ley 1826 de 2017, que corresponde al artículo 536 del C. de P. P.). Esta es una de las oportunidades en que el inculpaado puede aceptar los cargos. De acuerdo con el parágrafo 4° de ese precepto, para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivale a la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004.

Son dos las formas en que se puede surtir el traslado del escrito de acusación: (i) si la Fiscalía no va a solicitar la imposición de medida de aseguramiento, cita a su despacho al indiciado, a su defensa técnica y a la víctima, les hace entrega del pliego de cargos y realiza el descubrimiento

probatorio, dejando constancia de ello en un acta, suscrita por los intervinientes en la actuación (artículo 13 de la Ley 1826 de 2017); y, (ii) si es procedente la imposición de una medida de aseguramiento, “(...) el Fiscal dará traslado del escrito de acusación al inicio de la audiencia (...)” (artículo 14 ibidem).

Ahora bien, sobre el procedimiento a seguir una vez producida la aceptación de cargos por parte del procesado, el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 (art. 539 del C. de P.P.) indica lo siguiente:

[...]

El análisis de la disposición transcrita permite concluir que no es acertada la consideración del tribunal atinente a que el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 regula íntegramente la aceptación de cargos en el procedimiento especial abreviado, porque lo que claramente se constata a partir de su lectura es que solamente regula esa situación en dos hipótesis: (i) cuando el indiciado acepta los cargos al momento de surtirse el traslado del escrito de acusación en el despacho del Fiscal, en los casos en los que no se contempla la posibilidad de solicitar la imposición de medida de aseguramiento; y, (ii) cuando después de trasladado el escrito de acusación, actuación cumplida bien sea en el despacho del Fiscal o en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, el procesado voluntariamente decide contactar al Fiscal en cualquier momento previo a la audiencia concentrada con el fin de aceptar los cargos.

El artículo en comento no regula lo que ocurre cuando la aceptación de cargos se produce: (i) en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento; (ii) en la audiencia concentrada; y, (iii) en la audiencia de juicio oral. Tan cierto es ello, que de las dos últimas eventualidades se ocupan los artículos 19 y 21 de la Ley 1826 de 2017 (artículos 542 y 544 del C. de P.P.).

El primero de tales cánones establece que una vez instalada la audiencia concentrada el juez procederá a: “1. Interrogar al indiciado sobre su voluntad de aceptar los cargos formulados y verificará que su contestación sea libre, voluntaria e informada (...)”. El segundo, remite a la regulación de la Ley 906 de 2004: “El trámite del juicio oral, seguirá las reglas establecidas en el Título IV del Libro III de este Código (...)”, lo cual implica reenviar a lo normado por el artículo 368 del C. de P.P.: “De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de

manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. (...)”.

Tampoco es acertado el planteamiento que sirve de base a la tesis expuesta por la juez de conocimiento, esto es, que existe un conflicto entre las reglas de los artículos 131 de la Ley 906 de 2004 y 16 de la Ley 1826 de 2017, y que el mismo debe solucionarse en favor del segundo, por virtud del criterio de especialidad.

Lo anterior, debido a que para que exista una antinomia es necesario que dos disposiciones que tienen un mismo ámbito de aplicación sean incompatibles, por proporcionar soluciones contrarias o contradictorias, de manera tal que al acatarse una necesariamente se debe desobedecer la otra.

Las reglas que se examinan en este caso no se repelen mutuamente, porque su sentido es en parte coincidente y en parte diferente, pero sin que exista incompatibilidad. En efecto, mientras el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017 le dicta al juez qué hacer en caso de allanamiento a los cargos, esto es, “(...) que verifique la validez de la aceptación (...)”, lo mismo que dictan los artículos 19-1 ibidem (“... verificará que su contestación sea libre, voluntaria e informada ...”), y 368 del C. de P. P., por remisión del artículo 21 de la Ley 1826 de 2017 (“... el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor ...”), el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, además de ratificarle que debe “(...) verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa (...)”, le indica cómo hacerlo: “(...) para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”.

Como se aprecia, las reglas citadas en realidad resultan ser complementarias, lo cual no es de extrañar, pues, hacen parte de un mismo estatuto (el Código de Procedimiento Penal) y de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1826 de 2017: “En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por el procedimiento descrito en este Título, se aplicará lo dispuesto por este Código y el Código Penal”.

Es más, en sentido opuesto a la tesis de la jueza de conocimiento, en este concreto caso el precepto que debió tener aplicación, por parte de la juez de garantías, si la actuación se hubiera

cumplido de acuerdo con lo previsto en la ley, era, precisamente el del artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 14 de la Ley 1826 de 2017 (537 del C. de P. P.) es claro en indicar que: “En los eventos en los que resulte procedente la imposición de una medida de aseguramiento, el Fiscal dará traslado del escrito de acusación al inicio de la audiencia, acto seguido se procederá de conformidad con lo previsto en los artículos 306 y siguientes de este Código” (se subraya). Así se indicó desde la propia exposición de motivos del proyecto de ley: “(...) si se trata de una audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, deberá citarse al investigado y en la misma audiencia se le comunicarán previamente los hechos y los cargos por los cuales está siendo investigado”. (Gaceta del Congreso N°591 del 12 de agosto de 2015, página 18. Se subraya).

En este proceso, por el contrario, como quedó anotado en la reseña de la actuación procesal relevante, el traslado del escrito de acusación no se produjo dentro de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, sino fuera de ella. El acta correspondiente no da cuenta del lugar, de la fecha ni de la hora. La juez de garantías, luego de declarar legal el procedimiento de aprehensión del menor, le pidió a la Fiscal que le informara lo ocurrido con el traslado del escrito de acusación y luego de ello dio apertura a la audiencia para la petición de medida de internamiento preventivo.

Claramente, el sentido del artículo 14 de la Ley 1826 de 2017, es que, cuando la Fiscalía tenga presupuestado solicitar la imposición de medida de aseguramiento, el traslado del escrito de acusación se surta dentro de dicha audiencia, en presencia del juez de garantías, para que éste le dé cumplimiento al mandato del artículo 131 de la Ley 906 de 2004. Es evidente que, como la Ley 1826 de 2017 no regula la actuación a cumplir por el juez cuando el traslado del escrito de acusación se hace al inicio de la audiencia de petición de medida de aseguramiento, la norma que colma ese vacío no es otra que la del artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

No obstante, esa irregular actuación podía ser subsanada con la verificación que adelantara la jueza de conocimiento, pero como ella se rehusó a aplicar el artículo 131 mencionado, que tiene como destinatarios tanto al juez de garantías como al de conocimiento, es indudable que existe un vicio sustancial en la actuación procesal, tanto de estructura, porque se dictó sentencia sin que se hubiera realizado el acto procesal que le daba fundamento a esta sin la previa celebración de un juicio, esto es, la verificación del allanamiento a cargos, como de garantía, porque esa vigilancia del respeto de los derechos del procesado no se llevó a cabo.

Otro argumento del tribunal que no es de recibo, es el que señala a la Fiscal, a la defensora del procesado y a la defensora de familia, como avalistas de los derechos y garantías del adolescente, porque ya se ha visto cómo el único garante de estos es el juez, bien sea de garantías o de conocimiento. Además, a las audiencias de imputación, en el procedimiento de la Ley 906 de 2004 y de la Ley 1098 de 2006, también concurren esa parte e intervinientes, incluido el agente del Ministerio Público, y ello no está previsto como motivo para excusar la aplicación del artículo 131 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, el adolescente debía estar presente en la audiencia de verificación del allanamiento, por ser el principal interesado, ya que con ese instituto se le posibilita su participación en la resolución de su caso y, además, se le otorgan beneficios.

Se configura, por tanto, una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa del adolescente HMCF, que da lugar a que se case la sentencia impugnada y se declare la nulidad de lo actuado a partir del momento de la audiencia de imposición de sanción del 15 de febrero de 2021 en el que la jueza de conocimiento declaró que ésta se podía llevar a cabo sin la presencia del adolescente, para que rehaga la actuación con la presencia del procesado.

---

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

Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia / **SUSPENSIÓN**

**CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Obligaciones: diligencia de compromiso y otorgamiento de la caución prendaria

Al resolver el recurso de casación promovido por el defensor de D.J.O. contra la sentencia dictada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo (Valle) y condenó al acusado por el delito de inasistencia alimentaria, la Sala recordó que, la indemnización de perjuicios no es uno de los requisitos previstos en el artículo 63 del Código Penal para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, razón por la que, casó parcialmente el fallo impugnado, a fin de conceder el mecanismo sustitutivo.

De igual manera, casó oficiosamente la decisión en el sentido de redosificar, por el sistema de cuartos, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, ya que, el a quo la impuso por un tiempo igual al señalado para la pena aflictiva de la libertad.

**SP908-2022(53084) de 23/03/2022**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

**RESUMEN DE LOS HECHOS**

El 31 de octubre de 2014 N.A.Z.V. denunció a **D.J.O.** porque, sin justificación alguna, no ha cumplido con su obligación de brindar alimentos a su menor hija G.S.O.Z.<sup>1</sup>, pese a que, en virtud de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014, por el Juzgado Segundo de Familia de Cartago, se ordenó inscribir a la niña como hija de aquél.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Indemnización integral: evolución jurisprudencial / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (art. 193-6 Ley 1098), no opera dicho condicionamiento para

el punible de inasistencia alimentaria / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Extinción de la acción penal por indemnización integral: evolución jurisprudencial

[...]

4. Ahora bien, cuando el sujeto pasivo de la conducta punible es un menor de edad, el Código de la Infancia y la Adolescencia estableció algunas restricciones y condicionamientos, entre otros, en lo que atañe con el aludido subrogado, que están orientados a reprobar con mayor severidad las acciones delictivas cometidas.

Así, en el numeral 6 del artículo 193, incorporó la prohibición de otorgarlo, a menos que aparezca demostrado que el menor víctima fue indemnizado y en el numeral 4 del precepto 199 determinó que no procede cuando se esté ante conductas punibles «de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro».

5. Aunque una mirada rápida al primero de los aludidos cánones -el 193-, permitiría afirmar la total inviabilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la pena si no se verifica la segura indemnización, lo cierto es que, una lectura más sosegada de la norma, de cara a los propósitos del legislador, llevó a la jurisprudencia a arribar a una conclusión diversa.

En efecto, en un principio, la Corte expresó que la indemnización a la víctima constituía un requisito adicional para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Así lo indicó en CSJ AP4387-2015, rad. 46332:

[...]

Sin embargo, en la sentencia CSJ SP18927-2017, rad. 49712, al resolver una demanda en la que se acusó al fallador por yerros en la interpretación y aplicación del numeral 6 del canon 193, concluyó de manera diversa y determinó, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los menores de edad y lograr la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados, que, tratándose de delitos de inasistencia alimentaria, la no suspensión de la ejecución de la pena imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria. [...]

<sup>1</sup> Nació el 13 de junio de 2013.

La disposición que antecede contiene un mandato que le impide al juzgador aplicar el principio de oportunidad y el subrogado de la condena de ejecución condicional cuando el beneficiario de esos institutos no haya indemnizado los perjuicios ocasionados a los menores que sean víctimas del delito por el que se procede.

Pese al carácter general e imperativo de la norma en cuestión, cabe acotar que en la exposición de motivos de la actual Ley 1098 de 2006 solamente se hizo referencia, en el acápite correspondiente a “Los niños y las niñas víctimas de delitos”, a la deuda que el país tenía con los niños y las niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces (...)” como razón de ser de la implementación de medidas como la examinada (Gaceta del Congreso N. 551 del 23 de agosto de 2005, página 31). E ineludiblemente, dentro de la categoría aludida no se inscribe el delito de inasistencia alimentaria.

[...]

Más recientemente, en CSJ SP, 3 jun. 2020, rad. 52492, puntualizó:

Entiéndase, entonces, que, con independencia de que se acredite el pago de la carga alimentaria, la regla en punto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando el delito afecte menores de edad y no se trate de conductas de extrema gravedad, consiste en que el subrogado no depende del pago de los perjuicios, de manera que su concesión viene dada porque concurren las exigencias previstas en el precepto 63 del Código Penal.

[...]

Agréguese que no se vulneran los derechos de la víctima del delito de acceder a la reparación efectiva del daño, toda vez que la suspensión de la pena de prisión no riñe con la obligación del penalmente responsable de reparar el agravio; por el contrario, comporta una medida eficaz para dicho propósito, ya que la libertad de locomoción del penado queda condicionada al pago efectivo de los perjuicios.

En similar sentido, se pronunció en CSJ SP54124-2020, rad. 54124:

En cuanto a la interpretación de ese canon, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria, pues solo se predica de

«delitos de extrema gravedad” o «delitos atroces” cometidos contra menores de edad. De manera que el pago de los perjuicios no configura un requisito adicional a las exigencias propias para la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena previstas en el artículo 63 del Código Penal.

Sin que con tal entendimiento se vulnere el derecho de la víctima de acceder a la reparación efectiva del daño, en razón a que el disfrute del beneficio durante el período de prueba queda condicionado al cumplimiento, entre otras, de esa obligación (art. 65-3 ídem), so pena de ser revocado (art. 475 Ley 904 de 2004).

[...]

De allí que la prohibición de suspender la ejecución de la pena prevista en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 solo se predica para delitos atroces e inhumanos, terreno al que no pertenece el punible de inasistencia alimentaria y, por ende, la indemnización de perjuicios no es un requerimiento adicional a los previstos en el precepto 63 de la Ley 599 de 2000.

Ese entendimiento, contrario al pensar de la Delegada de la Procuraduría, no violenta los derechos del menor víctima ni le reprime acceder a la reparación efectiva del daño, en razón a que -se insiste- el disfrute del beneficio durante el período de prueba queda condicionado al cumplimiento, entre otras, de esa obligación, so pena de ser revocado, según las previsiones del artículo 475 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, cuando se ha procedido por el delito de inasistencia alimentaria, el juzgador habrá de examinar la concesión de la ejecución de la pena solo a la luz de los requisitos previstos en el artículo 63 del Código Penal, norma en la que no se hace mención a la indemnización de perjuicios.

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Obligaciones: diligencia de compromiso y otorgamiento de la caución prendaria / **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Se configura

El Juez de conocimiento negó a DJO el subrogado en comento porque no hay «prueba que demuestre el pago de los alimentos adeudados”.

El fallador de segunda instancia, por su parte, al resolver la apelación propuesta por la defensa, orientada a su concesión, fue contundente en sostener que no había lugar a ello por expresa prohibición del numeral 6 del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que no aparece que el implicado hubiese indemnizado a la menor. Destacó que, si bien aquel, al momento del anuncio de sentido de fallo, ofreció una suma de dinero (\$1.000.000), ello, según lo puso de presente la representante de la víctima, no cubre la totalidad de los perjuicios causados.

Pues bien, de cara a la jurisprudencia transcrita, ya vigente para la fecha en que se proferieron las sentencias de instancia, es evidente que la judicatura recayó en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del numeral 6 del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que, dada la naturaleza del punible por el cual se declaró penalmente responsable al enjuiciado, la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena debe verificarse atendiendo los presupuestos del canon 63 del Código Penal, conforme a la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, disposición que claramente se inobservó en el sub examine.

[...]

Atendiendo la normativa transcrita, plenamente aplicable al caso, se tiene que en esta ocasión se cumplen los requisitos para conceder el subrogado penal.

En efecto, a DJO se le impuso una pena de 32 meses de prisión, esto es, inferior a cuatro años; no se acreditó que tuviera antecedentes penales y el delito de inasistencia alimentaria no está enlistado en el precepto 68A del Código Penal.

Por consiguiente, el cargo prospera y, como consecuencia, la Corte casará parcialmente el fallo impugnado, a fin de conceder el mecanismo sustitutivo de suspensión de la ejecución de la pena.

**CASACIÓN OFICIOSA** - Principio de legalidad de la pena / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD** - Aplica el sistema de cuartos / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD** - Dosificación

La Corte, en ejercicio de su facultad oficiosa, advierte que el juez singular -proceder avalado por el Tribunal- lesionó el debido proceso en su componente de legalidad de la pena al momento de imponer la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Lo anterior, porque, al tenor del artículo 51 del Código Penal, esa sanción tiene una duración de 6 meses a 15 años, por lo que su dosificación está regida por el sistema de cuartos (CSJ SP713-2020, rad. 54324).

Pese a ello, el a quo impuso esa inhabilitación por un tiempo igual al señalado para la pena aflictiva de la libertad, esto es, 32 meses.

En ese orden, la Sala debe restablecer las garantías del procesado y, para corregir el yerro, reajustará la sanción aludida acorde con los parámetros legales expuestos.

Para tal efecto, seguirá los derroteros del juez de conocimiento al momento de determinar la pena de prisión, autoridad que se ubicó en el primer cuarto de movilidad e impuso el extremo inferior. Por ende, esta Corporación dejará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en seis (6) meses.

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Nulidad: improcedencia cuando se invoca sobre un acto de parte / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Providencias judiciales: clases, órdenes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: contra las órdenes adoptadas en el desarrollo de las audiencias, improcedencia

Al resolver la apelación interpuesta por el defensor de los imputados contra el auto por cuyo medio la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta negó la nulidad planteada a partir de la audiencia de formulación de imputación, la Corte analizó la inconducencia de esa solicitud, en tanto se dirigió contra un acto procesal de parte como es la imputación.

Igualmente se abstuvo de desatar el recurso, en cuanto se promovió contra una orden de rechazo



de plano, decisión respecto de la cual no es procedente, previendo al Tribunal para que evite dilaciones injustificadas y aplique los poderes de dirección y de corrección que le corresponden.

**AP1128-2022(61004) de 16/03/2022**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

**RELACIÓN DE ANTECEDENTES**

1. Mediante sentencia de tutela proferida el 1° de julio de 2014, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Santa Marta resolvió, entre otras determinaciones, compulsar copias contra los titulares de los Juzgados Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo del Circuito de Pivijay (Magdalena).

2. En audiencia adelantada el 21 de julio de 2020 ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Marta, la Fiscalía formuló imputación contra J.C.B.P. y O.A.S.V., quienes se desempeñaban, para el momento de los hechos, como Jueces Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo del Circuito de Pivijay (Magdalena), respectivamente, como posibles responsables del delito de *prevaricato por acción agravado* en concurso con tentativa de *peculado por apropiación en favor de terceros agravado* por razón de la cuantía.

3. El escrito de acusación fue presentado el 17 de septiembre de 2020. Tras diversos aplazamientos, el Tribunal Superior de Santa Marta dio inicio a la correspondiente audiencia el 6 de septiembre de 2021, dentro de la cual, la defensa de los procesados postuló la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, con el argumento de que la delegada fiscal no fue clara al delimitar los componentes fáctico y jurídico de la imputación, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar que justifican la adecuación típica de los comportamientos que les endilga a sus prohijados. También reprochó que el juez a cuyo cargo estuvo la diligencia no cumplió la tarea de «*corroborar probatoriamente*» las imputaciones fáctica y jurídica, ni se permitió a la defensa increpar su contenido

4. En sesión del 15 de octubre de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta

decidió negar la solicitud de nulidad planteada por la defensa

5. Inconforme con la decisión del Tribunal, el defensor interpuso recurso de apelación en su contra.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: acto de parte / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: juicio de imputación, le fue constitucionalmente asignado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: no está sometida a control material del juez, sin perjuicio de que pueda velar por el cumplimiento de los requisitos formales de ley / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: el investigado no está facultado para solicitarla / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: juicio de acusación, no está sometido a control material del juez / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: control por el juez, implica el ejercicio de labores de dirección orientadas a que contenga los elementos previstos en la ley y especialmente la hipótesis

La petición de nulidad formulada, en esos términos, se advierte manifiestamente inconducente, pues es claro que se dirige contra un acto procesal de parte como es la imputación, pero aquella medida extrema - la nulidad del trámite - solo procede contra las actuaciones de los funcionarios judiciales, como advirtió la Sala en CSJ AP5563 - 2016

[...]

Y la Fiscalía, como consecuencia de las reformas introducidas en el contexto de la Ley 906 de 2004, es «parte» dentro del proceso penal, pues:

(i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación ; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial pasó a ser una pretensión ; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías (idem).

Desde esa perspectiva, la pretensión de nulidad resulta improcedente, no solo porque se dirige contra la imputación como acto de parte de la Fiscalía, sino en razón a que, además, se edifica sobre la base de criticar los fundamentos fácticos y jurídicos del juicio de imputación, dejando de lado que aquellos aspectos son incontrovertibles antes del juicio oral.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Nulidad: improcedencia cuando se invoca sobre un acto de parte / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Providencias judiciales: clases, órdenes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: contra las órdenes adoptadas en el desarrollo de las audiencias, improcedencia

[...] en el caso concreto, el apelante, bajo el disfraz de un supuesto desconocimiento de los derechos al debido proceso y defensa de sus asistidos, soportó la pretensión invalidatoria echando de menos un control material de la imputación como acto de parte que mal podría haber llevado a cabo el juez de control de garantías en la audiencia de imputación. Así se observa de los argumentos que soportan la nulidad pretendida, pues todos están orientados a corregir la calificación fáctica y jurídica del acto adelantado por la Fiscalía, con base en la percepción que para el defensor ostentan, tanto las decisiones emitidas por sus defendidos, como otros medios de convicción que ampliamente reseñó.

Ante actuaciones de esa naturaleza, esto es, aquellas que resultan ostensiblemente infundadas e inconducentes, no es potestativo, sino obligatorio que el juez, en su condición de director del proceso, con sujeción al contenido artículo 139 - 1 del Código de Procedimiento Penal, disponga su rechazo de plano bajo una orden no susceptible de recursos, pues claramente tienden a entorpecer la actuación.

Debió entonces el Tribunal proceder de esa manera desde el inicio mismo de la sustentación de la solicitud de nulidad postulada por la defensa que, tras mencionar que la imputación fue «ambigua, incierta e indeterminada» y dejar de lado las razones de tal aseveración, procedió, en contraste, a reprochar que la delegada fiscal no corroborara probatoriamente la calificación fáctica y jurídica de la imputación y obviara las motivaciones de la sentencia por cuyo medio la Corte Constitucional revisó las decisiones de tutela emitidas por sus defendidos, entre otros motivos bajo los cuales, realmente, sustentó la nulidad.

La omisión de la Colegiatura de primer grado, en cuanto debió aplicar oportunamente aquel correctivo judicial, terminó dilatando el proceso, si se considera, no solo la suspensión de la audiencia por poco más de un mes calendario que le llevó a esa Colegiatura el resolver la infundada petición (del 6 de septiembre al 15 de octubre de 2021) sino también la que se ha ocasionado desde que se concedió el recurso de apelación hasta la fecha actual.

Por tales motivos, insiste la Corte en esta oportunidad, en el deber de evitar las maniobras dilatorias (art. 139 de la Ley 906 de 2004) y de garantizar la eficacia del ejercicio de la justicia (art. 10 ejusdem).

No puede dejarse de lado tampoco que, aunque el Tribunal dio trámite a la solicitud de nulidad formulada por el defensor y la resolvió bajo la forma de un auto respecto del cual es viable el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 177 - 3 del Código de Procedimiento Penal, como en efecto se procedió, en verdad la absoluta improcedencia y falta de fundamento de la petición invalidatoria no puede mutar la naturaleza de la única consecuencia jurídica válida que, como ya se anunció, es la de una orden de rechazo de plano contra la que, obviamente, no procede recurso alguno (cfr., en similar sentido, CSJ AP5563 - 2016).

---

**CASACIÓN OFICIOSA** - Dosificación punitiva: favorabilidad / **EXTORSIÓN** - Agravada: dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Favorabilidad: Decreto Ley 100 de 1980 y Ley 599 de 2000 / **CÓDIGO PENAL** - Vigencia: el Decreto 100 de 1980, la tuvo hasta julio de 2001 / **PRINCIPIO DE**

**FAVORABILIDAD** - Aplicación retroactiva de la ley penal: aun cuando sea posterior al tiempo en el que se cometió el delito / **PRESCRIPCIÓN** - Favorabilidad: Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000

Al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Yopal, la Sala de Casación Penal, de oficio, casó parcialmente la decisión, en el sentido de redosificar la pena definitiva, al considerar que, al tener en cuenta la ley vigente al momento de los hechos, sin atender los desarrollos y las modificaciones legales en torno a la conducta punible de extorsión, los jueces de instancia trasgredieron de manera directa la ley, por falta de aplicación de la preceptiva benéfica al acusado e indebida aplicación de aquella que hacía más gravosa su situación.

De igual manera, en relación con el delito de tentativa de extorsión agravada, consideró que, por favorabilidad, procedía adecuar el comportamiento del acusado a los artículos 244 y 245 de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 5° y 6° de la Ley 733 de 2002 y, en forma adicional, los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, teniendo en cuenta que la acción penal por el delito referido prescribió antes de la ejecutoria de la resolución de acusación.

**SP568-2022(60207) de 02/03/2022**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. El ciudadano L.A.R. denunció ante la Fiscalía, que miembros de las autodefensas comandadas por V.C., lo desplazaron de su finca, ubicada en el municipio de Trinidad en el departamento de Casanare. Según se estableció, fue víctima constante de extorsión y se vio forzado a pagar cerca de 180 millones de pesos para que no atentaran contra su vida, la de sus familiares y de los trabajadores del predio, dinero que pagó hasta mediados del año 2000.

2. Para atender las ilegales exigencias tuvo la víctima incluso que enajenar un fundo, viendo cada vez más disminuido su patrimonio. Por esa época arreciaron las amenazas de muerte de parte de los paramilitares, tanto que, en una oportunidad, llegaron a la finca varios hombres preguntando por él, los trabajadores indicaron que se hallaba en Yopal y los ilegales prendieron fuego a los muebles, enseres y todo objeto personal del señor L.A.R., arrojaron también una granada dentro de la casa.

3. El afectado ya no tuvo como cumplir las ilegales exigencias de manera que tampoco pudo regresar a su finca. Ante esta situación, un grupo de 50 ilegales, aduciendo incumplimiento en los pagos extorsivos, tomaron posesión de la finca, corrieron a los trabajadores, dieron plazo a los terceros que alimentaban allí su ganado para que lo retiraran, y pasaron a ocupar la finca.

4. Comenzando el año siguiente las autodefensas le exigieron a la víctima la venta del predio e incluso le indicaron el nombre de las personas a quienes debía enajenarles, con quienes se suscribió la escritura respectiva el 6 de junio de 2001.

5. Con ocasión de su forzado desplazamiento y la incesante persecución de los paramilitares, la víctima y su familia se vieron obligados a residir en distintos lugares del país y, finalmente, abandonarlo para refugiarse en Bolivia.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL** - Formas: a través de la indagatoria o declaración de persona ausente / **INDAGATORIA** - Medio de defensa y de prueba / **INDAGATORIA** - Citación: no es necesaria cuando procede por un delito en que hay que definir situación jurídica

El diseño procedimental de la Ley 600 de 2000, establece dos formas legales de vinculación al proceso: la primera, escuchando al indiciado en indagatoria y, la segunda, declarándolo persona ausente (art. 332). Regula, de igual modo, que el funcionario judicial recibirá en indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe de la infracción penal (art. 333).

La indagatoria, en su doble carácter de medio de defensa y medio de prueba, se erige como derecho del sindicado, quien puede solicitarla en cuanto tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra (art. 334).

El funcionario judicial, por su parte, debe citar en forma personal al implicado a indagatoria, para lo cual se adelantarán las diligencias necesarias, dejando las constancias correspondientes en el expediente, aunque si la

instrucción cursa por delitos frente a los cuales procede resolver situación jurídica, puede prescindir de la citación y librar orden de captura contra el requerido (art. 336).

[...]

La jurisprudencia de la Corte reconoce que adelantar el proceso con la vinculación del sindicado en calidad de persona ausente, resta sus posibilidades de defensa en cuanto se ignoran las explicaciones que acerca de la conducta que se le imputa pueda suministrar, dificultándose de esta manera la labor defensiva de sus representantes judiciales. Sin embargo, reitera, tal posibilidad se halla prevista en la legislación colombiana, y resulta constitucional cuando esa medida extrema obedece a la imposibilidad de ubicar al implicado o a su postura renuente y es él quien determina que así evolucione la instrucción o el juzgamiento. En caso contrario, en ausencia de ese mecanismo, el Estado perdería la oportunidad de ejercer la acción penal en eventos como los advertidos.

El proveído mediante la cual se declaró persona ausente al procesado en el asunto bajo examen, satisface los requisitos formales y sustanciales que, según la ley, tornan viable esa forma alterna de vinculación al proceso. En efecto, la resolución de sustanciación del 31 de mayo de 2013, fue expedida por el fiscal instructor varios meses después de haber ordenado la captura de N.V.G. para escucharlo en indagatoria por la comisión de delitos de extorsión agravada y desplazamiento forzado, conductas frente a las cuales procede la detención preventiva como medida única de aseguramiento considerada en la Ley 600 de 2000.

La resolución se dictó en consideración a que la persona, plenamente identificada, en contra de quien se libró orden de captura con fines de indagatoria, no fue ubicada por las autoridades de policía encargadas de ejecutar el mandato de aprehensión. Dispuso, por tal razón, vincularla de esa manera al proceso, con ocasión de los hechos allí descritos, expuestos por el denunciante [...]

De igual modo, el proveído mencionado atendió los precedentes jurisprudenciales que destacan la legalidad y validez de la vinculación residual o supletoria al proceso como persona ausente, cuando no haya sido posible hacer comparecer al trámite al imputado luego de agotar las opciones razonablemente viables según la información de

que se dispone, y se concluya en la imposibilidad de localizarlo, o que a pesar de haber sido informado de la existencia del proceso, el investigado se ubicó en rebeldía frente a los requerimientos de la administración de justicia, marginándose voluntariamente del desarrollo procesal.

**NULIDAD** - Defensa técnica: el recurrente debe explicar la trascendencia de los yerros atribuibles al anterior defensor / **DEFENSA TÉCNICA** - Nuevo apoderado no puede argumentar la violación a este derecho por disparidad de criterios con anterior apoderado / **DEFENSA TÉCNICA** - Procesado ausente / **NULIDAD** - Defensa técnica: es necesario acreditar que el resultado dañoso para el procesado proviene de abandono, negligencia o manifiesta contrariedad con la *lex artis* del abogado / **NULIDAD** - Principio de trascendencia: la censura ha de poner de manifiesto cómo la subsanación del error conduciría a variar el sentido de la decisión

[...] la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que, los cuestionamientos que en sede de casación se realizan a la estrategia y la actividad emprendida por el letrado que ejerció la defensa en las instancias, o que no logró mejores resultados de cara a la situación del sentenciado, son insuficientes para fundar eventuales trasgresiones a sus garantías fundamentales y, en particular, del derecho a una adecuada representación técnica, pues, según tiene decantado, el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado y porque el ordenamiento le asegura al profesional del derecho autonomía y libertad en la escogencia de la técnica o estrategia a adoptar, entre las múltiples alternativas posibles de ser planteadas en el curso de la actuación procesal, de manera que no le impone al abogado derroteros a seguir en el curso de la gestión encomendada, ni le fija orientaciones de ninguna índole, pues son infinitas las eventualidades que pudieran ofrecerse, por supuesto imposibles de prever a través de reglas con las cuales determinar el camino a adoptar ante una incierta situación, lo que implicaría reglamentar tesis defensivas seguramente desarticuladas de la realidad surgida en cada proceso penal.

Lo anterior resulta igualmente predicable en relación con los defensores de los procesados juzgados en ausencia, quienes no cuenta por lo general con esa otra versión de los acontecimientos, lo cual incide en una mejor

comprensión del asunto y en la adopción de la estrategia defensiva, que si llega a ser de naturaleza pasiva, en tanto no derive en claro abandono o inexcusable descuido, resulta admisible y consonante con el derecho a la presunción de inocencia, pues exige superlativo desempeño estatal en la reconstrucción de la verdad y en el aporte probatorio requerido para derruir aquel postulado.

La situación expuesta en el cargo examinado en forma alguna desarrolla el concepto de abandono u orfandad defensiva que conduce a la anulabilidad del proceso, tan solo revela la desazón del actor por el hecho de que los defensores que lo antecedieron no advirtieron ni debatieron los aspectos que, ex post, llamaron su atención, sensación que, por supuesto, no puede dar pie a la degradación del trámite. En primer lugar, porque, de acuerdo con lo verificado en reproche anterior, la irregularidad que alega en relación con la vinculación del acusado al proceso carece de fundamento y, en segundo término, porque el tema alusivo a la identidad entre el acusado y alias [...], como era conocido V.G. al interior de la autodefensas y por la comunidad donde ejercía mando, se estableció plenamente en el trámite, de manera que si alguna duda podía ofrecer fundadamente el actor, debió entonces exponerla técnicamente con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, a partir de errores de hecho o de derecho que sobre el tema pudieran atribuírsele al sentenciador.

**EXTORSIÓN** - Agravada: demostración / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Demostración / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Falencias en la precisión fáctica: de evidenciarse duda se anulan los agravantes, no procede la nulidad / **SENTENCIA** - Motivación: debe incluir las razones de índole fáctico y probatorio

El alcance constitucional atribuido al deber de motivación de las decisiones judiciales, consiste en superar la arbitrariedad judicial, de manera que el contexto dialógico en que debe desarrollarse el proceso, permita aprehender con claridad el fundamento de las determinaciones que constituyen la respuesta judicial que en cada caso se provea, con posibilidad de confrontarlas en las razones concretas que eventualmente afecten al sujeto procesal que anhelaba una solución o una respuesta diferentes.

En esa perspectiva, los fundamentos traídos a colación de las decisiones citadas, revelan que el fiscal instructor y la juez de la causa, en sus decisiones expusieron de manera clara cómo el acusado y el grupo irregular al que pertenecía, no solo constriñeron, esto es, compelieron, obligaron a la víctima a realizarles pagos ilegales de importantes sumas de dinero, sino que la amenaza empleada para doblegar en forma eficaz la voluntad de la víctima, consistía en causarle la muerte a un número indeterminado de personas (la víctima, su familia, los trabajadores de la finca), también en generar daño y destrucción a las instalaciones del fundo [...]; formas de constreñir que actualizan sin duda las razones de agravación deducidas en la acusación y consideradas por la juez en la sentencia para establecer la sanción que ameritaba el procesado. Esa conclusión es inequívoca, ya que, desde el concepto de calamidad, la consecuencia por no acceder a las ilícitas exigencias, recaerían sobre diversas personas, cuyas vidas estaban dispuestas a cobrar los victimarios con tal de alcanzar sus propósitos. Semejante opción, admite predicar infortunio para la comunidad y representa, además, grave peligro común.

Además, el accionar de grupos armados al margen de la ley, su presencia y el poder de facto que ejercen, en sí mismos generan zozobra en las comunidades afectadas que, como en este caso, con resignación e impotencia tuvieron que soportar el deterioro paulatino de su patrimonio, sufragando ilícitas exigencias dinerarias y traspasando el dominio de sus bienes, bajo amenazas y acciones de caracterizado terrorismo, como el incendio de inmuebles y la destrucción de los mismos con empleo de armas bélicas.

En esa dirección, la acusación y la sentencia exponen que el grupo armado irregular, incluso materializó las amenazas, cuando asaltaron las instalaciones de la heredad, incendiaron los bienes de la víctima y parte de las instalaciones de la finca como reacción por no hallarlo allí; además de todo, arrojaron una granda que destruyó la edificación allí existente.

La acusación y la sentencia son claras y generosas en la descripción del componente fáctico que categoriza los motivos de agravación deducidos en los comportamientos extorsivos atribuidos al acusado, los cuales, por otra parte, la defensa bien pudo cuestionar en sede de apelación, pero declinó la posibilidad aunque se trataba del mismo profesional que ahora en sede

extraordinaria intenta enmendar su proceder alegando un inexistente defecto de motivación, que de haberse presentado, en todo caso, no llevaría a la solución que plantea (nulidad desde la resolución de situación jurídica), sino que se corregiría excluyendo la agravante que de manera inmotivada se hubiere deducido.

**CASACIÓN OFICIOSA** - Dosificación punitiva: favorabilidad / **EXTORSIÓN** - Agravada: dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Favorabilidad: Decreto Ley 100 de 1980 y Ley 599 de 2000 / **CÓDIGO PENAL** - Vigencia: el Decreto 100 de 1980, la tuvo hasta julio de 2001 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación retroactiva de la ley penal: aun cuando sea posterior al tiempo en el que se cometió el delito / **PRESCRIPCIÓN** - Favorabilidad: Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000

[...] el ordenamiento aludido (D.100/80), las normas que lo modificaron y complementaban, en tanto consagraran prohibiciones y mandatos penales, fueron derogados por el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, codificación vigente a partir del 24 de julio del año siguiente.

El nuevo ordenamiento punitivo tipificó en el artículo 244 el delito de extorsión, sancionándolo con prisión de 8 a 15 años y, en caso de concurrir cualquiera de las circunstancias agravantes relacionadas en el artículo 245, la pena se incrementaría en una tercera parte, para un máximo de sanción de 20 años.

Posteriormente, las dos disposiciones fueron modificadas por los artículos 5 y 6 de la Ley 733 de 2002, que fijaron, para el tipo básico, pena de 12 a 16 años de prisión y multa de 600 a 1200 salarios mínimos legales mensuales; para el agravado señaló un incremento de la tercera parte y multa de 3000 a 6000 salarios, normativa que regía tanto al momento de la calificación del mérito probatorio como de la sentencia proferida por las instancias, y actualmente en vigor, salvo si se trata de delitos que deban someterse al régimen procesal del sistema acusatorio, sobre los cuales pesa el incremento punitivo previsto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Las instancias aplicaron la ley vigente al momento de los hechos, sin atender los desarrollos y las modificaciones legales adelantadas en torno a la conducta punible de extorsión, rehusando, de ese modo, el examen

ponderado del principio de favorabilidad, básico e irrenunciable en derecho penal.

Es mandato constitucional que "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", así lo establece el artículo 29 Superior. Como derecho fundamental, expresión del principio de legalidad y del debido proceso, es de aplicación inmediata, según dispone el artículo 85 de la Carta. Representa, además, una excepción al principio general de la vigencia de la ley hacia el futuro y se dinamiza en el marco de leyes sucesivas o coexistentes como ha experimentado nuestro ordenamiento con los estatutos procesales actualmente en vigor contenidos en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.  
[...]

La calificación jurídica adoptada por los funcionarios de instancia, con base en el artículo 355 del Decreto Ley 100 de 1980, con las agravantes alusivas al constreñimiento prevalido de la amenaza de ejecutar actos que puedan derivar en calamidad, infortunio o peligro común, y si el propósito del agente fuera el de facilitar actos terroristas; resulta abiertamente gravosa para el acusado, no más reparar sus extremos punitivos, los cuales le depararían una pena mínima entre 240 y 270 meses, siguiendo el sistema de cuartos en la individualización de la sanción; y de 120 a 157.5 meses para el mismo comportamiento en la modalidad tentada.

El sentenciador, en efecto, estableció de manera inicial que la extorsión agravada consumada era la conducta más grave en el concurso de delitos imputado al acusado. Seguidamente, en el proceso de individualización de la sanción, en consideración a que no concurrían circunstancias atenuantes ni agravantes, se ubicó en el primer cuarto de movilidad de la pena, y, ponderando los criterios establecidos para regularla, la fijó en el mínimo dispuesto en la norma, esto es, 240 meses de prisión.

Por contraste, la regulación contenida en la ley posterior, artículos 244 y 245 Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 5 y 6 de la Ley 733 de 2002, prevén para la modalidad agravada del delito de extorsión, pena de 144 a 256 meses de prisión, lo cual implica que el cuarto mínimo de sanción oscila entre 144 a 172 meses.

En esas condiciones, erraron los jueces de instancia en el proceso de adecuación normativa

del comportamiento y trasgredieron de manera directa la ley, por falta de aplicación de la preceptiva benéfica al acusado e indebida aplicación de la aquella que hacía más gravosa su situación.

De igual manera, en relación con el delito de tentativa de extorsión agravada, los juzgadores incurrieron en indebida aplicación de los artículos 355 del Decreto Ley 100 de 1980 (modificado por el 32 de la Ley 40 de 1993), y 27 del Código Penal vigente, cuando, por favorabilidad, procedía adecuar el comportamiento del acusado a los artículos 244 y 245 de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 5° y 6° de la Ley 733 de 2002 y, en forma adicional, los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, teniendo en cuenta que la acción penal por el delito referido prescribió antes de la ejecutoria de la resolución de acusación.

En efecto, se estableció en la actuación que el ciudadano L.A.R., por efecto de las presiones ejercidas en su contra por el acusado y otros integrantes del bloque Centauros de las AUC, les canceló, hasta mediados de 2000, cerca de \$180'000.000, provecho económico obtenido como consecuencia del delito consumado de extorsión agravada.

De igual modo, se estableció que entre mediados de 2000 y el 14 de enero de 2001, el grupo armado al margen de la ley, le exigió el pago de otra millonaria suma, que el afectado, entrado en insolvencia, no pudo cancelar y resolvió

abandonar el sitio de arraigo como única opción para salvar la vida y la de su familia, de manera que, por esa circunstancia, ajena a la voluntad de los victimarios, no lograron el provecho indebido pretendido ni la consecuente consumación de la conducta. Entonces, la tentativa de extorsión agravada se tiene por ejecutada, a más tardar, el 14 de enero de 2001. La pena máxima establecida para ese delito y en tal modalidad, en la legislación vigente, es de 192 meses o 16 años de prisión.

La resolución de acusación, ya se precisó, cobró ejecutoria el 7 de febrero de 2018, cuando había transcurrido un término superior al máximo de la pena prevista para esa ilicitud y para que la actuación contara con resolución de acusación ejecutoriada, como condición para interrumpir el término prescriptivo.

En orden a corregir los yerros de juicio advertidos, la Corte casará de oficio y en forma parcial la sentencia recurrida, en el sentido de: i) adecuar la sanción para el delito de extorsión agravada conforme la norma que corresponde aplicar al caso; ii) declarará la prescripción de la acción penal por el delito de tentativa de extorsión agravada, fenómeno extintivo que aconteció antes de la ejecutoria de la resolución de acusación; iii) en esas condiciones, redosificará la pena definitiva que debe cumplir el acusado, conservando los parámetros considerados al efecto por el sentenciador.

---

#### **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Configuración:

no basta demostrar que el sujeto pasivo padecía de discapacidad mental, sino que esa alteración le impidió comprender y consentir la relación

##### **/ PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Su protección no puede

anular sus derechos, ni implicar discriminación

##### **/ ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** -

Trastorno mental: no es una presunción de incapacidad total como la del menor de 14 años

**/ PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Tienen derecho a desarrollar su libertad sexual / **INIMPUTABILIDAD** -

Determinación: constituye una categoría jurídica que corresponde al juez y no a los especialistas traídos al juicio por las partes

#### **/ ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** -

Trastorno mental: es tema de prueba

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del condenado, en ambas instancias, como autor del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, la Sala estudió la categoría jurídica de la inimputabilidad; de igual manera, recordó que las personas que padecen algún trastorno mental pueden disponer válidamente de su propia sexualidad y analizó los límites probatorios de los dictámenes periciales en estos casos, con base en lo cual decidió no casar la sentencia impugnada por los cargos formulados en la demanda.

Sin embargo, casó parcialmente y de oficio, el fallo recurrido, dando aplicación al principio “in

dubio pro reo”, al considerar que, en el presente caso, el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, se configuró, pero en su modalidad tentada, lo que implica una redosificación punitiva.

**SP567-2022(52207) de 02/03/2022**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. En la noche del 15 de junio de 2013, J.J.S.B., hombre adulto que para entonces tenía 23 años y se dedicaba a la panadería, concurrió a una tienda ubicada en Ocaña, donde se encontraba también J.M.F.S., de 25 años, quien padece síndrome de Down y tiene marcadas dificultades en el uso del lenguaje verbal. El primero, tras comprar dos cervezas, llamó al segundo (con quien interactuaba ocasionalmente porque residían en el mismo barrio y sus familias se conocían) y se comunicó con él brevemente mediante gestos. Luego, uno y otro salieron del local con pocos segundos de separación.

2. De lo sucedido se percató la prima de J.M.F.S., quien, por considerar sospechosa la situación, resolvió seguirlo. En tal virtud, se dio cuenta de que ingresó a una casa de tres plantas que estaba en obra negra y pertenecía a la madre de J.J.S.B. Al frente de la edificación vio parqueada la motocicleta en la que este último solía transportarse.

3. Alertada, buscó a la hermana del ofendido, y le contó lo observado. Ésta, consecuentemente, se dirigió al inmueble y tocó la puerta. Tras algunos minutos abrió J.J.S.B. Estaba sin camisa y con la cremallera del pantalón abierta. En el tercer piso, y totalmente desnudo, se hallaba J.M.F.S., quien había sido sometido por el procesado a actos sexuales distintos del acceso carnal.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Sujeto pasivo: persona que padezca trastorno mental, concepto / **INIMPUTABILIDAD** - Trastorno mental: transitorio o permanente, se puede predicar tanto del sujeto activo como del pasivo de la

conducta / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Configuración: no basta demostrar que el sujeto pasivo padecía de discapacidad mental, sino que esa alteración le impidió comprender y consentir la relación / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Su protección no puede anular sus derechos, ni implicar discriminación / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Trastorno mental: no es una presunción de incapacidad total como la del menor de 14 años / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Tienen derecho a desarrollar su libertad sexual / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Los efectos de su discapacidad deben ser analizados caso a caso / **PERSONAS CON Y O EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD** - Su discapacidad se puede asimilar a la figura de la inimputabilidad

El delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, definido en el artículo 210 del Código Penal, se configura cuando el agente realiza alguno de esos dos comportamientos sobre una persona en estado de inconciencia o incapacidad de resistir (supuestos sobre los cuales nada interesa considerar ahora), o bien, sobre un individuo que adolece de “trastorno mental”.

La Sala tiene dicho, con apoyo en jurisprudencia constitucional, que el trastorno mental es “una disfunción o anomalía mental” que generalmente “se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE o el DSM”, [...]:

[...]

Desde luego, tales apreciaciones han sido elaboradas por la Sala en alusión directa al artículo 33 del Código Penal, esto es, al concepto de trastorno mental pertinente para la comprensión de la inimputabilidad. Con todo, también ha precisado esta Corporación que tal noción tiene idéntico contenido cuando se refiere a la calificación especial del sujeto pasivo del ilícito mencionado:

[...]

De lo expuesto se sigue que la simple constatación del padecimiento de un trastorno mental no permite concluir, sin más, que quien lo sufre se encuentra en el supuesto calificante



del sujeto pasivo exigido para la configuración del delito objeto de análisis.

Y ello es así, de una parte, porque los elementos del delito y las categorías del derecho penal, en tanto sistema regido por el principio de lesividad cuyo objeto es la tutela de intereses jurídicos, deben entenderse en términos sustanciales, no simplemente formales o nominales. En tal virtud, el padecimiento de un trastorno mental por quien participa de un intercambio sexual no puede provocar respuesta punitiva si esa afectación no significó que el mismo fue abusivo. Piénsese, por ejemplo, en quien sufre de trastorno bipolar y sostiene una relación erótica durante la eutimia. En tal evento mal podría tenerse como sujeto pasivo de la conducta punible ya referida, pues el trastorno, a pesar de estar comprobado, no habría incidido de ninguna manera en su capacidad de acceder libre e inteligentemente a la relación.

De otra, y desde una perspectiva constitucional, porque aceptar que la constatación objetiva de un trastorno mental determina fatalmente la ilicitud de cualquier interacción erótica de quien lo sobrelleva supondría la negación de su dimensión sexual, lo cual implica nada menos que su deshumanización.

Es que para la comprensión del delito de que trata el artículo 210 del Código Penal debe partirse de la premisa, irrefutable en un Estado constitucional liberal, laico y respetuoso de la dignidad humana, de que, en principio, todas las personas son libres y autónomas para disponer de su sexualidad como a bien lo tengan - o de no hacerlo - y en ello no pueden, por regla general, interferir los poderes públicos. La criminalización de las interacciones eróticas sólo es legítima cuando en aquellas hay ausencia absoluta de consentimiento (como sucede con las agresiones violentas o las perpetradas contra personas inconscientes o incapaces de resistir) o cuando, existiendo el consentimiento, éste no resulta válido, bien sea por la edad de quien lo emite (según ocurre con los delitos abusivos o con la explotación sexual de menores de dieciocho años), por las condiciones contextuales en que lo profiere (esto es, en entornos de coacción o similares, de acuerdo con el artículo 212A de Código Penal) o por la incapacidad intelectual de consentir en un caso determinado.

En todo caso, debe resaltarse que, contrario a lo que sucede con los menores de catorce años y con las personas que se encuentran en contextos de

coacción - respecto de los cuales la ley presume de derecho la invalidez de cualquier acto de disposición sexual -, el orden jurídico no presume, ni podría presumir, que la existencia de un trastorno mental conlleve la invalidez del consentimiento sobre el propio erotismo. De ahí que la Sala haya mantenido que “asumir a priori que cualquier discapacidad mental impide tomar decisiones en el ámbito sexual trasgrede los lineamientos de la Ley Estatutaria 1618 de 2013... claramente orientada a la inclusión y al desarrollo integral de quienes tienen dicha condición” y, por ello mismo, que en asuntos como el presente “el Estado debe obrar con especial cuidado, para lograr un punto de equilibrio entre la protección que debe brindársele a las personas vulnerables y la evitación de intromisiones inadecuadas en su vida privada”. Es que “la esencia del injusto... reposa... en la trasgresión de las condiciones normales en las que (el sujeto pasivo) puede dar su aquiescencia para la (interacción sexual)”.

[...]

De acuerdo con los lineamientos esbozados, debe insistirse en que la simple comprobación de un trastorno mental no puede dar lugar a afirmar que quien lo sufre no puede disponer válidamente de su propia sexualidad. En tal virtud, la comprensión de fenómenos delictivos como el acá investigado debe partir de tal reconocimiento y, desde luego, efectuarse con sustracción de estereotipos persistentes sobre la dimensión erótica de las personas con discapacidad, por ejemplo, que “son siempre objeto de abuso” porque no pueden “entablar una genuina relación de atracción y respeto mutuo”, o bien, que “son como niños”, con lo cual se les niega “la condición de personas sexuadas (y) se visualiza como perverso cualquier acercamiento a la sexualidad”.

**INIMPUTABILIDAD** - Determinación: constituye una categoría jurídica que corresponde al juez y no a los especialistas traídos al juicio por las partes / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, prohibición de elevar juicios de responsabilidad o sobre elementos del tipo / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, puede conceptuar sobre la capacidad mental de la víctima al momento del hecho / **ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Trastorno mental: es tema de prueba / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, puede conceptuar sobre la capacidad mental de la víctima al

momento del hecho, no obliga al juez quien debe valorar en conjunto las pruebas

[...] Es al funcionario judicial a quien corresponde, al evaluar la capacidad de culpabilidad del procesado, esclarecer si éste, no obstante sufrir de un trastorno mental, pudo, al momento de los hechos, comprender la ilicitud de su comportamiento y, de ser así, guiarse por esa comprensión. En tales condiciones, la prueba pericial debe estar limitada a la acreditación de la existencia del trastorno y no puede extenderse, por virtud del expreso mandato legal reseñado, al juicio normativo de inimputabilidad, el cual es competencia exclusiva del juez.

En similar sentido, se ha afirmado que la simple constatación de un trastorno mental no basta para afirmar que quien lo adolece está en incapacidad de emitir consentimiento válido sobre su sexualidad; se requiere, se itera, la verificación de que el padecimiento incidió sustancialmente en dicha facultad en el caso concreto. Es decir, para establecer si un individuo reúne la cualificación especial del sujeto pasivo señalada en el artículo 210 del Código Penal debe agotarse un análisis análogo al de la inimputabilidad: por una parte, ha de constatar la existencia del trastorno mental; por otra, que ese trastorno le impidió efectiva o materialmente emitir un consentimiento válido al intercambio sexual.

En esas condiciones, podría en principio sostenerse que, en aplicación analógica del artículo 421 de la Ley 906 de 2004, el perito tampoco puede pronunciarse sobre la capacidad de la víctima para consentir, y que su participación en el juzgamiento debe estar limitada a la comprobación técnica del trastorno mental que padece.

Tal postura, sin embargo, no puede admitirse.

La razón de la proscripción que tienen los peritos de conceptuar sobre la capacidad de culpabilidad del procesado es que, en tanto ello constituye un elemento de la responsabilidad penal, su afirmación o negación únicamente le está permitida a quien administra justicia. En palabras de la Sala, “la inimputabilidad es una categoría jurídica que le corresponde determinarla al juez encargado de decidir el asunto y no a los especialistas traídos al juicio por las partes”. Igual sucede con la tipicidad y la antijuridicidad. Los hechos jurídicamente relevantes son, obviamente, tema de prueba y

sobre su ocurrencia o no ocurrencia pueden y deben pronunciarse los medios de prueba, pero el juicio de tipicidad, es decir, la valoración normativa de si esos hechos se subsumen o no en una descripción típica, compete exclusivamente al juez y ningún perito podría opinar en uno u otro sentido. A su vez, los presupuestos fácticos de la antijuridicidad han de demostrarse, pero el discernimiento de si el hecho típico menoscabó o amenazó el bien jurídico, en tanto juicio normativo sobre uno de los elementos de la responsabilidad, sólo puede adelantarlos el funcionario judicial.

En cambio, la incapacidad de consentir al intercambio sexual derivada de un trastorno mental es un hecho - no un elemento de la responsabilidad penal - que integra una descripción típica como circunstancia calificadora del sujeto pasivo y, en tal virtud, es tema de prueba en los procesos adelantados por la posible comisión del delito analizado. Nada obsta, pues, para que el perito conceptúe al respecto. Desde luego, ello no significa que el juez quede necesariamente vinculado por lo que sobre el particular dictaminen los expertos o deba acoger su dicho irreflexivamente. Como sucede con cualquier otra prueba, le corresponderá establecer su mérito conforme los criterios de valoración individual y conjunta fijados en el Código de Procedimiento Penal.

**PRUEBA PERICIAL** - Finalidad: brindar al Juez conocimientos científicos o técnicos, necesarios para resolver el juicio / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: apreciación probatoria / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen de psicología: sobre trastorno mental, de la víctima

[...] en el juicio se presentó información técnica contradictoria sobre la cuestión de qué tan afectada estuvo la capacidad de FS para consentir. Según la doctora PP, aquél tiene las facultades mentales de un adolescente de catorce años, lo cual lo ubica en un espectro de desarrollo cognitivo en el que habría estado plenamente capacitado para emitir una aquiescencia válida. Esa apreciación fue de cierta manera ratificada por el experto de la defensa, quien aseguró que la afectación mental de JMF es apenas moderada. En contraste, la psicóloga GG conceptuó que éste sí tiene una afectación cognitiva suficientemente profunda para concluir que no pudo haber consentido al hecho investigado.

Pues bien, aunque las instancias, como ya se dijo, pasaron por alto la ponderación que ese escenario probatorio les imponía, la Sala advierte que la omisión es intrascendente por cuanto de todos modos atinaron en la conclusión.

En efecto, lo primero que se advierte es que la doctora FPP manifestó ser médico general, de manera que carece de cualificaciones académicas especializadas para la comprensión y el diagnóstico de discapacidades mentales. Ello enerva de entrada su mérito suasorio, el cual, conforme el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, depende, entre otros factores, de “la idoneidad técnico-científica... del perito”. [...]

En todo caso, debe recordarse que el valor demostrativo de la pericia está condicionado en buena medida a que quien la elabora “explique suficientemente la base “técnico-científica” de su opinión”. Como el juez no es conocedor de la ciencia o técnica de que trata el dictamen, le es imposible discernir el acierto de la conclusión por sí misma. Únicamente puede ponderarlo a partir de la exposición que el experto provea de sus fundamentos y la doctora PP no ofreció ninguna.

Tampoco puede acogerse la postura del perito psicólogo de la defensa en cuanto a que la afectación cognitiva de FS es apenas moderada, con lo cual le atribuyó, así no lo haya señalado expresamente, la capacidad de consentir la interacción sexual acá juzgada.

Aunque aquél sí acreditó su “idoneidad técnico-científica” para conceptuar al respecto (dijo ser “docente y perito psicólogo”, especialista en “terapia del comportamiento” y haber recibido “capacitaciones en el tema del peritaje psicológico y en la atención pericial... en el campo psicológico forense”, así como tener más de diez años de experiencia), su opinión no tiene mayor mérito porque nunca evaluó, entrevistó o conoció al ofendido. Su juicio se sustentó exclusivamente en la revisión de las entrevistas e informes elaborados por los expertos de la Fiscalía, de modo que el dictamen, al igual que el precedente, carece de base fáctica atendible.

Distinto sucede con la opinión pericial rendida por la psicóloga del I.N.M.L., CGG. De una parte, porque certificó suficientemente su idoneidad profesional; dio cuenta de que es psicóloga especialista en psicología clínica y desarrollo infantil y ha laborado durante varios lustros en entidades públicas y privadas desarrollando labores relacionadas con, entre otras cosas,

“diagnósticos en salud mental” y “salud sexual y reproductiva”. De otra, y principalmente, porque para elaborar su dictamen no se apoyó sólo en la revisión de los antecedentes médicos, personales y familiares del ofendido, sino también en la valoración que personal y directamente hizo de sus competencias cognitivas y comunicativas en el curso de una entrevista de seis horas, así:

[...]

Además, explicó ampliamente los fundamentos de su apreciación, relacionando su conclusión (esto es, que FS “no logra entender (el) trasfondo sexual” de los hechos”) con (i) la ausencia de escolaridad ordinaria o especializada recibidas por aquél en el curso de su infancia y juventud; (ii) la detección tardía de su padecimiento por parte de su familia; (iii) las características e implicaciones médicas de la trisomía veintiuno; (iv) la observación directa de su comportamiento; (v) la verificación de que habría participado en los hechos en “una postura totalmente sumisa, totalmente pasiva”; (vi) su imposibilidad de ubicar cronológicamente los eventos de su vida; (viii) la constatación de que no tiene pensamiento abstracto sino concreto, y; (ix) la advertida inviabilidad de realizarle un interrogatorio adecuado y una prueba psicométrica.

En esas condiciones, es claro para la Sala que la experticia rendida por CGG, a diferencia de las ya analizadas, sí aparece revestida de poder demostrativo y debe privilegiarse sobre aquéllas. Se trata de un elemento de conocimiento técnico que, por reunir características de idoneidad, suficiencia y claridad, permite dar por demostrado que el trastorno mental de JMFS afecta sustancialmente sus capacidades cognitivas y le impidió emitir un consentimiento válido sobre el hecho objeto de este proceso.

**INDICIO** - Inferencia lógica: Indebidamente construida / **INDICIO** - Inferencia lógica: indebidamente construida, no es trascendente

Lo que sí se probó es que JM, a pesar de sus limitaciones en el uso del lenguaje verbal, puede darse a entender, no sólo mediante gestos, sino también a través de algunas palabras. De ello dieron cuenta ampliamente sus familiares y también la psicóloga CGG, quien aseveró lo siguiente:

“Él es un ser humano que tiene también habilidades sociales... responde a su manera, se hace entender, se comunica, no podemos decir

que tiene un lenguaje verbal normal, de hecho, es una de sus más grandes dificultades, pero se comunica, es un sujeto que se comunica, que se hace entender”.

Así las cosas, ningún yerro subyace a la conclusión del Tribunal según la cual JJSB y JMFS pudieron sostener alguna suerte de interlocución antes de la ocurrencia de los hechos.

Mención aparte merecen las inferencias elaboradas por el Tribunal a partir de ese hecho indicador, así la inconformidad del actor haya estado dirigida únicamente a la acreditación probatoria este último. Según la Corporación, la constatación de que FS y SB sostuvieron comunicación indica que (i) la presencia del primero en el lugar de los hechos fue determinada por esa interacción y, por ende, (ii) el segundo “perseguía fines libidinosos”.

La primera deducción es válida. Visto que JMFS abandonó la tienda y se dirigió a la casa donde sucedieron los hechos pocos segundos después de comunicarse con SB, y teniendo en cuenta que también éste acudió a ese lugar en los instantes inmediatamente siguientes a dicha interacción, es razonable inferir que el intercambio gestual o verbal que se produjo entre ellos fue un antecedente relevante de la presencia de uno y otro en tal edificación. Ello se hace especialmente claro al verificarse, a partir del testimonio de MEB, que JM no interactuó con nadie más (salvo con ella misma cuando le dijo “chao, Ayu”) entre el momento en que se comunicó con el acusado y su llegada a la edificación donde fue encontrado, de manera que no existe la posibilidad de que el ofendido se haya desplazado hasta ese sitio motivado por un tercero.

En cambio, la segunda inferencia es equivocada porque contraviene la sana crítica.

De la constatación de que JSB y FS tuvieron interlocución antes de encontrarse en el inmueble no se sigue, bajo ninguna regla empírica, científica o lógica, que el primero “perseguía fines libidinosos”. Ese hecho, cuando menos ponderado aisladamente, nada revela sobre la posible concurrencia de un ánimo erótico en el procesado. Sin embargo, como quedará explicado más adelante (§ 4.4), el yerro no es trascendente porque no enerva las bases probatorias de la condena.

[...]

Contrario a lo afirmado por el Procurador que intervino en esta sede, los hechos indicadores probados en el juicio, incluso luego de corregidos los errores del ad quem, permiten deducir de manera razonable y más allá de toda duda que en el día y lugar de los hechos se produjo entre JJSB y JMFS alguna actividad sexual. Ésta, por las razones ya explicadas (§ 2), fue abusiva.

Así se sigue de (i) la presencia del acusado y la víctima en una vivienda deshabitada y oscura, con la puerta cerrada, en estado de desnudez parcial y total, respectivamente; (ii) la conducta evasiva que, al ser descubierto, asumió el procesado, específicamente en cuanto negó que JM estuviese en ese sitio; (iii) la comunicación entre ellos que precedió su traslado hasta el inmueble, y; (iv) el lapso de varios minutos transcurrido entre el requerimiento de CFC para que le abrieran la puerta y el momento en que el acusado efectivamente le permitió el acceso.

**IN DUBIO PRO REO** - Principio de determinación alternativa u optativa: concepto / **IN DUBIO PRO REO** - Principio de determinación alternativa u optativa: aplicación / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Tentativa: modalidad de acto sexual abusivo / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Se configura: tentativa / **CASACIÓN OFICIOSA** - Principio de legalidad

[...], es claro que la Fiscalía, por los déficits de actividad probatoria ya mencionados (§ 4.2), no demostró cuál fue esa interacción sexual abusiva, es decir, en qué consistió el abuso. En otras palabras, aunque está comprobada más allá de toda duda la ocurrencia de la conducta sexual genérica (entendida la expresión en lógica taxonómica), la Fiscalía no aportó probatoriamente información suficiente para discernir cuál fue la conducta sexual específica realizada por el enjuiciado. Sólo puede descartarse que F.S. fuese penetrado analmente por aquél, pues así lo indica el informe sexológico respectivo.

Tal escenario impediría la condena si existiese cuando menos una hipótesis específica derivada de la comprobación de la conducta genérica que careciese de connotación delictiva. Pero como todas ellas se subsumen en la descripción típica del artículo 210 del Código Penal, corresponde acudir al principio de determinación alternativa u optativa, cuya aplicabilidad al orden jurídico

nacional ya ha sido admitida por la Sala, y conforme el cual “en casos de certeza de la comisión de un determinado delito, pero de dudas sobre su modalidad o especialidad, debe optarse por la solución más favorable”. Las instancias pasaron por alto el problema y, como consecuencia de ello, dejaron de emitir condena por la especie típica más benigna, que lo es la de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, pero en grado de tentativa.

El Tribunal, ante la postulación que en ese sentido elevó el Ministerio Público en condición de no recurrente, examinó tal alternativa, pero la descartó con el argumento de que “la conducta típica de acto sexual abusivo es... de mera conducta, por lo que no admite el dispositivo amplificador”. La Sala no comparte esa postura. Al margen de las dificultades probatorias que ello pueda conllevar, no existe ninguna razón de orden teórico para negar la tentativa del delito de actos sexuales abusivos, y en este caso tendrá que ser esa, en aplicación del ya mencionado principio de determinación alternativa u optativa, la conducta por la cual se profiera condena porque - se insiste - es la especie más favorable entre todas las que se subsumen en el comportamiento abusivo genérico que se demostró más allá de toda duda.

Lo anterior impone casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada para, en su lugar, condenar a JJSB por el delito que se le imputó, pero en la modalidad tentada. La pena habrá de reajustarse consecuentemente.

**CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena: caso en que se condena en grado de tentativa / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL**

**ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Dosificación punitiva: tentativa

El segundo inciso del artículo 210 del Código Penal reprime el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir con pena de 8 a 16 años de prisión. Esos límites punitivos deben reducirse conforme el artículo 27 ibidem, según el cual quien “iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo”.

**CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo por los cargos formulados, pero casa parcialmente y de oficio / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Tentativa: modalidad de acto sexual abusivo / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Se configura: tentativa

En síntesis, (i) se demostró más allá de toda duda que JJSB sometió a JMFS a un intercambio sexual; (ii) tal interacción fue abusiva porque este último, como consecuencia de la condición mental que padece, no pudo consentir válidamente al mismo; (iii) como las pruebas aportadas por la Fiscalía no permiten discernir en qué consistió la conducta abusiva genérica, debe acudirse al principio de determinación alternativa u optativa, el cual impone la condena por la especie típica más benigna, que es la de acto sexual abusivo con incapaz de resistir en la modalidad tentada; (iv) en esos términos, por ende, se casará parcialmente y de oficio la sentencia impugnada.

---

**SECUESTRO SIMPLE** - Consumación: es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción / **SECUESTRO SIMPLE** - Elementos: la violencia no hace parte de ellos / **PRESCRIPCIÓN** - De la pena: juez competente, cuando la sentencia no está ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - De la pena: juez competente, cuando la sentencia esta ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - Acción penal: diferente a la prescripción de la pena / **EXTINCIÓN DE LA PENA** - Cumplimiento del

periodo de prueba de la suspensión condicional de la pena

La Corte decidió la impugnación especial presentada por el abogado defensor contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a sus prohijados como coautores de los delitos de secuestro simple agravado y extorsión agravada en grado de tentativa, para lo cual estudió las características y elementos de los referidos tipos penales,

decidiendo confirmar el Fallo de segunda instancia.

Para ello, analizó las diferencias existentes entre la prescripción de la pena y la prescripción de la acción penal, aclarando que, sobre la primera, ninguna competencia le asiste a la Sala para pronunciarse, en cuanto esa materia es del resorte del juez de primera instancia siempre que la sentencia del Tribunal no se halle ejecutoriada y, en este último caso, al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. El 21 de diciembre del año 2011, a las 08.10 de la mañana, aproximadamente, un grupo de personas ingresó con distintivos de la Policía Nacional y de la DIAN a la bodega de la empresa ACEM, ubicada en esta ciudad.

2. Una vez allí, uno de ellos se quedó en el primer piso, controlando a los empleados y obligándoles a permanecer en un rincón, mientras vigilaba la puerta principal. C.A.M.V., un vecino que llamó a la puerta para solicitar que movieran un vehículo, fue ingresado a la fuerza y obligado a permanecer junto con los demás, pero finalmente pudo salir gracias a las quejas de los empleados.

3. Entretanto, en el segundo piso, las personas con insignias de la DIAN esposaron a D.A.M.G. y le dijeron que iban a revisar los bienes de la bodega porque estaban haciendo un allanamiento; que mejor arreglaran para evitar el decomiso de la mercancía.

4. Posteriormente llegó D.P.G.G., a quien intentaron esposar, pero se abstuvieron de hacerlo gracias a que ella y su hermano N.N., les manifestaron que estaba embarazada.

5. La antes mencionada logró comunicarse con otro de sus hermanos, J.A., propietario de la empresa, quien llegó al establecimiento. Con el pretexto de hablar del arreglo a que llegarían con los supuestos funcionarios de la DIAN, D.P.G.G. y J.A. se encerraron en una oficina en el segundo piso y este último aprovechó para comunicarse directamente con esta entidad, desde donde le informaron que no habían programado ningún operativo de allanamiento, por lo que solicitó ayuda con la policía.

6. Dos de los falsos funcionarios siguieron presionando afuera de la oficina, en el pasillo, simulando llamar refuerzos para apoyar la

diligencia y llevarse la mercancía. Posteriormente llegó otro sujeto que presentó un carné de la Fiscalía, quien también contribuyó a presionar para que accedieran al pedido de aquellos.

7. Instantes después arribaron agentes de Policía que capturaron a los implicados, gracias a las voces de auxilio de los empleados.

**SP681-2022(52672) de 09/03/2022**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia jurídica es relativa / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia fáctica y personal es absoluta

Como se puede ver, y así lo tiene decantado la Sala, el principio de congruencia se verifica entre la sentencia y la acusación, entendida como acto complejo, de modo que no se puede condenar por delitos no contenidos en esta última (imputación jurídica), a lo cual se suma que la imputación fáctica es inmutable por lo que no se puede modificar en el decurso procesal. La imputación jurídica goza de cierta flexibilidad porque frente a la acusación el juzgador puede condenar por una modalidad delictiva de menor entidad, siempre y cuando respete la imputación fáctica o hechos jurídicamente relevantes.

Ninguna de las aristas que componen esta garantía fueron lesionadas dentro de esta actuación, pues, en primer lugar, el juzgador de primera instancia condenó por una modalidad menos grave (constreñimiento ilegal) a la atribuida en la acusación (tentativa de extorsión agravada) y por la cual la fiscalía deprecó condena, respetando la imputación fáctica. El tribunal, a su vez, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el ente acusador y el representante de las víctimas, también sujetándose a la imputación fáctica, optó por condenar por el delito atribuido en la acusación.

Tanto menos en relación con la conducta de secuestro simple agravado, también endilgada en

la acusación, respecto de la cual el a quo absolvió y el tribunal, simplemente, en virtud del referido recurso vertical, revocó esa determinación para condenarlos por primera vez por ella, ciñéndose, eso sí, a la misma imputación fáctica construida desde la audiencia de formulación de imputación.

No es cierto, por consiguiente, el argumento de los impugnantes, a partir del cual podría evidenciarse que su disenso estaría perfilado hacia el desconocimiento de la imputación fáctica por parte del tribunal, porque los dos delitos por los que condenó, valga decir, tentativa de extorsión agravada y secuestro simple agravado, no fueron tratados por el a quo, cuando lo que a las claras se advierte es que sí los abordó solo que los desestimó. De ese modo, a diferencia de lo que sostienen los impugnantes, no resulta verídico afirmar que el tribunal desconoció el principio de congruencia, en ninguna de sus vertientes.

**PRESCRIPCIÓN** - De la pena: juez competente, cuando la sentencia no está ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - De la pena: juez competente, cuando la sentencia esta ejecutoriada / **PRESCRIPCIÓN** - Acción penal: diferente a la prescripción de la pena / **EXTINCIÓN DE LA PENA** - Cumplimiento del periodo de prueba de la suspensión condicional de la pena

El segundo punto que plantean ambos impugnantes se relaciona con que cumplieron la pena de 70 meses de prisión impuesta por el sentenciador de primera instancia, por lo que no quedaba alternativa distinta a la de decretar la prescripción de la acción penal, pero como la actuación prosiguió luego de que se consolidó el fenómeno, añade el sindicado YCP, se quebrantó el debido proceso.

Al respecto, emerge diáfano que los impugnantes confunden varias figuras del ordenamiento penal, como lo son la prescripción de la pena con la de la acción penal. Sobre la primera, por demás, ninguna competencia le asiste a esta Sala para pronunciarse, en cuanto esa materia es del resorte del juez de primera instancia siempre que la sentencia del Tribunal no se halle ejecutoriada y, en este último caso, al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Por otro lado, el cumplimiento de la pena no incide en la prescripción de la acción penal, cuyos factores están determinados en los artículos 83 a 86 del C.P., mientras los de la pena lo están en el artículo 89 y 90 del mismo

ordenamiento. De esa forma, el argumento de los impugnantes según el cual por haber cumplido la pena privativa de la libertad impuesta en el fallo de primera instancia se produjo la prescripción de la acción penal, hasta el punto de que cuando se emitió el fallo de segunda instancia ya se había agotado el ius puniendi, resulta totalmente equivocado.

En esas condiciones queda claro, para responder el argumento del procesado YCP, que el hecho de haber proseguido la actuación luego del supuesto cumplimiento de la pena aflictiva de la libertad, no erigió vulneración al debido proceso, pues esa circunstancia no genera la prescripción de la acción penal.

La Sala debe dejar dilucidado, a esta altura, que los recurrentes no solicitan concretamente la extinción y liberación de la pena por pena cumplida conforme a lo previsto en el artículo 67 del C.P., sino que dicha circunstancia -el cumplimiento de la pena— conforme se anotó, incide en la prescripción de la acción penal de las conductas por las que se procede y que por ello se configuró vulneración del debido proceso. [...]

Agréguese a lo anteriormente dicho que en cuanto a la específica petición de libertad por pena cumplida se pronunció respecto de uno de los procesados el juez de conocimiento, mediante providencia de marzo 30 de 2020, en desarrollo de este trámite, esto es, luego de la tantas veces mencionada sentencia de tutela STC15017 de octubre 23 de 2019, emitida por la Sala de Casación Civil de esta Corporación. Así mismo, que una vez ejecutoriada la presente determinación, tal petición será de conocimiento del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad con sujeción a lo normado en el numeral 8 del art. 38 de la Ley 906.

Ahora bien, cosa muy distinta es que el ad quem haya decretado la prescripción de la acción penal respecto del delito de utilización de uniformes e insignias sancionado en el artículo 426 del C.P. contenido en la acusación, aquí sí valiéndose de las reglas que regulan el fenómeno, como se expresó en la sentencia de segunda instancia.

**SECUESTRO SIMPLE** - Consumación: es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción / **SECUESTRO SIMPLE** - Dolo / **SECUESTRO SIMPLE** - Demostración

En cuanto a la estructuración de este delito frente a la conducta desplegada por los

procesados JACF, JDOO, JAGL, YCP y OAP, cuya responsabilidad se determinó en el fallo de segunda instancia a título de coautores, la discusión se ha centrado en los ámbitos de la tipicidad subjetiva y objetiva, pues mientras para el a quo y los aquí impugnantes respecto al primer punto su propósito nunca fue el de atentar contra la libertad individual de las personas que se encontraban en el inmueble donde funcionaba la empresa, sino uno meramente económico, sin que se actualizara alguno de los verbos rectores previstos en el artículo 168 que reprime el ilícito, para el sentenciador de segunda instancia dichas personas fueron retenidas en el lugar para garantizar el cometido trazado, con lo cual se materializó el reato.

[...]

De lo dicho de manera uniforme por la Sala se infiere que es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción de la persona para que se consume el secuestro, sin que sea necesario que la persona obtenga la finalidad propuesta (AP3103, jul. 25 de 2018, rad. 45259. Criterio recientemente reiterado en SP1674, may. 5 de 2021, rad. 55358), lo cual pone de manifiesto el razonamiento equivocado del sentenciador de primera instancia y de los impugnantes al enfatizar que el propósito final de los procesados no fue el de secuestrar, sino obtener un provecho económico, porque aun persiguiendo ese objetivo no se descarta la concreción del tipo penal contra la libertad individual. Expuesto de otra forma: el propósito último de conseguir un provecho económico ilícito por parte de los procesados no excluyó el de privar de su locomoción y autonomía a los afectados, como equivocadamente lo estiman el a quo y los recurrentes para desvirtuar la estructuración del delito.

Todo lo contrario, acorde con lo demostrado, la retención de las personas que se encontraban en la empresa, así como de las que iban llegando a sus instalaciones, tuvo por objeto asegurar ese objetivo económico trazado. Es decir que el ilícito de secuestro fue concebido por los coautores como un delito medio para lograr la consumación de un delito fin, en este caso la extorsión. La inmovilización de las personas que se hallaban en la bodega garantizaba que no se frustrara la consecución de ese propósito lucrativo, de lo cual tenían pleno conocimiento los coautores, quienes también orientaron su voluntad para realizar esa

retención, como quiera que hacía parte de su plan criminal, conducta esta última que, sin temor a equívocos, vulneró el bien jurídico protegido de la libertad individual.

Como bien lo dice el tribunal, en el planteamiento del juez de primera instancia -que ahora reproducen los impugnantes con el fin de desvirtuar la tipicidad subjetiva del delito de secuestro simple— se confunde el designio del plan criminal trazado por los coautores del delito con la tipicidad subjetiva de cada una de las conductas punibles concurrentes.

La tipicidad subjetiva del delito de secuestro simple está plenamente acreditada a partir del modus operandi empleado en este caso por los asaltantes, tópico que no ha sido objeto de discusión. En efecto, conforme a lo narrado acordemente por los testigos, se tiene que los intrusos al arribar a la bodega, haciéndose pasar por funcionarios de la DIAN y de la Policía Nacional, para lo cual portaban distintivos de esas entidades (con chalecos de la primera y carnés de las dos instituciones), requirieron al personal administrativo que se encontraba en el segundo piso por los documentos que soportaban la legalidad de las mercancías que allí mantenían, pero a todos los trabajadores, independientemente del área donde se encontraban en la bodega, e incluso a dos clientes que la visitaban, y a las personas que iban arribando a sus instalaciones, como sucedió con el vecino CAMV, les impidieron su movilización. Para tal efecto organizaron dos grupos de personas retenidas: unas en el segundo piso de las instalaciones, básicamente los del área administrativa, y, las demás, en el primero, estando dentro de este último grupo principalmente el personal operativo de la bodega, los dos clientes y las personas que iban llegando durante el tiempo en que duró el falso operativo.

[...]

A partir de lo corroborado sobre la forma como ejecutaron la conducta, se colige que los asaltantes previeron la retención de las personas que se encontraban al interior del inmueble y de las que fueran llegando, al punto que uno de ellos controlaba el acceso a la puerta principal y sometía a requisita a todo el que arribara, tras identificarse con uno de los distintivos falsos que portaba. El plan criminal diseñado concebía una distribución de funciones frente al secuestro, de modo que mientras algunos de ellos vigilaban a



las personas que estaban en el segundo piso, otro lo hacía con los del primero, sujeto que también se hacía cargo de la puerta de acceso, la cual, por cierto, mantuvieron cerrada desde el mismo momento en que irrumpieron en las instalaciones de la empresa, controlando el ingreso de personas, una eventual fuga de los retenidos o que dieran alguna alerta hacia el exterior y no solamente la extracción de mercancías, como lo asegura el impugnante YCP.

[...]

Dice también el mismo impugnante que si los falsos funcionarios hubieran tenido la finalidad de secuestrar, tampoco hubieran dejado sus rostros registrados en las grabaciones, ni hubieran dejado que ellas siguieran, “por eso se confiaron en que todo iba a quedar como un engaño y que en la peor situación sería tomado como una pérdida de tiempo para el dueño y los empleados de la bodega, al no obtener provecho alguno ni encontrar la mercancía buscada”. Tal aseveración solo pone de manifiesto, por una parte y como el mismo inconforme lo aduce, la total seguridad de los procesados en que su plan no iba a fallar, lo cual lejos está de desvirtuar que su intención fue la de obtener un provecho ilícito y que, para asegurar ese cometido, también debían retener, mientras que el falso operativo se ejecutaba, a las personas de la bodega, propósito que asumieron voluntariamente y que confirma la tipicidad subjetiva del delito de secuestro simple sancionado en el artículo 168 del C.P.

[...]

De esta manera, para la Sala no surge ninguna duda para concluir que en este caso concurrió la tipicidad subjetiva del ilícito de secuestro, esto es, el propósito de afectar el bien jurídico protegido de la libertad personal de las personas que se encontraban en la bodega y de las que sucesivamente fueron arribando al lugar mientras se llevó a cabo el falso procedimiento oficial.

**SECUESTRO SIMPLE** - Fines / **SECUESTRO SIMPLE** - Se configura

En punto de la tipicidad objetiva de la conducta de secuestro simple sancionada en el artículo 168 del C.P., inicialmente se ha de destacar que, como lo señaló el ad quem, se actualiza la modalidad aludida porque el propósito de los sujetos activos (ingrediente subjetivo especial del tipo diferente al tipo subjetivo, analizado

previamente) no era el de obtener un provecho o cualquier utilidad o para que se hiciera u omitiera algo o con fines publicitarios o de carácter político, a cambio de la libertad de las víctimas, que caracteriza al secuestro extorsivo, sancionado en el artículo siguiente del estatuto sustantivo penal, sino, como se ha venido señalando, privarlos de su libertad para facilitar la consumación de otro delito. Es decir que la obtención del provecho ilícito no deriva directamente del plagio o privación de la libertad, por virtud de lo cual se encuentra satisfecho el elemento del tipo exigido en el artículo 168 “el que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente” actualice alguno de los verbos rectores a que refiere la norma (cfr. CSJ SP1594, nov. 2 de 2011, rad.46782).

**SECUESTRO SIMPLE** - Elementos: la violencia no hace parte de ellos / **DOBLE CONFORMIDAD** - Impugnación especial: principio de corrección material, se vulnera

[...], en relación con el argumento del defensor de OAP según quien no se configura la conducta porque no se usó ninguna forma de violencia en contra de las víctimas, utilizando armas, amenazándolas, utilizando un lenguaje agresivo o soez, drogándolas o atándolas, se ha de precisar, en primer lugar, que tal elemento -la violencia— no hace parte del tipo penal, conforme lo tiene sentado esta Sala.

**SECUESTRO SIMPLE** - Elementos: verbos rectores, retener

[...], lo verdaderamente esencial para que se actualice cualquiera de los verbos rectores de la conducta lesiva de la libertad individual (para este caso retener) es que el sujeto agente haya impedido la movilización de las víctimas, su libertad de locomoción, esto es, su deseo de permanecer voluntariamente en un lugar (CSJ, SP6354, may. 25 de 2015, rad. 44287), lo cual, como ya se exployó anteriormente, está plenamente acreditado en este asunto, a través de los medios probatorios referidos.

El verbo rector del artículo 168 del C.P. que se concretó con la conducta de los procesados fue el de retener, a tono con su definición prohijada por la Sala, que lo diferencia de los demás (CSJ SP may. 25 de 2015, rad. 44287):

“[L]os verbos rectores alternativos corresponden a arrebatar (quitar, apoderar, desposeer, arrancar), sustraer (raptar, despojar,

escamotear, tomar), retener (estancar, inmovilizar, detener, paralizar), u ocultar (esconder, tapar, enmascarar) a una persona”. (subraya fuera de texto).

Ninguna duda surge, en consecuencia, para afirmar la tipicidad subjetiva y objetiva de esta conducta punible.

**EXTORSIÓN** - Diferente a constreñimiento ilegal / **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL** - Tipo penal subsidiario / **EXTORSIÓN** - Tentativa

La Corte tiene dicho de antaño que el elemento diferenciador del delito de constreñimiento ilegal del punible de la extorsión radica en el elemento subjetivo adicional que este último contiene referido al propósito de obtener provecho ilícito (complementado a partir de la Ley 733 de 2002 con la fórmula “o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero”) que no tiene el primero [...]

Ello no significa, sin embargo, que ese elemento diferenciador de la extorsión, esto es, “con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero” deba presentarse o exteriorizarse de una forma particular, por ejemplo, a través de exigencias específicas de índole económico por parte del sujeto activo, que no fueron incluidas por el legislador en el diseño del tipo penal, como de forma equivocada lo entienden el a quo y los impugnantes. Lo realmente relevante para la estructuración de ese elemento es que aflore ese propósito a partir de la conducta desplegada, conforme se destacó en SP1750, may. 23 de 2018, rad. 49009:

[...]

Descendiendo al caso particular, se tiene que suficientemente apta para acreditar el ingrediente subjetivo del tipo de extorsión lo constituyó esa manifestación de los coautores en el sentido de que les cuadraran o arreglaran de algún modo o si no procedían a llevarse la mercancía. En el lenguaje coloquial indiscutiblemente se entiende esa expresión como una exigencia económica para evitar un acto a todas luces ilícito, esto último porque los intrusos no eran funcionarios investidos de facultades legales para llevar a cabo ese tipo de procedimientos, ni mucho menos para incautar las mercancías de la empresa importadora.

Ahora, para responder el reparo del representante de OAP, dígame que no es necesario, como también se expuso en relación con el delito de secuestro, que ese acto de constreñimiento estuviere acompañado de amenazas de muerte o de atentar contra la integridad de las personas. En este caso se puede decir que el acto de constreñimiento fue complejo, dado que no solo hizo parte del mismo la amenaza de despojo de las mercancías, sino que estuvo precedido de la simulación de un operativo legal para cuya realización los coautores portaban distintivos de la DIAN y de la Policía Nacional a lo que se aunó su forma autoritaria de proceder, lo que permitía racionalmente considerar que ese anuncio no carecía de entidad o idoneidad.

Por otro lado, que los constreñidos DPGG y AJG hubieran realizado una llamada en un momento de descuido o laxitud de quienes los custodiaban para confirmar la veracidad del operativo, no implica que la acción de los procesados no hubiera sido idónea, pues ese es un aspecto que más tiene que ver con la consumación de la conducta, en cuanto esos avisos de la víctimas permitieron la presencia policial que frustró el cometido económico de los asaltantes, de allí que correctamente se atribuyera esta conducta en grado de tentativa.

A esta altura, y por último, bien está reiterar, como igual lo hizo el tribunal, en la evidente contradicción en la que incurrió el juez de conocimiento para descartar la configuración de los delitos analizados, al afirmar, respecto del delito de secuestro, que no se edificaba por cuanto los coautores no tenían intención de secuestrar sino exclusivamente de obtener provecho ilícito, pero luego, y de forma inexplicable, hace lo propio con el tipo penal de extorsión asegurando que no se cumplía ese mismo ingrediente subjetivo, se repite, de la obtención de provecho ilícito, de suerte que debían responder por la tipología degradada de constreñimiento ilegal. Resulta reprochable, al mismo tiempo, que hubiera absuelto por el delito de simulación de cargo o investidura, prevista en el artículo 426 del C.P., que fue retirado de la acusación por el ente persecutor, y que, por tal razón, no fue objeto de debate en juicio.

**POSICIÓN DE GARANTE** - La que surge de la competencia institucional / **HOMICIDIO CULPOSO** - Demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias en que se puede constituir / **HOMICIDIO CULPOSO** - Deber objetivo de cuidado / **POSICIÓN DE GARANTE** - Deber de minimizar los riesgos en que se pueda incurrir

La Corte resolvió el recurso de casación presentado por la defensora de la procesada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 5º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa capital, a través de la cual fue condenada como autora del delito de homicidio culposo en concurso homogéneo.

La Sala no casó el Fallo, al concluir que la acusada, se encontraba en posición de garantía frente a 19 menores de edad que asistieron a un paseo organizado por ella como directora de un plantel educativo, en el que, como resultado de la desatención a los deberes que le eran exigibles, fallecieron dos de éstos.

Para el efecto, analizó ampliamente los elementos y características de la figura de la posición de garante, así como las características del delito de homicidio culposo.

**SP801-2022(54940) de 16/03/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. El 18 de noviembre de 2006, directivas y personal docente del Instituto [...] de Floridablanca (Santander), incluida su propietaria A.L.Q., se dirigieron a un balneario, como parte de las actividades lúdicas de culminación del año escolar, en compañía de 19 menores de edad, entre los que se encontraban 15 estudiantes de 4º y 5º grado de primaria y 4 hijos de sus empleadas. La única atracción del mencionado centro recreacional era un lago de 4.8 metros de profundidad.

2. Alrededor de las 10:30 de la mañana, 12 de los alumnos asistentes abordaron dos balsas

con el propósito de navegar, sin la compañía de algún adulto ni elementos de seguridad. Una embarcación fue ocupada por las niñas y otra por los varones.

3. Cerca de finalizar el recorrido, el menor A.F.S.M. de 11 años se lanzó al agua para remolcar aquella en la que se desplazaban sus compañeras. Sin embargo, desfalleció en su intento y, debido a la profundidad del lago y su incapacidad de flotar, se hundió. Al percatarse de la situación, el menor Y.A.C.P. de 10 años acudió en su rescate, pero no sabía nadar y falleció también.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**POSICIÓN DE GARANTE** - Concepto / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias en que se puede constituir / **POSICIÓN DE GARANTE** - Competencia derivada: de organización, de institución o injerencia / **POSICIÓN DE GARANTE** - Límites / **POSICIÓN DE GARANTE** - Competencia derivada: de organización, de institución o injerencia, debe admitir la modalidad culposa / **DELITO IMPRUDENTE** - Se configura: cuando el comportamiento supera el riesgo jurídicamente permitido con infracción del deber objetivo de cuidado

La Sala tiene establecido que ostenta posición de garante quien, por competencia organizacional, institucional o de injerencia, tiene el deber de cuidado respecto de un bien jurídico protegido (CSJ SP1291-2018). En el ordenamiento jurídico nacional la referida figura se encuentra contemplada en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, cuyo tenor literal dispone que la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión por parte de:

[...]

La atribución de responsabilidad por vía de la citada disposición normativa demanda que en el trámite se pruebe i) la posición de garantía del acusado derivada de un mandato legal o constitucional o su competencia por organización o injerencia; ii) la lesión de un bien jurídico tutelado que se encuentre a su cargo; iii) la capacidad de tomar las medidas requeridas para impedir su afectación; iv) la inejecución de dichas medidas, y v) la conciencia, por parte del agente, de los ingredientes normativos de la infracción,

su condición de garante y su capacidad de acción (CSJ SP5333-2018).

Complementario a lo anterior, en los eventos en que la responsabilidad provenga de la competencia por organización o injerencia, la conducta punible debe admitir, por mandato del legislador, la modalidad culposa.

Debe recordarse, además, que la dimensión de la obligación de actuar derivada de la calidad de garante no es irrestricta, por cuanto persiste hasta el límite de la probabilidad de conjurar el resultado lesivo, es decir, hasta donde el obligado esté en posibilidad física y real de evitarlo, como establece el artículo 2347 del Código Civil:

[...]

En síntesis, el delito imprudente sanciona la conducta que cause un resultado lesivo, para lo cual debe ser producida por la infracción al deber objetivo de cuidado. Recuérdese que el reproche recae sobre la forma en que se ejecuta la acción, no sobre la acción en sí misma, esto es “infringiendo las reglas de cuidado propias de la actividad realizada, valga decir, los reglamentos de tránsito, las reglas de la experiencia propias de cada profesión u oficio —lex artis— y, si no las hay, las pautas de comportamiento social del hombre promedio. O creando un riesgo jurídicamente desaprobado a partir de la ejecución imprudente de una acción normalmente trivial” (CSJ SP2771-2018).

**POSICIÓN DE GARANTE** - La que surge de la competencia institucional / **POSICIÓN DE GARANTE** - Demostración / **HOMICIDIO CULPOSO** - Demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias en que se puede constituir / **HOMICIDIO CULPOSO** - Deber objetivo de cuidado / **POSICIÓN DE GARANTE** - Deber de minimizar los riesgos en que se pueda incurrir / **POSICIÓN DE GARANTE** - Director de plantel educativo / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado

[...] la posición de garante en que se halla construido el cargo por homicidio culposo parte de la participación activa de la procesada en la planeación y desarrollo de la excursión escolar de los estudiantes de 4° y 5° de primaria del Instituto [...] el 18 de noviembre de 2006.

No hay duda, entonces, que en el presente asunto no se debate si A.L.Q. ocupaba el cargo de rectora

del Instituto [...] para el momento en que fallecieron los menores A.F.S.M. y Y.A.C.P., sino su participación en el evento extracurricular en el que tuvo lugar el deceso. Recuérdese que dentro del juicio se probó que dicho cargo era desempeñado por F.D.S.

Acreditado lo antedicho, el Tribunal centró la discusión, no en torno a la posición de garante que surge de la competencia institucional de la procesada, sino de las obligaciones que le eran exigibles a partir de las pautas de comportamiento social del hombre promedio.

Fue así que la segunda instancia dio crédito a la teoría del caso sostenida por la Fiscalía General de la Nación, según la cual, la acusada intervino en la organización de la salida de fin de año y asistió al evento, actuaciones con las cuales contrajo la posición de garantía frente a los infantes. Así se extrae de las pruebas testimoniales practicadas durante el juicio oral. [...]

Estos tres testimonios sirvieron al Tribunal para considerar “evidente (...) la intervención de A.L.Q. en la programación, planeación y notificación a los padres de familia acerca de la actividad recreativa que convocaba a los estudiantes de cuarto y quinto grado del Instituto [...]”.

A lo anterior, cabe agregar que lo manifestado por las madres de los alumnos evidencia el grado de confianza que generaba la acusada en la comunidad escolar y la tranquilidad que transmitía su presencia en el paseo, al punto que refieren que fue por este sólo hecho que autorizaron la participación de sus hijos y abandonaron la idea de acudir con ellos al balneario. Incluso, B.M.M., señaló que su hermana dejó al menor A.F.S.M. a cargo de L.Q. con indicaciones precisas de no incluirlo en ninguna actividad acuática.

Por lo demás, de lo declarado se advierte que los 15 escolares y los 4 menores hijos de algunos empleados estuvieron custodiados durante la actividad por 6 adultos, incluida la procesada, proporción que les imponía garantizar un mayor índice de respuesta para evitar o enfrentar cualquier adversidad.

Lo cierto, entonces, es que las revelaciones de los testigos permiten afirmar que A.L.Q. asumió desde esa reunión la posición de garantía que ahora pretende repudiar y, con su asistencia al evento, se ratificó en ésta.

Sumado a lo indicado, lo atestado por los estudiantes que participaron reafirma su responsabilidad y el descuido en que incurrió al deber objetivo de cuidado que ostentaba.

[...]

Entonces, a partir de lo expuesto por los ahora jóvenes C.J.M.P. e I.P.B.H., está dado concluir que, al llegar a [...], los adultos asistentes conocieron de primera mano que en el lugar la única atracción era un lago artificial sin ningún tipo de cercamiento que mantuviera al margen a los escolares. Además, pudieron percibir que en la orilla había varias balsas ancladas que, de inmediato, captaron la atención de los niños.

Sin embargo, en lugar de incrementar los cuidados, su desempeño fue tan descuidado que favoreció el ingreso de los menores a dos de las embarcaciones, según recordaron los deponentes, sin el acompañamiento de ninguno de los adultos asistentes, desprovistos de chalecos salvavidas y sin que el experto en rescates estuviera presente. Esta desidia y omisión al deber de cuidado asumido implicó un incentivo al uso de dichos elementos por parte de los escolares y acrecentó injustificadamente el riesgo.

Sobre este aspecto se debe insistir en que, tan pronto llegaron al establecimiento turístico, la curiosidad de los menores de 10 y 11 años se vio acaparada por la atracción acuática y la posibilidad de navegar en ésta. Este hecho debió alertar a todos los presentes, incluida a A.L.Q., a fin de que centraran su atención en evitar el acceso de los niños a este lugar.

Es por ello que se torna irrelevante que la casacionista se duela de que el Tribunal no apreció adecuadamente las pruebas que demuestran que L.Q. no autorizó que los niños subieran a las barcas. Pues lo cierto es que tuvo conocimiento de que embarcaron y de la ausencia de un tutor capacitado a bordo de las mismas, pese a lo cual, y a la previsibilidad del fatal desenlace, omitió el deber de cuidado que le era exigible.

Sumado a lo anterior, conforme lo narrado por los asistentes, ni L.Q. ni los otros 5 adultos que acompañaban a los 19 menores de edad notó que dos de éstos se apartaron del grupo hasta la hora del almuerzo. Sólo en este instante repararon en que A.F.S.M. y Y.A.C.P. habían desaparecido. Descuido que, no obstante los enormes esfuerzos de la defensa, es injustificable. Nada explica que

los presentes hayan inadvertido la ausencia de dos alumnos que estaban bajo su cuidado y custodia.

Y fue tal la desatención a la que los sometieron que no sabían dónde buscarlos. Sólo tiempo después contemplaron la posibilidad de que hubieran ingresado al lago. Ahora bien, la labor de búsqueda y rescate inició sólo cuando el salvavidas del lugar llegó —pues se encontraba disfrutando su día de descanso—, al parecer, porque ninguno de los presentes tenía las habilidades necesarias e incluso, según se estableció, A.L.Q. reconoció que no pudo hacer nada porque no sabía nadar.

Ante ese panorama, está acreditado que i) A.L.Q. asumió el deber de cuidado de los infantes, pues los padres de familia, ii) amparados en la trayectoria profesional de la procesada, consintieron que acudieran a la despedida del año escolar sin el acompañamiento de alguno de ellos. Pese a lo anterior, iii) la procesada omitió adoptar medidas eficaces de cuidado y vigilancia de los niños, iv) lo que facilitó que A.F.S.M. y Y.A.C.P. se apartaran del grupo y fallecieran ahogados, v) sin que los adultos presentes notaran su ausencia.

Por otra parte, el testigo M.H.H., quien en el 2006 ejercía funciones de salvavidas los domingos en el balneario [...], pormenorizó el rescate de las víctimas. Expuso que entre las 10:30 y las 11:00 a.m. del 18 de noviembre de 2006 fue requerido en [...] y al llegar le anunciaron que un menor se encontraba desaparecido, motivo por el que se lanzó al agua y, al no ubicarlo, empezó a buscarlo con una vara hasta que el cuerpo emergió. Sólo entonces, aseguró, le informaron que había otro menor perdido, logrando su ubicación y recuperación en el lago.

Adicionalmente, comentó que no supo qué fue lo que sucedió antes porque no estaba en el lugar de los hechos, pero aseguró que al hallar los cuerpos observó que carecían de chalecos de seguridad, aunque el balneario contaba con esos elementos de protección. Atestiguó que desconoce las circunstancias por las cuales las víctimas se encontraban desprovistas de éstos.

Entonces, es claro, además, que A.L.Q. aumentó el riesgo al acudir al balneario en compañía de 19 menores de edad i) pese a que la única atracción era un lago de 4,8 metros de profundidad, ii) mientras el rescatista contratado por el establecimiento de comercio estaba en su día de

descanso y iii) restando importancia a la debida provisión de chalecos salvavidas.

### **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL -**

Elementos / **PRETERINTENCION** - Estructura y requisitos / **HOMICIDIO**

**PRETERINTENCIONAL** - Remite a la normativa del homicidio simple y agravado / **HOMICIDIO**

**PRETERINTENCIONAL** - Le son aplicables los agravantes del homicidio simple / **PRUEBA**

**PERICIAL** - Dictamen: perito, prohibición de elevar juicios de responsabilidad o sobre elementos del tipo / **PRUEBA PERICIAL** -

Apreciación probatoria: corresponde al juez /

**LEGÍTIMA DEFENSA** - Putativa o subjetiva: no se configura

La Corte profirió fallo de casación al haberse admitido la demanda promovida por la defensa de A.F.M.C., contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que revocó la absolutoria que emitiera el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad.

En esta oportunidad, la Sala no casó y confirmó la sentencia del ad quem que condenó, por primera vez, a A.F.M.C., como autor del delito de homicidio preterintencional agravado, para lo cual analizó los elementos, características y estructura de dicho punible, para concluir que las circunstancias agravantes del tipo doloso, son aplicables al tipo preterintencional; así mismo, aclaró los límites de la prueba pericial, su apreciación probatoria y la figura de la legítima defensa putativa o subjetiva.

**SP899-2022(52000) de 16/03/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

El 31 de enero de 2015 a las 4:30 horas, en la carrera 70 con circular 5B, barrio Laureles de la ciudad de Medellín, se encontraba en un puesto de comidas rápidas A.F.M.C. en compañía de varias personas. Al sitio llegó el señor J.W.A.R., habitante de calle, a solicitar comida y dinero. El citado le expresó groseramente que se fuera del

lugar y ante la negativa de J.W.A.R., le propinó un puño en la cara que lo hizo caer al suelo ocasionándole la muerte como consecuencia de una hipertensión endocraneana por hemorragia subaracnoidea a causa de traumatismo craneoencefálico.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SENTENCIA** - Defectos en la motivación: Modalidades / **HOMICIDIO**

**PRETERINTENCIONAL** - Elementos

/ **PRETERINTENCION** - Estructura y requisitos

/ **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Remite

a la normativa del homicidio simple y agravado

/ **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Le son

aplicables los agravantes del homicidio simple

La falta de motivación de la sentencia como lo ha reiterado la Sala se presenta:

“a. Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión.

b. Cuando la motivación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación.

c. Cuando la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido y,

d. Cuando la motivación es aparente y sofisticada, de modo que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo...”

El demandante no precisó en cuál de estos vicios incurrió el Tribunal, ya que el yerro de motivación lo enmarca en una discusión sobre la interpretación del delito preterintencional en relación con las circunstancias de agravación del tipo culposos y doloso.

[...]

Ningún error de motivación advierte la Corte. La defensa conoció los argumentos del sentenciador para agravar el homicidio y tuvo la oportunidad de controvertirlos desde el momento en el que

fueron imputados fáctica y jurídicamente por la Fiscalía.

Ahora, para que no quede duda de que en el subexamine se configuraron las circunstancias específicas de agravación imputadas, la Corte establece que la Futilidad emerge diáfana de lo insignificante del móvil al segar la vida de una persona en evidente situación de pobreza absoluta que se acerca a solicitar comida o dinero a otra. Y la indefensión, se justifica en razón a que el Tribunal, después de analizar las particularidades de los hechos y cruzarlos con algunos rasgos de la personalidad del acusado (establecidos testimonialmente como más adelante se determinará), concluyó que la motivación de la agresión no fue la intolerancia por discriminación sino el carácter agresivo de MC.

[...]

Con el fin de garantizar la doble conformidad, la Corte también verifica que las circunstancias de agravación por las cuales se imputó, acusó y condenó están soportadas probatoriamente con los testimonios que en la oportunidad procesal adecuada rindieron GABA y DAM, derrumbando así la tesis de la defensa en el sentido de que no se configuraron las mismas. [...]

La Corte no advierte que se hubieran presentado errores de derecho por parte del Tribunal pues acertó en la consolidación de las agravantes debido a que el tipo de homicidio preterintencional para efectos de la punibilidad, remite a las normas que consagran el delito doloso en sus modalidades simple y agravada.

En contravía de la norma y de la interpretación que de la misma hizo el fallador, el censor considera que como el delito preterintencional tiene un contenido culposo, los agravantes no pueden ser las del tipo doloso.

Al respecto precisa la Sala que en el tipo preterintencional el sujeto activo dirige su voluntad hacia la obtención de un resultado querido, pero se produce uno más grave que se reprocha a título de culpa porque tenía la capacidad de preverlo. Es una mixtura entre el dolo y la culpa y así lo establece el artículo 24 del Código Penal al indicar que “La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

Como se observa, el delito en cuestión también es de naturaleza intencional, de allí que los

elementos que lo integran son los mismos del tipo base doloso, tales como acción, nexo de causalidad, bien jurídico, dolo inicial y elementos subjetivos. Estos se conjugan con los del delito imprudente pero después de desarrollada la acción intencional, es decir, sólo en el resultado final, se advierte la violación al deber objetivo de cuidado, su relación con el resultado excedido y la del agente de representárselo.

[...]

Lo anterior, permite concluir que las circunstancias agravantes del tipo doloso, son aplicables al tipo preterintencional, pues aquellas comportan elementos del primer tipo que el agente realiza con conocimiento y voluntad para la obtención de un resultado querido.

En el presente asunto, emerge claro el acierto del Tribunal al imponer al acusado circunstancias agravantes del homicidio doloso, ya que, aunque la conducta no fue cometida con la intención de acabar con la vida de la víctima, sí se ejecutó con la finalidad de agravar su integridad personal, momento para el cual, concurrían las particularidades intensificadoras de la pena, plenamente conocidas por el procesado.

Establecido que el delito preterintencional implica que el agente realiza una acción de carácter doloso y que el resultado excede lo previsto, se descarta vulneración alguna a las normas alegadas por el defensor, por cuanto las causales de agravación contenidas en el artículo 104 del Código Penal aplican jurídicamente al homicidio preterintencional.

Por lo demás, le asiste razón al Fiscal Delegado ante esta Corporación, quien señaló que la propia referencia normativa remite a los artículos que regulan el homicidio simple y el agravado.

Una estricta interpretación gramatical de la norma, advierte que el artículo 105 del Código Penal, establece:

[...] Lo que obligatoriamente remite a los artículos 103 y 104 del estatuto sustantivo (antes de las adiciones del 104.A.B). Adviértase, además, que las causales de agravación del homicidio culposo se ubican en el artículo 110, siendo posteriores. Concluyendo que el legislador no dejó margen de duda al respecto y partió de suponer que en el homicidio preterintencional el agente inicia su recorrido criminal con una acción de carácter doloso, es decir, con conocimiento y voluntad, y es precisamente esa la razón para que en el

homicidio preterintencional concurren circunstancias de agravación.

**PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: perito, prohibición de elevar juicios de responsabilidad o sobre elementos del tipo / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria: corresponde al juez / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: necropsia, apreciación probatoria

Con base en la conclusión de la prueba pericial, el Tribunal a su turno dedujo que el trauma craneoencefálico fue producto del golpe que el acusado le propinó a JWA.

Ningún error en la anterior conclusión demuestra el demandante. Más allá de indicar que el peritaje es confuso, el recurrente no precisa porqué el experto se equivocó al atribuir el deceso a un trauma craneal, como tampoco el motivo por el que el Tribunal erró al atribuir esa lesión física a la conducta del procesado.

Se intenta fallidamente restar mérito a la prueba científica bajo el argumento de que no proporcionó información sobre las circunstancias en las que “se presentaron los hechos y como se causaron los golpes”.

En este punto, olvidó el recurrente que el perito no es testigo de los hechos, sino un experto en una materia específica que analiza evidencias y con base en sus conocimientos especiales, responde los interrogantes que se le formulen sobre determinado suceso.

La prueba pericial se practicó con la finalidad de que el médico forense estableciera la causa de la muerte y su mecanismo, no con el objeto de reconstruir el hecho o soportar una hipótesis de legítima defensa, mucho menos para determinar si el resultado le era o no imputable a MC, pues este es un juicio jurídico que le corresponde exclusivamente al juez.

En ese orden, son desatinados los argumentos del recurrente cuando descalifica la prueba pericial, sobre todo al exhibir una serie de eventualidades basadas en la especulación con la finalidad de que la causa de muerte se atribuya a otro tipo de posibilidades derivadas de un probable padecimiento cerebral preexistente en la víctima del que solo da cuenta la defensa a partir de su propia opinión.

Como se observa, no se trata de demostrar un error del Tribunal en la apreciación de la prueba pericial, sino en generar un debate sobre el poder

demostrativo de la misma, fundado en una simple crítica.

En audiencia de juicio oral del 30 de junio de 2016, declaró el Dr. AJAC, médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal que para la fecha de la declaración laboraba como “perito forense de la unidad clínica” (reg. 13:02 CD.2 grabación 9). Expuso que realizó la necropsia de un cuerpo cuyo nombre correspondía a “JWAR”, a quien le encontró en examen exterior una escoriación frontal de aproximadamente cero punto cinco (0.5) centímetros. El examen interno arrojó como hallazgos, entre otras: (i) un hematoma subgaleal de predominio occipital (colección de sangre entre el cuero cabelludo y la tabla ósea del cráneo), una hemorragia subaracnoidea (debajo de la aracnoides -capas de revestimiento del cerebro-) extensa en los lóbulos parietales frontales, (iii) una hemorragia cerebelosa.

Continuó informando que encontró un “edema cerebral” (acumulación de líquido en el espacio intercelular del cerebro), que puede ser producido por un “trauma contundente”. Expuso que examinado el cerebro no le encontró patologías diferentes a las “hemorrágicas traumáticas”, lo que significaba que había “macroscópicamente presanidad en el cerebro”. No encontró ningún tipo de lesiones antiguas a las traumáticas.

Frente a la causa de la muerte expuso: “traumatismo craneoencefálico” como consecuencia de una “hipertensión endocraneana” producida por “una hemorragia subaracnoidea extensa”, manera de muerte “violenta” (reg. 58:45 CD.2 grabación 9).

El dictamen ofrecido por la Fiscalía es claro y según el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, ese traumatismo en el cráneo obedeció al golpe que le propinara MÁC a la víctima. Conclusión que resulta respaldada con las declaraciones ya vistas de los testigos GABA y DAM, y además, con la propia versión del procesado, quien reconoce que le causó el golpe para defenderse (como más adelante se advertirá).

**LEGÍTIMA DEFENSA** - Putativa o subjetiva: no se configura / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: contradicciones / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: evento en que hay ánimo protector con el procesado



El último reparo se postula como un falso juicio de existencia. El presunto yerro recae sobre la falta de apreciación en una circunstancia de los hechos referente a que la víctima llevaba consigo un costal, y para la defensa, ese hecho reforzaría la exculpación del acusado acerca de que el golpe que MC le propinó a JWA fue para evitar una posible agresión de su parte cuando hizo el ademán de sacar un objeto del costal para atacarlo.

Sin embargo, el vicio de estimación probatoria debió hacerse recaer sobre los testimonios que daban cuenta de la particularidad relacionada con el costal, porque contrario a lo sostenido por el defensor, el Tribunal sí estudió esa circunstancia y valoró los testimonios que soportaron la legítima defensa putativa, pero les restó mérito demostrativo al no ser corroborados con los demás medios de convicción y por hallar importantes contradicciones entre ambas versiones, incurriendo el censor en una vulneración al principio de corrección material, propio de todo recurso, y que lo obliga a ajustar sus proposiciones a la estricta verdad frente a la decisión que pretende atacar.

Obsérvese que las personas que dieron cuenta de la supuesta e inminente agresión de la víctima, fueron el propio procesado y su amigo de toda la vida JEMP. En contraposición con su narración, ninguno de los testigos directos del hecho narró esa particularidad (GABA y DAM), pues fueron coincidentes en que la acción violenta provino de MC por la simple solicitud que le hiciera el habitante de calle, a lo que éste reaccionó violentamente diciéndole que se largara para luego propinarle un fuerte golpe en la cara, que lo tumbó inmediatamente.

[...]

Como se observa el fallador de segundo grado sí apreció la prueba que informaba sobre el costal y su relación con el hecho, por manera que no se configura el falso juicio de existencia (por omisión) demandado en casación.

Se advierte que la defensa se muestra inconforme con que se hubieran demeritado estos dos testimonios, ya que éstos fueron el sustento probatorio de la exculpante de la legítima defensa putativa reconocida en primera instancia. Sin embargo, más allá de su punto de vista, el recurrente no acredita algún error de hecho en su valoración, ni tampoco logra derruir el mérito asignado a los testimonios que descartan las

circunstancias narradas por el procesado y su amigo.

Empero, como se indicó al inicio, para garantizar el derecho de doble conformidad del recurrente, se profundizará en las declaraciones del procesado AFMC y de su amigo JEMP, para resolver las inquietudes del censor respecto de la valoración probatoria que impidió reconocer la exculpante demandada.

Renunciando a su derecho de guardar silencio consagrado en los artículos 33 de la Constitución Política, y 8.a.b. de la Ley 906 de 2004, AFMC declaró en sesión de juicio oral del día 22 de febrero de 2017 [...]

Del extenso relato ofrecido por el procesado se extraen varias situaciones importantes para valorar su dicho y el de su amigo JEMP, con base en las previsiones del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, especialmente lo referente a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibieron, el comportamiento del testigo en interrogatorio y contrainterrogatorio, la forma de su respuesta y su personalidad.

El procesado habló de un habitante de calle que supuestamente llegó donde estaba comiendo y que "...estaba acompañado al mismo tiempo de dos habitantes de calle que estaban reciclando a esas horas por el sector...", y que esos dos habitantes de calle, después de que se causó el golpe al primer habitante de calle "...uno despicó una botella de vidrio y otro nos ofrecía macheta, que mirá, que hijueputas como le dieron al parcerero, que malparidos me decían a mi y a mi amigo J porque él estaba a las espadas mías a todo momento, nosotros somos los que mandamos por la 70, que nosotros te vamos a enseñar a respetar mirá como le diste al parcerero te vamos a dar duro hijueputa te vamos a linchar...".

El testimonio del procesado discrepa de los relatos que dentro del proceso expusieron los testigos GABA y DAM en relación con la violencia desplegada por la víctima. Estos manifestaron que no fue así, y frente al número de habitantes de calle en la escena de los acontecimientos, tanto ellos, como la señora MEMC (a quien la defensa solicita otorgarle credibilidad), refieren que el habitante de calle estaba sólo. También refirieron que el agresor nunca trató de ayudar al habitante de calle.

Debe destacar la Sala que, siguiendo las reglas de la experiencia, tampoco se avizora creíble la

versión del procesado cuanto se calificó de temeroso, agredido y “atracado”, por un habitante de calle que en su dicho “...suelta la botella de Coca Cola de vidrio en el piso...”, para reaccionar pegándole un puño cuando teme por su vida y, no obstante, después de esa situación, los otros dos habitantes de calle se le acercan con un pico de botella y un machete (del cual quiso manifestar posteriormente que no le sacaron machete sino que decían que le iban a dar machete), y en un acto de humildad, sensatez y sumisión “...me agaché, me quedé a toda hora al lado del habitante de calle, alcancé a revisarle los signos vitales y a moverlo suavemente, el pulso en el cuello, la respiración por sus vías aéreas nasales, vi que tenía respiración que tenía pulso”.

Ese episodio analizado bajo las reglas de la sana crítica, restan total credibilidad a la versión del procesado, dado que no es acorde con las máximas de la experiencia. Si tenía tanto miedo por su vida con un habitante de calle que sólo trató de sacar algo de su costal, y reaccionó pegándole un puño, ¿cómo no reaccionar de la misma manera o aún más sigiloso frente a dos atacantes compañeros del occiso?

Tampoco para la Corte es verosímil el testimonio rendido por el señor JEMP, quien en el mismo juicio verificó que una fue la versión rendida ante los investigadores y una distinta en juicio oral del día 24 de noviembre de 2016, donde manifestó que estaba con su amigo AFMC en el parque Lleras en un sitio conocido como la [...], salieron tipo cuatro de la mañana a buscar comida, llegamos a “la 70” y (reg. 08:00) “...mientras estábamos organizando lo de la comida, se acerca un habitante a pedirle a A monedas [...] A en 3 ocasiones le dijo que no que en otra oportunidad, a la tercera ocasión el indigente se regó, empezó a insultarlo, que estos ricos hijueputas que los iba a enseñar a respetar y tenía un costal encima el cual descargó como buscando sacar algo de ahí, ahí fue cuando A lo golpeó, le pegó un puño y ahí cayó el indigente [...] cuando el indigente cayó nos quedamos esperando ahí, Andrés miró, el indigente vomitó, Andrés se acercó y lo tocó por la parte de atrás y me dijo está bien, está vivo. De un momento a otro empezó a llegar gente, en esas llegó otro habitante de calle, despicó una botella que sacó del mismo costal de ese indigente y en esas ya estaba la Policía ahí [...] En esas llegó un señor que venía del estadio camino hacia la UPB, de camisa roja insultando a A que era un aprovechado [...] el indigente le dijo a A antes de soltar el costal que lo iba a picar que lo iba a

enseñar a respetar que era un rico hijueputa y descargó el costal, en el momento que descargó el costal como para sacar algo, A se acercó y le metió un puño”.

Hasta este punto la historia concuerda con la del procesado. Sin embargo, obsérvese como al minuto 26:00 de la grabación el defensor pregunta si aparte de esa historia ha contado alguna versión en algún otro lado, respondiendo el testigo que “si [...] a me citaron en el búnker de la fiscalía, al mes me citaron y estuve allá en el bunker dije lo que estoy diciendo hoy, igual”.

En el contrainterrogatorio dirigido por el fiscal delegado, el testigo manifestó que fue el otro habitante de calle, no la víctima, quien sacó el pico de botella e impugnó la credibilidad con la entrevista rendida el día 17 de marzo de 2015, y al leer el documento mencionó que “...el habitante de calle insistía en pedir una moneda como en 3 oportunidades, A le decía caballero en otra oportunidad te colaboro [...] el habitante empezó a decir un montón de cosas, que lo iba a picar, estos ricos miserables, entonces [...] él le dijo eso, A le dijo “abréte gonorrea” [...] el habitante de calle se le abalanzó con una botella despicada, entonces A le pegó un puño en el cachete derecho, es decir, en la cara y el señor cayó al piso inmediatamente” (rec. 01:17:53).

Se advierte que en principio del proceso la estrategia defensiva estuvo encaminada a demostrar una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa, no otra idea puede darse a la manifestación del amigo de AFMC cuando refiere que el habitante de calle se abalanzó con una botella despicada sobre su agresor, para tiempo después, una vez practicados los testimonios de la fiscalía y percatarse de que ninguno de los testigos manifestara que la víctima exhibió algún artefacto cortante, cambiar la versión y tratar de demostrar una legítima defensa putativa (también eximente de responsabilidad pero bajo el error de prohibición).

Ese ánimo de querer favorecer al procesado permite restarle credibilidad a la declaración de JEMP, haciendo mucho más verosímiles las narraciones que frente a las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la muerte relataron los señores GABA y DAM. Lo anterior, por cuanto los últimos narraron que el habitante de calle arribó al sitio de los hechos con un costal, razón por la cual esa circunstancia no fue desconocida

probatoriamente, y en lo que difieren, la supuesta agresión de la víctima, no resultan sospechosos.

En tal medida, ninguna incorrección advierte la Corte con la decisión de revocar el fallo absolutorio, toda vez que el sustento fáctico del supuesto error de prohibición fue totalmente desvirtuado, ya que el susodicho ataque por parte de la víctima no se presentó. Esta fue una hipótesis a la que acudió el procesado para desligarse del compromiso que le asiste por haberse comportado de forma tan reprochable, conducta que le fue acertadamente recriminada como un homicidio preterintencional.

Igual consideración debe hacerse frente al reparo realizado a la falta de valoración del dictamen psicológico de la víctima, el cual tampoco está llamado a prosperar, no solo porque sí fue analizado por el sentenciador, pero con un alcance distinto al pretendido por el demandante, sino porque las conclusiones del psicólogo ninguna incidencia tienen para restar poder demostrativo a aquellos testigos que afirmaron que la víctima nunca fue violenta, ni asumió una actitud provocadora cuando solicitó caridad a MC.

---

**EXTRADICIÓN** - Recurso de reposición: su interposición, no suspende el trámite de extradición / **EXTRADICIÓN** - Pruebas: contra el auto que las decreta, no procede ningún recurso / **EXTRADICIÓN** - Non bis in idem: procedencia, exclusivamente frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Prohibición de conceder la extradición y adoptar medidas de aseguramiento con ese fin (Acto Legislativo 01 de 2017): aplica a integrantes de las FARC que cometieron delitos durante el conflicto armado interno o con ocasión a éste, con anterioridad a la firma del Acuerdo Final para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no genera impedimento en caso de que el requerido desee declarar en el marco del SIJVRNR, ante tal situación pueden valerse uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: caso en que la corte considera la actitud renuente que en el pasado ha asumido el requerido frente a las víctimas y el sistema de justicia nacional / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no implica la renuncia al procesamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio Nacional / **EXTRADICIÓN** - Concepto mixto

La Sala rindió concepto mixto en relación con el pedido de extradición de **D.A.U.D.**, ciudadano colombiano requerido por el Gobierno de los Estados Unidos de América, con algunos condicionamientos, entre los que se destacan: (1) Que, una vez el reclamado sea sobreseído, absuelto, declarado no culpable o eventos

similares; incluso, después de su liberación por haber cumplido la pena que le fuere impuesta, el gobierno de los Estados Unidos de América lo deporte a Colombia, con la finalidad de que asuma la responsabilidad por los delitos acá cometidos, sin necesidad de una solicitud de extradición elevada por el gobierno colombiano para tal fin; (2) Que, el Gobierno Nacional exija al Gobierno de los Estados Unidos de América que facilite a las autoridades colombianas, cada vez que sea necesario, tener contacto con D.A.U.D., a fin de garantizar a las víctimas sus derechos, a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC); (3) Que, el Gobierno Nacional cuenta con la posibilidad de diferir la entrega, de acuerdo con la facultad discrecional prevista en el artículo 504 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que el reclamado registra múltiples actuaciones jurídico penales activas e inactivas. De acceder a la entrega, deberá comunicar la decisión a los funcionarios que conocen de esos asuntos, para los fines a que haya lugar.

**CP049-2022(60687) de 06/04/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor**

#### **ANTECEDENTES PROCESALES**

1. Mediante Notas Verbales No. 1078 y No. 1083 de 30 de junio de 2015, así como No. 1827 de 25 de septiembre 2015, el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó solicitud de detención preventiva con fines de extradición de

**D.A.U.D.**, quien es requerido para comparecer a juicio por delitos de tráfico de narcóticos, concierto para delinquir con fines de narcotráfico, concierto para cometer homicidio y porte ilegal de armas.

2. En virtud de lo anterior, el Fiscal General de la Nación dispuso la captura con fines de extradición de **D.A.U.D.**, mediante las resoluciones del 10 de julio y 23 de octubre de 2015.

3. Mediante Nota Verbal N° 1412 del 29 de julio de 2021, el Gobierno de los Estados Unidos de América retiró la Nota Diplomática N° 1078 del 30 de junio de 2015, por «razones procesales». Así, el Fiscal General de la Nación canceló solo la orden de captura con fines de extradición proferida el 10 de julio de 2015, en contra **D.A.U.D.**, mediante resolución del 25 de octubre de 2021. De ese modo, quedaron vigentes las órdenes de captura con fundamento en las Notas Verbales No. 1083 del 30 de junio de 2015 y No. 1827 del 25 de septiembre de 2015.

4. La captura de **D.A.U.D.** se hizo efectiva el 23 de octubre de 2021, por miembros de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL de la Policía Nacional.

5. Por medio de la Nota Verbal N° 2245 de 23 de noviembre de 2021, la representación Diplomática de los Estados Unidos de América formalizó la solicitud de extradición de **D.A.U.D.**. En ella, incluyó, además, la Acusación Sustitutiva en el Caso Numero S3 04 Cr. 962 (LAP) (también referido como Caso 1:04-Cr-00962-LAP), dictada el 16 de junio de 2009, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York.

6. El país requirente lo acusa de concertarse con otras personas para coordinar el tráfico de drogas de Venezuela hacia Centroamérica, con destino final a los Estados Unidos de América.

7. Para efectos de la *formalización* de los tres pedidos de extradición, el país requirente aportó los requeridos documentos autenticados y con la correspondiente traducción al español.

8. La Cancillería remitió el trámite de extradición a la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, en oficio DIAJI N° 3485 del 23 de noviembre de 2021, donde señaló que las Convenciones de Viena y Nueva York -tratados vigentes para las partes- regulan el presente

asunto. Entonces, según los artículos 491 y 496 de la Ley 906 de 2004, los aspectos no previstos por los aludidos pactos internacionales, se regirá por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano.

9. El Ministerio de Justicia y del Derecho consideró completo el expediente y lo remitió a la Corte Suprema de Justicia, a través de oficio MJD OFI21-0043428-GEX-1100 del 24 de noviembre de 2021; y transcribió el concepto emitido por su homólogo de Relaciones Exteriores.

10. Reconocida la personería para actuar al abogado de confianza de **D.A.U.D.**, se ordenó correr el traslado común de que trata el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, para la solicitud de pruebas.

11. En el lapso previsto, el delegado del Ministerio Público y el representante del requerido solicitaron la práctica de diferentes medios de convicción; solicitudes probatorias que fueron resueltas mediante auto CSJ AP127-2022, de 26 de enero de 2022, decisión que, impugnada a través del recurso de reposición, fue confirmada en proveído CSJ AP579-2022, de 23 de febrero de 2022. En esa misma decisión, se decretaron pruebas de oficio.

12. Posteriormente, el apoderado del requerido efectuó varias solicitudes, entre ellas, la nulidad de la actuación y la suspensión y remisión del trámite a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), las cuales fueron desestimadas por la Sala, en providencia AP928-2022, de 9 de marzo de 2022.

13. Luego, mediante auto de 15 de marzo de 2022, se corrió traslado para alegar de conclusión, el cual fue notificado el día siguiente. En esa misma fecha, el apoderado del requerido solicitó el decreto de una prueba oficiosa, a la cual se accedió mediante Auto del día siguiente, sin que ello implicara la suspensión del trámite.

14. El 16 de marzo de 2022 el defensor del implicado interpuso recurso de reposición contra el auto que dispuso el cierre del debate probatorio y su consecuente traslado para alegar de conclusión, Y, en memorial diferente, pero de la misma calenda, pidió el decreto de otra prueba. Ambas solicitudes fueron rechazadas de plano, en Autos separados de fecha 17 de marzo de 2022.

15. El 18 de marzo de 2022 el abogado del requerido postuló la ampliación del plazo que «*considerare pertinente*» para alegar de conclusión, dada la trascendencia del asunto y la complejidad del mismo. En respuesta, se accedió a ello, en auto de 22 de marzo de 2022. Así, se concedió un término adicional de dos (2) días.

16. El 23 de marzo de 2022 -en pleno traslado para alegar de conclusión- el apoderado del solicitado recusó al Magistrado sustanciador. La recusación fue declarada infundada por el resto de Magistrados integrantes de la Sala mediante providencia CSJ AP1229-2022, del 28 de marzo siguiente.

17. El 29 de marzo de 2022 las diligencias retornaron al despacho del Magistrado sustanciador, para continuar con el trámite del asunto.

18. Finalmente, la Subsala Especial B de Conocimiento y Decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP comunicó a la Corte la Resolución No. 1008 del 25 de marzo de 2022, en la que dispuso rechazar la solicitud de sometimiento presentada por el señor D.A.U.D., y exhortar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, considere que, en caso de conceptuarse favorablemente la solicitud de extradición, pueda disponerse en la modalidad condicionada a i) que la entrega se haga una vez el señor U.D. haya cumplido con los requerimientos del SIVJNR para concretar el derecho de las víctimas a la verdad y ii) a que, una vez se cumpla la pena correspondiente en Estados Unidos de América, ese gobierno deporta al mencionado a Colombia, con la finalidad de que asuma la responsabilidad por los delitos acá cometidos, sin necesidad de una solicitud de extradición elevada por el gobierno colombiano para tal fin.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**EXTRADICIÓN** - Nulidad: debido proceso / **EXTRADICIÓN** - Recurso de reposición: su interposición, no suspende el trámite de extradición / **EXTRADICIÓN** - Pruebas: contra el auto que las decreta, no procede ningún recurso / **EXTRADICIÓN** - Principio de celeridad / **EXTRADICIÓN** - Principio de preclusividad / **EXTRADICIÓN** - Non bis in idem: procedencia, exclusivamente frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras

dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano

[...]

El abogado insiste en que en el presente asunto se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de su representado, porque se inició la práctica de pruebas, pese a que el auto que resolvió las solicitudes probatorias no se encontraba ejecutoriado. Dijo que, por esa razón, presentó una solicitud de nulidad, la cual no fue resuelta de fondo por la Sala.

Pues bien, en efecto, el defensor presentó igual solicitud en curso del trámite, la cual fue rechazada de plano por la Sala mediante auto CSJ AP928-2022, del 9 de marzo de 2022, dada su abierta improcedencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, [...]

De otro lado, el abogado insiste en que la Sala vulneró las garantías procesales del requerido al ordenar incorporar y tener como prueba el oficio N° 20211700083791 del 29 de noviembre de 2021, pese a que dicho documento no fue solicitado por el despacho ni por los sujetos procesales; petición que fue presentada en similares términos por el profesional del derecho en anterior oportunidad, y que fue rechazada de plano por la Sala en la decisión ya referida.

[...]

Como se ve, ambas solicitudes de nulidad fueron abordadas y resueltas suficientemente por la Corte, sin que ahora, en procura de sustentar las mismas solicitudes, el abogado hubiese formulado una verdadera crítica, simplemente insiste en sus argumentos con la pretensión de imponer su particular tesis porque le parece que es la más adecuada y hacerla prevalecer sobre las deducciones fácticas, probatorias y jurídicas de la Corte, lo que resulta a todas luces inadmisibles.

[...]

Así, en el auto que resolvió las solicitudes probatorias (CSJ AP127-2022), las pruebas que ahora refiere el abogado identificadas con los numerales (24), (25) y (26) fueron negadas, [...]

Contra la anterior decisión, el abogado interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto negativamente en proveído CSJ AP579-2022, [...]

[...]

Ante ello, solo basta señalar que la constatación de la garantía del non bis in ídem se predica, exclusivamente, frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, de modo que la información que pueda suministrar la Comisión de la Verdad, la Unidad de Personas Desaparecidas, la Fiscalía General de la Nación -Dirección Nacional contra el Crimen Organizado y la Dirección de Justicia Transicional-, y el Centro de Memoria Histórica sobre la conformación de los grupos organizados al margen de la ley en el territorio patrio, resulta inconducente para tales fines.

El defensor señala que el 17 de marzo de 2022 se negó unas solicitudes probatorias que él presentó, pese a que el día anterior -16 de marzo-, cuando ya se había dispuesto el cierre del debate probatorio -15 de marzo-, se ordenó la práctica de una prueba de oficio [...]

Lo anterior no se constituye per se en una irregularidad dado que el término para alegar inició el 16 de marzo, mismo día en el que se recibió el oficio N° 687 suscrito por la secretaria del Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo mediante el cual se dio respuesta a lo solicitado, el cual fue enviado al defensor del requerido y al delegado de la Procuraduría mediante oficios N° 7506 y 7507 de la misma fecha, respectivamente, por lo que se garantizó el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales; sumado a que la Sala, mediante auto del 22 de marzo de 2022, amplió en dos días el término para que los sujetos procesales presentaran los alegatos de conclusión.

Dice el defensor que la Sala rechazó el recurso de reposición que interpuso contra la orden de decretar el cierre del debate probatorio, pese a que contra dicha determinación procedía el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 176 de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, el artículo citado dispone que “Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia”. Por su parte, el artículo 161 de la Ley 906 de 2004 establece que las providencias judiciales son, las sentencias -si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión-; los autos -si resuelven algún incidente o aspecto sustancial- y las órdenes -si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece

para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro-.

Dicho esto, el cierre del debate probatorio es una orden de mero trámite o impulso procesal que tiene por objeto continuar con el curso de la actuación, que se emite a través de un auto de sustanciación, de cumplimiento inmediato y en contra del cual no procede recurso alguno.

De otro lado, el defensor refiere que el Juzgado Cuarto Penal Especializado de Villavicencio remitió la sentencia condenatoria emitida en contra de U.D., pese a que la orden fue dirigida al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad, hecho del todo intrascendente pues, con independencia de la autoridad que hubiese cumplido la orden -el juzgado de conocimiento o el juzgado de ejecución de penas-, es lo cierto que la prueba solicitada fue incorporada de manera oportuna y controvertida por los sujetos procesales, por lo que no se violó ninguna garantía del requerido.

En consecuencia, la sala rechaza de plano la solicitud de nulidad presentada por el defensor del requerido, por las razones expuestas.

**EXTRADICIÓN** - Causales de improcedencia: deber de verificarlas previo al análisis formal del pedido de extradición / **EXTRADICIÓN** - Los delitos endilgados no son de naturaleza política / **EXTRADICIÓN** - Acto Legislativo de 1997: fecha de comisión de los hechos / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, concierto para delinquir / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Dicho esto, el artículo 35 de la Carta Política establece que la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y en su defecto con la ley, por delitos considerados como tales dentro de la legislación penal interna, que no ostenten el carácter de políticos y hayan sido cometidos en el exterior desde el 17 de diciembre de 1997.

En este caso, las conductas por las cuales D.A.U.D. es solicitado son de naturaleza común, mas no de carácter político. Ello, impide que se configure la prohibición constitucional referida.

Según las acusaciones foráneas y la nota verbal de formalización de los pedidos, el implicado

ejecutó las conductas endilgadas con posterioridad al 17 de diciembre de 1997, cuando fue emitido el Acto Legislativo 01 de 1997.

El lugar de comisión de los ilícitos de Concierto para delinquir con fines de narcotráfico y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tampoco se erige en causal de improcedencia.

Lo anterior, dado que del estudio de la Acusación Sustitutiva en el Caso No. 15-CR-20403-DIMITROULEAS(s), de la cuarta Acusación de Reemplazo en el Caso No. 14-cr-00625(DLI)(VMS) y de la Acusación de Reemplazo en el Caso No. 1:04-cr-00962-LAP, así como de las declaraciones de apoyo, especialmente, las realizadas por los Agentes Especiales de la Administración para el Control de Drogas (DEA), se advierte que las conductas mencionadas tuvieron como fin concertarse para enviar estupefacientes, desde Colombia, a los Estados Unidos de América.

Con ello se cumple el principio de territorialidad de la ley penal, respecto del cual indicó la Sala en CSJ CP137 - 2015 (reiterado en CSJ CP089 - 2018 y CSJ CP163 - 2017 entre otros), [...].

**EXTRADICIÓN** - Lugar de comisión del delito: teoría de la ubicuidad / **EXTRADICIÓN** - Principio de territorialidad / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: concepto desfavorable, aún si concursa con delitos transnacionales o ejecutados parcialmente en el extranjero / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: titular de la acción penal

[...] no se evidencia que los hechos fundantes de la extradición hubieren sido cometidos en el exterior, a pesar de que el Estado petente afirme en la acusación que se consumaron dentro de la jurisdicción extraterritorial de los Estados Unidos de América. Pues, tales comportamientos, de evidenciarse su materialización, acaecieron exclusivamente en el territorio colombiano y no en el extranjero (CSJ CP186-2021, 24 nov. 2021, rad. 54036), según se desprende de la declaración rendida por J.R., Agente Especial de la Administración para el Control de Drogas (DEA).

Además, acerca de los mismos hechos e indictment, pero en relación con los requeridos Y.A.G.A. y C.D.A.M., la Corte tuvo la oportunidad de referirse en sendos conceptos.

[...]

Así, se concluye que los hechos atribuidos a D.A.U.D. en la violación Cuarenta y Cinco del Cargo Uno y en el Cargo Tres de la cuarta Acusación de Reemplazo en el Caso No. 14-cr-00625(DLI) (VMS), ocurrieron en territorio colombiano, especialmente donde el requerido, al parecer, por su rol al interior de la organización criminal de la que es acusado de pertenecer, ejercía control: Llanos Orientales, Necoclí, Turbo, Cartagena y Apartadó (CSJ CP186-2021, 24 nov. 2021, rad. 54036).

En consecuencia, frente a los mismos se hace improcedente la extradición solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Por ende, el concepto de la Corte en ese aspecto habrá de ser DESFAVORABLE.

Sin embargo, la improcedencia de la extradición por el motivo indicado y en relación con los específicos punibles referidos, no significa que esas conductas ilícitas queden impunes, toda vez que el Estado colombiano debe adelantar la actuación judicial pertinente, en cumplimiento del artículo 14 del Código Penal, el cual indica que las disposiciones jurídicas del derecho penal patrio se aplican a todas las personas que las infrinjan dentro del territorio nacional.

Por consiguiente, la Fiscalía General de la Nación, si no lo ha hecho, deberá iniciar la investigación de dichos ilícitos indicados en la precitada acusación foránea.

**ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Prohibición de conceder la extradición y adoptar medidas de aseguramiento con ese fin (Acto Legislativo 01 de 2017): aplica a integrantes de las FARC que cometieron delitos durante el conflicto armado interno o con ocasión a éste, con anterioridad a la firma del Acuerdo Final para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario

Los hechos materia de la presente extradición no son objeto del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y, en particular, de la Jurisdicción Especial para la Paz, porque no tienen relación ni tuvieron ocurrencia en el marco del conflicto interno armado.

Tampoco opera la prohibición de conceder la extradición como integrante de la desmovilizada guerrilla de las FARC-EP, contenida en el artículo 19 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, pues, dentro del presente trámite se acreditó que

el requerido no ostenta tal condición, según el oficio OFI 22-00008982/IDM 1302000 de 31 de enero de 2022, mediante el cual la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) informó lo siguiente:

[...]

Además, la Subsala Especial B de Conocimiento y Decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP comunicó a la Corte la Resolución No. 1008 de 2022, proferida al interior del “Número de Expediente SAJ: [...]”, mediante la cual rechazó la solicitud de sometimiento presentada por D.A.U.D., luego de considerar que los exmiembros de las Autodefensas Unidas de Colombia y los miembros de Bandas Criminales -BACRIM- no hacen parte de los destinatarios de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, y el requerido no fue integrante de las FARC-EP sino miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia, quien, luego de su desmovilización, conformó las Autodefensas Gaitanistas de Colombia o “Los Urabeños”, grupo que precisamente luego se denominó “Clan Úsuga” y, finalmente, “Clan del Golfo”; lo anterior, sumado a que tampoco es un tercero civil colaborador o financiador de grupos armados.

Por tanto, se observa que el pedido de extradición no contraviene la limitación constitucional detallada.

**EXTRADICIÓN** - Persona juzgada en Colombia por los mismos hechos ventilados en la solicitud: demostración / **EXTRADICIÓN** - Principio de cosa juzgada: no se vulnera

Para que opere la extradición de nacionales colombianos es necesario establecer que el poder judicial del Estado patrio no haya ejercido su jurisdicción respecto del mismo hecho que fundamenta el pedido. Esa precisión significa que el principio de la cosa juzgada, como faceta de la garantía constitucional del debido proceso (art. 29 de la Constitución), es causal de improcedencia de la extradición (CSJ CP 165 - 2014 y CSJ CP, 9 mayo 2009, Rad. 30373, entre otros).

Lo anterior significa que la garantía del non bis in ídem se predica, exclusivamente, frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, y no frente a indagaciones, investigaciones y procesos en curso.

Dicho esto, de la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, así como por la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, se advierte que D.A.U.D. tiene cientos de actuaciones judiciales en su contra por diferentes conductas, activas (con y sin sentencia) e inactivas.

[...]

El anterior análisis deja en evidencia que las conductas y los hechos por las que D.A.U.D. ha sido condenado en Colombia, no guardan ninguna relación con las conductas y los hechos por los que ha sido solicitado en extradición, que, se recuerda, se relacionan con tráfico de narcóticos y concierto para delinquir con fines de narcotráfico, por lo que contrario a lo referido por el abogado, de ningún modo se lesiona la garantía constitucional del non bis in ídem de que es titular el requerido.

En resumen, se observa que el pedido de extradición no contraviene las limitaciones constitucionales señaladas. Por ese motivo, la Sala procederá a evaluar el cumplimiento de los demás requisitos.

**EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, Indictment

En atención a lo establecido en el artículo 493-2 de la Ley 906 de 2004, la decisión contentiva de los cargos elevados contra la persona reclamada en extradición debe asemejarse formal y sustancialmente con la acusación. La pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala ha aclarado que el indictment no es idéntico a la acusación nacional, pero guarda similitudes que lo tornan equivalente (CP121-2021, CP101-2021, CP087-2021, entre otros).

En el presente evento, las acusaciones contra el requerido, tantas veces mencionadas, son para que comparezca a juicio por las presuntas conductas punibles de tráfico de narcóticos y concierto para delinquir con fines de narcotráfico.

Así, se evidencia que esos documentos registran las siguientes similitudes con la acusación prevista en nuestro ordenamiento procesal penal: a) se trata de pliegos concretos de cargos contra el acusado, para que se defienda de ellos en el juicio; b) una vez formulados, se inician los juzgamientos que finaliza con los respectivos fallos de mérito; y c) en ellos se señalan de forma



sucinta los hechos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la calificación jurídica de las conductas, con indicación de las disposiciones sustanciales aplicables.

En ese orden de ideas, el argumento del abogado del requerido resulta abiertamente improcedente y contrario a los precedentes de la Sala, por cuanto que, de ninguna manera, resulta viable exigir una identidad absoluta entre los indictments y la acusación patria, debido a que ello implicaría someter a los demás Estados a que diseñen sus procedimientos penales en forma idéntica a la legislación colombiana, para poder llevar a buen término el pedido de extradición, en pleno desconocimiento de la autonomía, percepciones e ideologías de cada país sobre la forma en que ejercen su derecho punitivo, lo cual es inadmisibles desde cualquier arista.

De ahí que la nulidad invocada por el abogado del solicitado, en cuanto a este tópico, merece ser rechazada de plano.

Ahora bien, si el apoderado del requerido estima que la providencia extranjera tiene «defectos graves», nada obsta para que, en el evento que se emita concepto favorable de extradición y el Gobierno Nacional decida entregar al implicado, la defensa de D.A.U.D. postule esas presuntas irregularidades ante las autoridades extranjeras.

Por lo anterior, este presupuesto se cumple a cabalidad.

**EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, el hecho que motiva la extradición debe tener pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a 4 años / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, concierto para delinquir agravado / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: principio de doble incriminación, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 493-1 de la Ley 906 de 2004, para conceder la extradición es indispensable que el hecho que la motiva esté previsto en Colombia como delito y que el mismo se encuentre reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años.

La Corte ha reiterado que para establecer si la conducta que se le imputa al requerido en el país solicitante es considerada como delito en Colombia, debe hacerse una comparación entre

las normas que allí sustentan la sindicación, con las de orden interno para establecer si éstas también recogen los comportamientos contenidos en cada uno de los cargos.

Tal confrontación se hace con la normatividad que está en vigor al momento de darse inicio al trámite de extradición, a instancias del país requirente, puesto que es un mecanismo de cooperación internacional. Lo que a este propósito determina el concepto es que, sin importar la denominación jurídica, el acto desarrollado por el ciudadano, cuya extradición se demanda, sea igualmente considerado como delictuoso en el territorio patrio.

[...]

En esa medida, queda demostrado que las conductas establecidas (i) en la Acusación Sustitutiva en el Caso No. 15-CR-20403-DIMITROULEAS(s) (también referido como Caso 1:15-cr-20403-WPD), dictada el 2 de noviembre de 2021, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida; (ii) en la cuarta Acusación de Reemplazo en el Caso No. 14-cr-00625(DLI)(VMS) (también referido como Cr. Núm. 14-625 (S-4) (DLI), Núm. de Caso 14-CR-625 (S-4) (DLI), y Caso 1:14-cr-00625-DLI), dictada el 4 de noviembre de 2021, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York; y (iii) en la Acusación de Reemplazo en el Caso No. 1:04-cr-00962-LAP (también conocido como Causa número S3 04 Cr. 962 (LAP)), dictada el 16 de junio de 2009, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, contra D.A.U.D., cumplen el requisito relativo a la doble incriminación, dado que corresponden a tipos penales con pena cuyos mínimos superan los 4 años de prisión.

**ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Extradición por delitos no relacionados con el conflicto interno: entrega diferida por seis meses por colaboración con el SIVJRN / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Solicitante: no acredita ser sujeto destinatario / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: entrega diferida, improcedencia / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no genera impedimento en caso de que el requerido desee declarar en el marco del SIJVRNR, ante tal situación pueden valerse uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: caso en que la corte considera la actitud renuente que en el pasado

ha asumido el requerido frente a las víctimas y el sistema de justicia nacional / **EXTRADICIÓN** - Concepto favorable: no implica la renuncia al procesamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio Nacional. **EXTRADICIÓN** - Concepto mixto

[...] se debe señalar que, en efecto, la Sala en la decisión CSJ CP184-2021, Rad. 53719 emitió concepto favorable de extradición, pero difirió la entrega del requerido hasta el momento en que la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP verifique e informe al Gobierno Nacional sobre alguno de los dos escenarios siguientes: (i) que el requerido haya terminado en Colombia el cuestionario preparado por la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP «dentro del cual está actualmente ofreciendo verdad y reparación a las víctimas a raíz de su sometimiento al SIVJRN», para lo cual se concedió un término máximo de seis (6) meses; o (ii) que la precitada Sala informe al Gobierno Nacional que el solicitado dejó de cumplir los compromisos adquiridos a partir de su sometimiento al SIVJRN.

[...]

Sin embargo, el caso que ahora concita la atención de la Sala no se adecúa a los presupuestos fácticos arriba expuestos, pues, en primer lugar, se probó que el requerido D.A.U.D. no es sujeto de esa jurisdicción, a tal punto que la Subsala Especial B de Conocimiento y Decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP mediante resolución N° 1008 del 25 de marzo de 2022 resolvió rechazar la solicitud de sometimiento por él presentada, de modo que no está vinculado ni constitucional ni legalmente con el cumplimiento de los compromisos que se derivan del componente judicial.

Ahora bien, es cierto que facultativamente el requerido D.A.U.D. puede concurrir a suministrar verdad a los componentes no judiciales -Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición -CEV- y la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas -UBPD-, mediante el aporte de su testimonio, sin embargo, nada obsta para que ello se pueda llevar a cabo en el intervalo entre la emisión de éste concepto y la decisión del Gobierno Nacional de conceder o no la extradición, o entre éste último acto y la

entrega formal del requerido, o incluso, desde los Estados Unidos de América, a través de los medios virtuales.

Así, el requerido puede ser visto y escuchado las veces que sean indispensables, para la complacencia de los derechos de las víctimas, en el marco del SIJVRNR de la JEP, en virtud del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

La Sala no desconoce el derecho que tienen las víctimas de los múltiples delitos cometidos por D.A.U.D. en el territorio nacional a conocer la verdad, a que se haga justicia y a ser reparados de manera efectiva; sin embargo, la Corte no puede dejar de considerar la actitud renuente, contumaz y de desprecio absoluto que, en el pasado, ha asumido el requerido frente a las víctimas y el sistema de justicia nacional, en su componente ordinario, e incluso, en el transicional de Justicia y Paz.

[...]

Por último, la Corte no desconoce las cargas inherentes a la investigación y juzgamiento de conductas atentatorias contra bienes jurídicos protegidos por el DIH, frente a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, sin embargo, se insiste, el concepto favorable a la extradición no implica de ningún modo la renuncia al procesamiento y enjuiciamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio Nacional.

**EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: condicionamientos

Si el Gobierno Nacional concede la extradición, ha de garantizar al reclamado su permanencia en la nación requirente y el retorno a Colombia en condiciones de dignidad y respeto de ser sobreseído, absuelto, declarado no culpable o eventos similares; incluso, después de su liberación por haber cumplido la pena que le fuere impuesta.

También se impone condicionar la concesión del pedido de extradición a que, una vez se cumpla alguno de los anteriores supuestos, el gobierno de los Estados Unidos de América deporte al mencionado a Colombia, con la finalidad de que asuma la responsabilidad por los delitos acá cometidos, sin necesidad de una solicitud de extradición elevada por el gobierno colombiano para tal fin.

Se advierte imprescindible que el Gobierno Nacional, en el evento que decida entregar al requerido, exija al Gobierno de los Estados Unidos de América que facilite a las autoridades colombianas, cada vez que sea necesario, tener contacto con D.A.U.D., a fin de garantizar a las víctimas sus derechos, a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

[...]

Conforme a la información allegada por la Policía Nacional - Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL - DIJIN y la Fiscalía General de la Nación, D.A.U.D. registra múltiples actuaciones jurídico penales activas e inactivas por los delitos de homicidio agravado, homicidio en persona

protegida, desaparición forzada, secuestro simple, secuestro agravado, terrorismo, concierto para delinquir, reclutamiento ilícito, tortura agravada, hurto calificado agravado, uso de menores en la comisión de delitos, tráfico de estupefaciente, acceso carnal violento en persona protegida y constreñimiento para delinquir. Entre ellos, está incluida la condena por la masacre de Mapiripán.

Ante esa situación, se advierte al Gobierno Nacional que también cuenta con la posibilidad de diferir su entrega, de llegar a concederla, de acuerdo con la facultad discrecional prevista en el artículo 504 de la Ley 906 de 2004. De acceder a la entrega, deberá comunicar la decisión a los funcionarios que conocen de esos asuntos, para los fines a que haya lugar.

---

**Diana Marcela Romero Baquero**  
**Relatora**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

