



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Agosto 03 de 2020 n.º 10

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

DOBLE CONFORMIDAD - IMPUGNACIÓN ESPECIAL:

El desistimiento es viable una vez ejercitada, siempre que no haya sido resuelta

la Sala mayoritaria decidió aceptar el *desistimiento* de la *impugnación especial*, presentado por el sentenciado, en su condición de condenado por primera vez en segunda instancia, para cuyo efecto realizó importantes precisiones sobre las características de esta figura jurídica, que permite desarrollar la garantía constitucional de *dobles conformidad*. En tal sentido, explicó que, por tratarse de un derecho subjetivo, admite que quien lo ejercita desista de su trámite, siempre que no se hubiere resuelto. Igualmente recordó que posee naturaleza *rogada* y *no oficiosa*.

AP1578-2020 (56717) del 22/07/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA - Condenatoria: principio de doble conformidad || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** concepto || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye un derecho subjetivo || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** constituye una facultad, no es un imperativo || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** el sancionado dentro de su autonomía podrá decidir si acude o no a tal mecanismo || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación**

especial: desistimiento, es viable una vez ejercitada, siempre que no haya sido resuelta || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** diferente al grado jurisdiccional de consulta || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se encuentra regida por el principio de limitación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** aplica el principio de non reformatio in pejus || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** por ser un derecho subjetivo no es un recurso oficioso || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** tiene carácter rogado, no oficioso

«El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria previsto en el artículo 235 de la Constitución Política, se concreta en que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo establecido en la ley.

Se trata de un **derecho subjetivo**, que corresponde a una **facultad**, es decir, el sancionado dentro de su autonomía podrá decidir si acude o no a tal mecanismo, pues **no se trata de un imperativo** y, entonces, también **podrá desistir una vez ejercitado, siempre que no haya sido resuelto**.

Desde luego, **esta impugnación es diferente del grado jurisdiccional de consulta**, en el cual, sin importar la voluntad del afectado con la sentencia, automáticamente otra autoridad judicial procede a revisarla sin someterse al principio de limitación.

Piénsese, por ejemplo, en un primer fallo de condena que analiza con acierto las pruebas y aplica de manera atinada las normas sustantivas y procesales pertinentes, de modo que el condenado se encuentra conforme, o inclusive, en aquellos casos en los cuales el sancionado advierte que un análisis más detallado de los

medios probatorios haría más gravosa su situación y por ello no es de su interés provocar una segunda revisión de su primera sentencia condenatoria.

Aún más, si la **dobles conformidad** o revisión del primer fallo de condena fuera obligatoria e imperativa, no operarían, como ocurre en la consulta, **los principios de non reformatio in pejus y de limitación**, caso en el cual, con el pretexto de salvaguardar los derechos constitucionales del sentenciado, podría hacerse más gravosa su situación, razón adicional para concluir que **la impugnación de la primera sentencia condenatoria corresponde a una facultad y, por tanto, tiene carácter rogado, no oficioso**».

RECURSOS - Desistimiento: acto libre y voluntario de los sujetos procesales || **RECURSOS - Desistimiento:** debe ser expresado por quien tiene capacidad de disposición del acto adjetivo sobre el cual recae la manifestación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** desistimiento, es viable una vez

ejercitada, siempre que no haya sido resuelta || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** desistimiento, aceptación por parte de la Sala

«Una vez efectuadas las anteriores precisiones se tiene, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 179F del estatuto procesal penal, adicionado por el artículo 97 de la Ley 1395 de 2010, según el cual, *“Podrá desistirse de los recursos antes de que el funcionario judicial los decida”*, que si el desistimiento **es un acto libre y voluntario** de los sujetos procesales, expresado por quien **tiene capacidad de disposición del acto adjetivo** sobre el cual recae la manifestación, en este asunto **quien desiste de la impugnación especial es el mismo sujeto procesal que la promovió, razón por la cual debe aceptarse, pues la Sala aún no la ha resuelto**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

DEMANDA DE CASACIÓN - INADMISIÓN POR INDEBIDA SUSTENTACIÓN:

Falta de desarrollo lógico argumentativo de los cargos propuestos por el recurrente

En la providencia, a través de la cual se inadmitió la demanda de casación por indebida sustentación, la Sala tuvo ocasión de reiterar los parámetros de técnica que deben seguirse cuando se atribuye la violación indirecta de la ley sustancial, y particularmente los conocidos errores de *falso juicio de identidad y falso raciocinio*. Adicionalmente explicó, que si se pretende invocar el desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*, derivado de yerros de esta naturaleza, el censor debe acreditar que la *duda* emerge del acervo probatorio y que el Tribunal dejó reconocerla en beneficio del acusado. En el caso concreto, advirtió que los cargos propuestos por el recurrente carecen del desarrollo *lógico argumentativo* requerido.

AP1372-2020 (48794) del 01/07/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria: técnica en casación || **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y error de derecho:** modalidades || **DEMANDA DE CASACIÓN - Fundamentos lógicos y debida argumentación** || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Técnica en casación:** se debe comparar lo que la prueba dice y lo que el fallador consignó y comprendió de ella || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Técnica en casación:** el recurrente debe precisar el aparte o fragmento de la prueba tergiversado, mutilado o adicionado || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Principio de trascendencia**

«El actor proclama la violación indirecta de la ley sustancial mediante errores de hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio, los cuales, afirma, le impidieron al sentenciador reconocer la situación de duda en relación con la

responsabilidad del acusado en el delito que se le atribuye.

En ese escenario, la Corte tiene dicho que la **violación indirecta a las disposiciones de derecho sustancial sucede cuando el sentenciador incurre en errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física**, y pueden ser de hecho o de derecho. Los primeros corresponden al falso juicio de existencia (por suposición y por omisión), falso juicio de identidad (por distorsión, cercenamiento o adición), y falso raciocinio (desconocimiento de los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria). Los segundos aluden al falso juicio de legalidad (por la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne), y falso juicio de convicción (si el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna).

Cada error representa situaciones particulares y **demandan presupuestos lógicos y argumentativos diferentes para su proposición y demostración**. En relación con los defectos que el actor le atribuye a la sentencia recurrida, la Corte tiene definido que **si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria**, debe indicarse expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; **qué exactamente dijo de los mismos el juzgador, cómo se los tergiversó, cercenó o adicionó** en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y **lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo**».

FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación: el recurrente debe evidenciar la forma y el elemento de la sana crítica desconocidos por el juzgador || **FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación:** el recurrente debe evidenciar el desconocimiento de principios de la lógica, reglas de la experiencia o

leyes de la ciencia || **FALSO RACIOCINIO - Principios de la lógica** || **FALSO RACIOCINIO - Máximas de la experiencia** || **FALSO RACIOCINIO - Principio de trascendencia:** el recurrente debe de acreditar que, de no haberse producido el error, el fallo habría sido sustancialmente diferente

«[...] si se denuncia **falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnicos y científicos** normativamente establecidos para cada medio en particular (Art. 380 CPP), el recurrente tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si el reparo se dirige a patentizar el **desconocimiento de los postulados de la sana crítica**, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar **cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida**, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración; **demostrar la trascendencia** del error, lo cual implica indicar cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y **acreditar**, por último, **que de no haberse producido el error, el fallo habría sido sustancialmente diferente, distinto y opuesto al ameritado**».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - No se configura por desacuerdo en la valoración probatoria || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Técnica en casación:** el recurrente debe precisar el aparte o fragmento de la prueba tergiversado, mutilado o adicionado || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - No se configura**

«Los cargos expuestos en la demanda desconocen los parámetros indicados y se revelan, de ese modo, insuficientes para demostrar que el Tribunal adulteró el contenido material de los medios de demostración (cargo primero), o que el mérito persuasivo que asignó a los mismos desconoce las reglas de la sana crítica (cargo segundo). El demandante se conforma con ofrecer una reducida y **particular valoración probatoria**, según la cual, existe duda en

relación con la responsabilidad del acusado, ya que: **i)** la víctima no logró indicar con contundencia la causa de su lesión y, **ii)** la médico legista dejó abierta la posibilidad que haya sido por el peso de la lesionada y el giro realizado sobre su cuerpo al incorporarse para salir del autobús.

De esa manera, **frente al error de hecho por falso juicio de identidad**, no individualizó el medio de demostración posiblemente afectado, tampoco expuso su contenido ni lo contrastó con lo que de él afirmó el sentenciador, por lo que también **pasó por alto el deber de precisar el aparte o el fragmento de la prueba tergiversado, mutilado o adicionado**, del cual el juzgador pudo derivar efectos que objetivamente no emergen del contenido material de la prueba.

En la fundamentación del reproche el actor se limita a sostener que en el juicio se presentaron como pruebas la querrela, las valoraciones medico forenses realizadas a la víctima y el testimonio de la experta de Medicina Legal, para proclamar, a renglón seguido, que existe duda en relación con la responsabilidad del acusado al no poderse establecer si la lesión de la víctima se produjo por el paso raudo del bus de servicio público sobre los reductores de velocidad, o porque *“le falseó la rodilla”* al incorporarse cuando quería aproximarse al sitio donde debía descender del vehículo; manifestaciones que no descubre la presencia de errores de identidad, sino que expresan, sin fundamento que la respalde, la hipótesis sobre la cual el actor insiste en la absolución del acusado».

FALSO RACIOCINIO - Diferente al falso juicio de existencia || **FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación:** el recurrente debe evidenciar el desconocimiento de principios de la lógica, reglas de la experiencia o leyes de la ciencia || **DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de no contradicción** || **CASACIÓN - Principio de claridad** || **IN DUBIO PRO REO - Técnica en casación:** el recurrente debe acreditar que la duda emerge del acervo probatorio y que el Tribunal dejó reconocerla en beneficio del acusado || **FALSO RACIOCINIO** - No lo constituye la discrepancia de la apreciación probatoria || **FALSO RACIOCINIO - No se configura** || **DEMANDA DE CASACIÓN** - Fundamentos lógicos y debida argumentación || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión por indebida sustentación:** falta de desarrollo lógico

argumentativo de los cargos propuestos por el recurrente

«Respecto del reproche por **falso raciocinio** el esfuerzo del actor por demostrarlo resulta particularmente limitado. En un breve párrafo remite a las pruebas enunciadas en el reproche precedente, para sostener que el Tribunal no las tuvo en cuenta en la sentencia y que si hubiera atendido las reglas de la sana crítica al valorarlas *“no cabe duda que la conclusión en la misma debió ser como lo es la duda en la forma como la víctima narra que se lesionó en la rodilla derecha pues de su misma expresión y de la respuesta dada por la perito forense pudo haber sucedido por el giro intempestivo sobre la rodilla para tomar al caminar (sic) y bajar de la buseta, pues no de otra forma se puede apreciar estas pruebas legalmente aportadas en el proceso.”*»

La exposición se ofrece equivocada ya que **no vincula alguna de las pruebas enunciadas con el desacertado razonamiento que le atribuye al juzgador**, tampoco ilustra sobre el origen del defecto, es decir, por desconocimiento de los **criterios de valoración de la prueba respectiva, de una regla lógica, una ley científica o una máxima de la experiencia**. Temas ausentes en la fundamentación del reproche, el cual se ofrece además **confuso al postular** la falta de valoración de los medios de demostración antes enunciados (afirmación que conlleva a **un falso juicio de existencia**) **y, simultáneamente**, que fueron apreciados, pero al margen de las reglas de la sana crítica (**falso raciocinio**), argumentación contraria a los **principios de claridad y no contradicción**, consustanciales al concepto de demanda en forma.

Es evidente entonces que **los cargos carecen de desarrollo lógico argumentativo**, pues no explican por qué deben asumirse erradas la exposición fáctica y las conclusiones probatorias con las que los juzgadores declararon la responsabilidad de W.L.R.G. en el punible de lesiones personales culposas que se le atribuye. El actor da a entender [no lo indicó expresamente en la exposición de las censuras, tampoco en el desarrollo de estas] que el Tribunal no aplicó el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, norma que establece la **duda en favor del procesado**. Sin embargo, **omitió acreditar que esa situación de perplejidad emerge en realidad del acervo probatorio y que por haber alterado el contenido material de ciertos medios**

de demostración, o haberle otorgado un mérito persuasivo opuesto a la sana crítica, **el Tribunal dejó reconocerla en beneficio del acusado.**

Por lo demás, el planteamiento del censor pierde de vista las consideraciones del ad quem, las cuales fundamentan la responsabilidad del acusado en su experiencia como conductor de servicio público, el conocimiento que tenía acerca de los obstáculos existentes sobre la vía en el lugar donde se produjo el brusco e intempestivo movimiento del bus que conducía, y en lo narrado en juicio por la víctima H.T.V., por M.L.D.A., también pasajera del autobús, y por la médico legista que valoró a la lesionada.

[...] En esas condiciones, **ante la falta de desarrollo lógico argumentativo de los cargos propuestos por el recurrente** y sin que se advierta necesario afianzar en este asunto los fines de la casación, **lo procedente es inadmitir la demanda**, decisión frente a la cual procede el mecanismo de insistencia según lo dispuesto en el artículo 184-2 del Código de Procedimiento Penal y las reglas definidas por la Sala con tal finalidad».

(Textos resaltados por la Relatoría)

DELITO CONTINUADO - NO SE CONFIGURA

PECULADO POR APROPIACIÓN - COAUTORÍA MEDIATA

En la sentencia, a través de la cual se casó parcialmente el fallo impugnado, la Sala efectuó un estudio detallado sobre el *delito continuado*, que la llevó a determinar que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, al aplicar dicha figura jurídica y sus efectos punitivos en el caso específico. Ello, porque no concurrió en el comportamiento de *Peculado por Apropiación* atribuido a los acusados, la multiplicidad de actos homogéneos cumplidos de forma fragmentada, sino una acción ejecutiva, en la que no se identificó el *dolo global*. Adicionalmente, se refirió al concepto de *coautoría mediata*, modalidad que encontró estructurada en cabeza de funcionarios encargados tramitar solicitudes de pensión de vejez -que utilizaron al jefe de la oficina como instrumento-, los cuales adicionalmente obraron en conjunto con particulares *intervinientes*, en procura de obtener el reconocimiento ilícito de las prestaciones.

SP2339-2020 (51444) 01/07/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS ESPECIALES - Autoría mediata: el intraneus puede actuar como autor mediato respecto de un extraneus o de otro intraneus || **DELITOS ESPECIALES - Autoría mediata:** el extraneus no puede ser autor mediato de un injusto especial || **COAUTORÍA MEDIATA - No hay impedimento para fusionar la coautoría y la autoría mediata** || **COAUTORÍA MEDIATA - Concepto** || **COAUTORÍA MEDIATA - En la jurisprudencia penal internacional** || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos** || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos:** objetivos, requiere un plan común criminal ideado o concertado por una pluralidad de sujetos || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos:** objetivos, requiere que la repartición de las tareas o roles esenciales para su ejecución pueda ser llevada a cabo de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin || **COAUTORÍA MEDIATA - Elementos:** subjetivo, implica la conciencia de la ilicitud y del carácter esencial de la contribución

«Ahora bien, **el intraneus, por su lado, puede actuar como autor mediato -respecto de un extraneus o de otro intraneus-**, lo que significa que teniendo el dominio del hecho, en tanto hombre de atrás, no realiza el comportamiento delictivo por sí mismo, sino que se vale de otro sujeto que en hipótesis de coacción, error, uso de inimputables o aparato organizado de poder, ejecuta el delito especial.

El extraneus, por su lado, no puede ser autor mediato de un injusto especial, porque adolece del elemento personalísimo del tipo, que, en el caso de los funcionarios públicos, está atado a un deber de fidelidad, como expresión del contenido antijurídico social-ético del hecho.

Dicho autor mediato, a su vez, **puede actuar en concurso de personas**, o sea, en **coautoría mediata**, si es que, **varios sujetos, con dominio funcional del hecho, realizan la conducta punible a través de uno o múltiples individuos que se utilizan como instrumento(s)**.

La doctrina sostiene que **no existe impedimento para fusionar la coautoría y la autoría mediata**, ya que si un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan conjuntamente para cometer el hecho, o varios sujetos acordados (y tan sólo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coautoría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento.

De este modo, **lo importante es auscultar la presencia de un “instrumento” utilizado, sin perjuicio del número de personas que se encuentren “atrás”**.

La doctrina le ha otorgado un tratamiento restrictivo a la **coautoría**, no obstante, se ha evolucionado hacia una conceptualización más amplia y comprensiva, extendiendo su fórmula convencional a otra de las formas de autoría: la **mediata**, consiguiendo así una **combinación especial** que aborda nuevos retos, de cara a la variación y multiplicidad de expresiones del crimen.

Sobre el particular, si bien **la fusión entre la coautoría y la autoría mediata ha adquirido auge a nivel del sistema penal internacional** - casos Katanga y Ngudjolo de la C.P.I.-, **nada obsta para extender tal figura a casos en los que participa un número plural de personas que instrumentalizan a otro(s) bajo un plan criminal previo**, de modo que podría sostenerse que *“constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, consistente en aplicarse conjuntamente la figura de la coautoría (codominio del hecho) y de la autoría mediata”*.

[...] En cuanto a los **ingredientes objetivos de la coautoría mediata** se requiere un **plan común** criminal ideado o concertado por una pluralidad de sujetos y que la **repartición de las tareas o roles esenciales** para su ejecución pueda ser llevada a cabo, en parte, de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin. Como **componente subjetivo** es necesario que los agentes que funcionan como coautores mediatos tengan **conciencia de la**

ilicitud y del carácter esencial de su contribución.

Así las cosas, **no es imposible fundir en una sola categoría dogmática a la coautoría y la autoría mediata**, en la medida que, si, varios sujetos, con unidad de designio criminal, se aprestan a usar a otro para que ejecute materialmente la acción desvalorada, estarán en **una hipótesis de coautoría mediata**.

PECULADO POR APROPIACIÓN - Coautoría mediata || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Coautoría mediata**: de los funcionarios presustanciadores de trámites pensionales del Instituto de los Seguros Sociales || **DELITOS ESPECIALES - Interviniente**: lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de un autor intraneus en la comisión de la conducta y el aporte del particular extraneus || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Interviniente**: la imputación procede cuando incluye a un servidor público que actúa en contubernio con una o más personas que no tengan esa calidad || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura**: mediante el reconocimiento ilícito de pensiones y el pago de los correspondientes retroactivos || **COAUTORÍA MEDIATA - Se configura** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Interviniente** || **INTERVINIENTE - En delitos especiales o de sujeto activo calificado**: responde como coautor cuando se acreditan los elementos de esa figura jurídica || **ERROR DE TIPO - Invencible**: se configura || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Error de tipo** || **CONCURSO APARENTE - No se configura** || **CONCURSO MATERIAL - Se configura** || **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Puede concursar con el delito de fraude procesal || **CONEXIDAD - Ideológica**: de delito medio a fin, entre fraude procesal y peculado por apropiación || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - No se configura**

«De acuerdo con la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, se tiene que, **un grupo de funcionarios del Instituto de Seguros Sociales**, entre ellos, HFLM, MSG y SLRR -que no fueron juzgados en esta causa- **se asociaron para defraudar las arcas de esa entidad, para lo cual instrumentalizaron al jefe del Departamento de Atención al Pensionado**, a efecto de que, a partir de historias laborales falsas, previamente confeccionadas por ellos, este suscribiera las resoluciones de reconocimiento y pago de múltiples pensiones de vejez en favor de usuarios que no reunían los requisitos de ley

para acceder a esa prestación, quienes por sí mismos o a través de abogados, con conocimiento y voluntad sobre la ilicitud, suministraron a los citados oficinistas los documentos que irían a soportar, junto con las referidas historias fraudulentas, las peticiones prestacionales.

Operó, entonces, entre los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales y los particulares, un concurso de personas para iniciar el trámite fraudulento de reconocimiento de pensión de vejez, con base en el cual desplegaron un actuar torticero en el que los primeros avalaron la realidad de las historias laborales previamente falsificadas y los segundos aportaron el insumo documental para la conformación de los expedientes de solicitud respectivos.

Mientras tanto, **el gerente de la institución no tenía conocimiento de la actividad criminal, por lo que, bajo el sometimiento a un error invencible de tipo**, propiciado por sus subalternos, **derivado de la presustanciación irregular del trámite pensional**, que concretamente consistió en la ratificación de la veracidad de unas historias laborales que no coincidían con las asentadas en la base de datos oficial, **autorizó el reconocimiento de las pensiones y el pago de los correspondientes retroactivos, bajo una apariencia de buen derecho**.

En ese sentido, se tiene que, **los funcionarios oficinistas actuaron en coautoría mediata y los particulares a modo de intervinientes en el punible**.

Ciertamente, es evidente que cada uno de los particulares se puso de acuerdo con los funcionarios operativos para iniciar la fase ejecutiva del delito, la que se complementó con las labores tramposas de presustanciación de los trámites pensionales por parte de estos, y se consumó con la suscripción de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones deprecadas, en cabeza del jefe de atención al pensionado de la institución, el cual estaba amparado en la presunta realidad material de la información inserta en la documentación puesta a su consideración.

La responsabilidad de los funcionarios del nivel intermedio surge del hecho del acuerdo de voluntades entre ellos para defraudar al Instituto de Seguros Sociales, actividad que, básicamente, consistió en hacer pasar como auténticas unas

historias laborales que reflejaban una realidad diversa, en términos de semanas cotizadas, cambios de salarios y patronales, a la que verdaderamente reportaban los solicitantes, actividad en la que soslayaron, desde las facultades propias de sus cargos, los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas, creando la ficción de legalidad en el trámite; aportes indispensables para la apropiación de los dineros, toda vez que sin la cooperación de cada uno de ellos no se hubiese podido perpetrar el delito, toda vez que los empleados del Instituto garantizaron que las solicitudes ilícitas de pensión avanzaran en el proceso interno de la entidad, lo cual se produjo en la fase ejecutiva del punible

Debido a la división del trabajo descrita anteriormente, **cada uno de los oficinistas tuvo el dominio objetivo y positivo del hecho**, pues se entrelazaron en una relación de co-dependencia causal en la estructuración del ardid que permitiría consolidar una situación de error, que finalmente sería trasladada a quien iría a fungir como su instrumento, o sea, al jefe de atención al pensionado de la entidad, con la facultad legal para ser utilizado en el perfeccionamiento del injusto.

Recuérdese, en este punto, que TJRM no sabía del ilícito planeado ni actuó con arreglo a la finalidad criminal de los defraudadores, pues estaba convencido de que su actuar era conforme a derecho, debido a que los empleados vinculados se encargaron de crear una estratagema para que él no se enterara de que en realidad los solicitantes no cumplían con los requisitos legales para acceder a la pretensión.

[...] Así, pues, **lo anterior se condensa en una manifestación de la coautoría mediata, toda vez que el gerente, con el estatus institucional descrito en el tipo penal, fue usado como herramienta criminal en función del designio delictivo de los empleados de la entidad**, los cuales se apoyaron para cumplir su propósito en las acciones ilegales de los usuarios y abogados, quienes a sabiendas de que ningún derecho les asistía en la reclamación realizada, acudieron a pedirlo.

No sobra señalar que, en este caso, tanto el “instrumento”, quien, como se anotó atrás, no responde penalmente por haber ejecutado la acción desvalorada en un supuesto de error, como los **coautores mediatos -esto es, los funcionarios presustanciadores- compartían**

la cualificación exigida por el delito perpetrado para el autor, de tal suerte que, al ser todos servidores públicos no existe dificultad dogmática para la adecuación típica de los agentes. Recuérdese, en este punto, que, para que se concrete el supuesto de la autoría mediata en un delito especial como el de peculado por apropiación, **se requiere que tanto el autor mediato -que aquí es de carácter plural- como el sujeto instrumentalizado tengan la misma cualidad exigida por el tipo.**

Se configuró, por ende, una **coautoría mediata entre los presuntanciadore**s, pues el jefe de atención al pensionado fue utilizado por los ellos -no por los particulares- quienes lograron imponer su voluntad delictiva sobre la de él, imprimiéndole al trámite una apariencia de legalidad, aspecto que dicho funcionario desconocía por completo y que los exime de responsabilidad, en tanto confió en que los filtros realizados por sus subordinados estaban arropados por la verificación fiel de la documentación aportada por los usuarios y la registrada en las bases de datos de la entidad.

Mientras tanto, **los particulares cumplieron el rol de intervinientes**, pues, no teniendo la cualidad de servidores públicos exigida en el tipo penal de peculado, prestaron su concurso para iniciar los irregulares trámites administrativos de reconocimiento de la pensión de vejez, aportando, para el efecto, la documentación que, junto con las historias laborales falsas adosadas a las carpetas en la entidad, sería el soporte de las decisiones ilegales.

[...] En ese sentido, el ilícito perpetrado por los condenados es el de peculado por apropiación y no, un delito contra el patrimonio económico -que ni siquiera fue identificado por el abogado de la pareja MA-, tanto porque no se encuentra vigente la tesis doctrinal en el sentido de que el particular extraneus podría responder por el tipo penal simple correlativo al de carácter especial -o sea, sin la cualificación jurídica -para el caso, el hurto-, como debido a que, como enseguida se precisará, el comportamiento juzgado no se subsume en el reato de fraude procesal.

En realidad, se tiene que, **contrario a lo argumentado por el demandante, se está ante unos delitos conexos; el fraude procesal y el peculado por apropiación** -el primero prescrito-, que no pueden ser considerados una unidad, sino como entes autónomos, **que concurren de forma material y no aparente.**

En este evento, dichas conductas, aunque **tienen una relación de medio a fin**, son independientes, de manera que, **a modo de conexidad ideológica, el primero se ejecutó para posibilitar la ejecución del otro**, es decir, se agotó el primero para seguidamente consumir el segundo.

Y es que, los dos tipos penales en comento son básicos, comportan descripciones legales completamente autónomas y, no se inscriben en el mismo bien jurídico protegido.

En efecto, la sanción del delito de fraude procesal ampara la eficaz y recta impartición de justicia, y su concurrencia con el peculado supone la vulneración de otro interés normativamente protegido, la administración pública, por manera que la falta de identidad en el objeto de protección de la norma penal impide que el concurso material deducido, se resuelva como un caso de colisión de normas penales, pues manifiestan un contenido de injusto propio que atiende, en cambio, un supuesto de **concurso ideal**, bajo el entendido que la inducción en error a un servidor público a través de medios fraudulentos, de ninguna manera constituye un juicio desvalorativo, tendiente a la exclusión del tipo penal que sanciona la apropiación en provecho propio o ajeno de los bienes estatales.

De lo anterior, se sigue que, **pueden concurrir ambos delitos**, máxime cuando, tratándose del fraude procesal, contrario a lo sostenido por el demandante, no es que los funcionarios se hubieren engañado a sí mismos, sino que lo hicieron respecto de su jefe -Director del Departamento de Atención al Pensionado- al avalar de manera conscientemente dolosa las historias laborales falsas de los usuarios aquí procesados, quienes, de igual manera, cohonestaron con esa actividad criminal.

[...] Así las cosas, es palmario que **no se incurrió en la violación directa de la ley sustancial por derivar la condición de intervinientes a los procesados en el delito de peculado por apropiación**».

JURISPRUDENCIA - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** componente subjetivo, plan preconcebido por el autor, incluye el aprovechamiento de similares oportunidades para la comisión del ilícito || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** presupuestos

accesorios, conexión temporal, realización fraccionada y preconcebida de actos parciales ilícitos que se integran en un injusto total conglobante || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** presupuestos accesorios, conexión temporal, intervalos admisibles entre acción y acción u omisión no puede tener carácter indefinido

«Ahora, en pasada ocasión, frente a supuestos fácticos similares a los que esta vez ocupan la atención de la Sala, esta Corporación dio un alcance restringido al primero de los requisitos enunciados, esto es, al de la unidad de designio, al señalar que *“si bien se está ante una pluralidad [de] ilícitos, [y] hay identidad tanto en relación con el sujeto pasivo como respecto de los ilícitos, no se consolida la unidad de designio, pues lo que se observa es que en la medida que se daba la oportunidad para cometer las distintas infracciones se procedía a ello.”* (CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233).

Con esa postura, la Corte no solo incurrió en la imprecisión de señalar que, en el delito de peculado por apropiación concurrió una pluralidad de ilicitudes, siendo que, como se verá adelante, se trató de un solo delito con una fase de agotamiento extendida de forma periódica, sino que descalificó la posibilidad que tiene el agente de aprovechar los escenarios propicios para la comisión delictiva en los delitos continuados.

En esa misma línea argumentativa también expresó en la decisión anotada que *“la oportunidad en que se ejecutaron las distintas conductas punibles contribuye a desvirtuar la unidad de designio, puesto que los hechos objeto de juzgamiento se cometieron entre los años 2000 y 2005 por distintos empleados, a través de diferentes modalidades y sin ningún patrón cronológico como viene de recordarse y lo reflejan los hechos.”*

Al respecto, es necesario aclarar que, si bien **el supuesto al que aludió la Corte** en la sentencia que se viene referenciando, relativo a que sería imposible adecuar el aprovechamiento de las oportunidades como uno de los elementos estereotípicos del delito continuado, no es determinante para la solución del caso en estudio, **debe ser moderado para prohijar la tesis contraria, en aras de delimitar los alcances del presupuesto subjetivo de dicha figura.**

En verdad, aun cuando la jurisprudencia nacional no ha sido prolija en reconocer la eventualidad del delito continuado en aquellos casos en que, el **plan preconcebido por el autor está enderezado a servirse de las oportunidades** que le permitan ejecutar el desvalor de acción de manera fraccionada, como si lo ha hecho el Tribunal Supremo Español, a partir de la cláusula legal (artículo 74 del Código Penal de ese país) que permite *«el aprovechamiento de idénticas ocasiones»*, pues, en general, la Sala de Casación Penal ha considerado que **la unidad de propósito, representativo del dolo unitario del delito continuado**, proviene de la identificación de distintos episodios fragmentarios que reflejan un solo acto, **si ha catalogado tímidamente como ejemplo claro de la unidad de ejecución**, en sentido amplio, **el empleo por el agente de una ocasión idéntica que se reitera en el tiempo**, sin atención a un límite temporal apodícticamente cercano (CSJ SP467 19 feb. 2020, radicación 55368).

Y es que, dicha expresión criminal corresponde a una de las modalidades más representativas de este tipo de infracción penal y se inscribe en **la realización fraccionada -como forma ejecutiva-, y preconcebida de actos parciales ilícitos que se integran en un injusto total conglobante.**

De manera que, si el agente de seguros, por ejemplo, aprovechando la confianza que le tienen sus clientes y la compañía para la que trabaja, se propone hurtar, mes a mes o cada que le sea posible, el valor de la tarifa pagada directamente a él por algunos de ellos, por el lapso de un par de años, no habrá robado, al finalizar dicho período, a la compañía aseguradora, cada una de esas fracciones sino el valor total, aunque cada sustracción tiene su propio dolo y cariz consumativo que se suma a la siguiente, dado el efecto progresivo del delito continuado.

Ahora, si el distanciamiento con la idea de un **delito continuado** proviene, en la providencia mencionada (CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233), de la realización de los actos ejecutivos, según la oportunidad emerja, o de su comisión en diferentes momentos de varios años, habrá de insistirse en que, el componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor que se identifica por la finalidad, puede contemplar la posibilidad de actuar solamente cuando le sea conveniente, a efectos de

garantizar el éxito de su ilícito y, como se señaló atrás, el elemento temporal no constituye un sustrato fundamental de este ente punitivo, pues, lo esencial, es desentrañar el sentido creativo y teleológico del plan y atenerse a ello.

En realidad, no es posible ligar el dolo unitario a una meticulosa periodicidad o regularidad de las acciones fragmentarias, en pro del propósito delictivo, ya que el agente puede incluir en su plan criminal el factor temporal del desarrollo, es decir, preordenar el modus operandi de tal forma que no exista una estricta sujeción a una secuencia cronológica de cada acción, lo cual, no comporta una falta de dolo global, dado que lo relevante es la presencia de varias acciones, todas ellas entrelazadas por la finalidad criminal del autor, misma que debe verse reflejada en cada una de ellas, sin importar que se cometan de forma irregular en un marco temporal.

En ese orden de ideas, **distinto a lo que expresó la Corte en la decisión reseñada** -(CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233)-, es claro que, **en adelante, habrá de entenderse que, el aprovechamiento de similares oportunidades para la comisión del ilícito, es perfectamente viable, siempre que dicha faceta fraccionada de actos seriados haya sido preconcebida por el sujeto activo, guarde homogeneidad modal y no se prolongue de manera indefinida en el tiempo».**

DELITO CONTINUADO - No se configura || PECULADO POR APROPIACIÓN - Consumación y agotamiento: en pensión irregular, las mesadas o incrementos mensuales no constituyen nuevo delito || **DELITO CONTINUADO - Elementos:** componente subjetivo, dolo unitario, no se configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura || **CASACIÓN - Efectos del fallo:** extensivo a los no recurrentes

«Descendiendo al caso examinado, se tiene que, el libelista alega que, en el caso concreto, el Tribunal concluyó que se configuraba el **delito continuado**, pese a “no concurrir el elemento fundamental como es que se trate de varios actos, en este caso se atribuye un solo acto, de una conducta que el autor ha decidido fraccionar para su ejecución teniendo un *desigmo único*”.

Al respecto, si bien esa premisa exhibe cierta oscuridad dogmática, en la medida que, pretendiendo desconocer la existencia de un

delito continuado terminó admitiéndolo al aseverar que, el autor, conforme a un plan preconcebido, optó por ejecutar de manera fraccionada su injusto, lo cierto es que **le asiste razón al demandante en que, en el caso concreto, no existió pluralidad de actos, sino uno solo, lo cual descarta, de entrada, la posibilidad de adecuar la conducta a la citada modalidad, consagrada en el artículo 31 del Código Penal.**

En efecto, en el delito de cada uno de los procesados, **no concurre la multiplicidad de actos, de homogeneidad similar, cumplidos de forma fragmentada, en una unidad ontológica-normativa**, sino, se insiste, **se trata de una sola acción ejecutiva realizada por los usuarios y abogados, por una parte, y los funcionarios presustanciadores de la entidad, por otra**, para ser materializada, a través de la autoría mediata de aquellos, por el jefe de la unidad de atención al pensionado, quien hizo el reconocimiento de las **pensiones** de vejez, **cuyo pago, mes a mes, corresponde al agotamiento del punible**, en el cual no medió ninguna acción posterior de los procesados o los funcionarios involucrados.

Aunque el plan criminal, en punto del delito de peculado por apropiación, pudo abarcar la reclamación ilegal y fraudulenta de las pensiones de vejez y, el cobro de cada una de las mesada pensionales, lo cierto es que **los pagos posteriores al primer desembolso únicamente corresponden a los efectos acumulativos de la infracción.**

En esa medida, **tampoco se advierte que el dolo de los sujetos activos de la infracción permaneciere vigente respecto de múltiples ilicitudes sucesivas y, en cambio, únicamente se evidencia en la presentación de las irregulares solicitudes pensionales por parte de los intervinientes**, que dio lugar al consecuente trámite ilegal por parte de los presustanciadores, a la emisión de las resoluciones de reconocimiento, vía de error, de las pensiones de vejez, por parte del jefe de la unidad de atención al pensionado y al posterior pago de las mismas, en actos segmentados.

Repárese, además que, **no es posible predicar homogeneidad o uniformidad entre la acción principal peculadora** consistente en la producción de las resoluciones de reconocimiento pensional -cuyo fundamento lo fueron los actos fraudulentos realizados por los servidores públicos e intervinientes en cada caso-

, por una parte, **y las transferencias bancarias mediante las cuales se producían los desembolsos** de dinero a los procesados, por otra, como tampoco existe analogía con el modus operandi que según la Fiscalía desarrollaron algunos de los procesados -la pareja MA- para conseguir que, tras la suspensión en el pago de las mesadas, éstas les volvieran a ser canceladas, consistente en la interposición de acciones de tutela.

Así mismo, es evidente que **no se cumple con el factor objetivo temporal del delito continuado**; no, porque los peculados originados en los diversos actos administrativos se hicieran a lo largo de un quinquenio, ni debido a que el pago de las mesadas acaeciera por algo más de dos años, sino **porque no es posible aceptar que pudiera figurarse un dolo global en los autores**

que permitiera estructurar la comisión de un único delito, en acciones fraccionadas, para ser desarrolladas por un tiempo indefinido.

En suma, por lo dicho, **es de recibo el reparo formulado por la defensa** de RMM y SAL y los procesados LETL y JJRC **en el sentido de que se incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del inciso final del artículo 31 del Código Penal**, habida cuenta que **no se podía deducir la modalidad de delito continuado respecto del peculado por apropiación por el que fueron condenados**, razón por la que, **se casará parcialmente la sentencia impugnada y se redosificarán las penas correspondientes, decisión que se hace extensiva al resto de los condenados no recurrentes».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - JUICIO ORAL:

Utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para su evacuación, no afecta las garantías de inmediación, publicidad, contradicción y concentración, siempre que se garantice el adecuado funcionamiento

Al desatar el recurso de queja, declarando bien denegada la apelación, la Sala estimó fundamental recordar que, en el sistema penal acusatorio, este medio de inconformidad no es precedente respecto de las *órdenes* que adopta el juzgador para definir asuntos de simple trámite vinculados con el curso de la actuación, entre ellas, las que disponen o niegan la suspensión de las audiencias. Finalmente, indicó que la utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para evacuar la audiencia de *juicio oral*, no afecta las garantías de inmediación, publicidad, contradicción y concentración, siempre que se garantice el adecuado funcionamiento.

AP1097-2020 (57346) del 10/06/2020

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Providencias judiciales: clases, sentencias, autos y órdenes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - recurso de apelación:** procedencia, está condicionada por la naturaleza de la decisión judicial que se haya adoptado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** improcedencia, cuando se trata de una orden, que define asuntos de simple trámite vinculados con el curso de la actuación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencias:** juez, director del proceso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** improcedencia, cuando se trata de una decisión que ordena o niega la suspensión de la audiencia de juicio oral, o de cualquier otra || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencias:** utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para impedir la paralización de la actividad judicial, a través de sesiones virtuales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juicio oral:** utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para su evacuación, no afecta las garantías de inmediación, publicidad, contradicción y concentración, siempre que se garantice el adecuado funcionamiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** la Sala declara bien denegada la apelación

«El origen del problema jurídico planteado en este caso se remonta a la solicitud presentada por el procesado ECR y su defensor, orientada a

obtener la **suspensión de la audiencia del juicio oral**, hasta tanto se pueda garantizar la presencia de los Magistrados, las partes y los intervinientes a la misma, y el cabal ejercicio del debido proceso probatorio en cuanto a los principios de inmediación, contradicción, publicidad y contradicción de la prueba.

Esta solicitud fue rechazada por la Sala Especial de Primera Instancia, por estimar que las **sesiones virtuales del juicio** que se venían realizando garantizaban el debido proceso probatorio y la eficacia de la administración de justicia, y no sacrificaban, ni limitaban, como se sostenía, los derechos del procesado.

La defensa recurrió esta determinación en apelación, pero la Sala Especial de Primera Instancia lo negó por improcedente, con el argumento de que se trataba de un acto de dirección del proceso, contra el cual no procedía el recurso de apelación. Ante ello, la defensa recurrió en queja, para que la Sala de Casación Penal, en condición de juez de segunda instancia, acceda a la concesión del recurso.

El quid del asunto radica en determinar **si las decisiones que ordenan o niegan la suspensión de la audiencia del juicio oral, o de cualquier otra audiencia, admiten el recurso de apelación**, al margen de los motivos que puedan haberse invocado para solicitarlo o disponerlo, los cuales, contrario a lo creído por la defensa, no cuentan para estos efectos.

Pues bien. **La Sala no alberga dudas** en cuanto a que esta decisión no resuelve el objeto del proceso, ni un asunto sustancial del mismo, y **que solo se trata de un acto que resuelve una cuestión vinculada con el curso de la actuación procesal, tomada en el marco de las funciones de dirección que la ley le otorga al juez.**

Esto determina que la decisión **se enmarque dentro de la categoría de las providencias judiciales denominadas órdenes**, en virtud de su naturaleza, y que se asimile a las decisiones que el juez toma, por ejemplo, para activar el

trámite procesal, o controlar su normal desarrollo, o imponer orden, o disponer recesos, entre otras.

Los autos, por su parte, son decisiones que resuelven un aspecto sustancial del proceso, distinto de su propio objeto, que implican generalmente la afectación o limitación de un derecho, o de una garantía, como sucede con los que menciona el artículo 20, o los que enumeran el artículo 177, de cuya naturaleza no participa el que aquí se impugna.

Siendo así, se impone concluir que **la decisión impugnada no admite el recurso de apelación, y que la Sala Especial de Primera Instancia hizo bien al negarlo**, por improcedente, con independencia, como ya se dijo, de los fundamentos que se hayan expuesto para sustentar la petición, por cuanto éstos no tienen la virtualidad de variar su naturaleza.

Sin embargo, es importante reiterar que **la utilización de medios tecnológicos de información y comunicación para su evacuación de las audiencias de juicio oral, que actualmente se han implementado para impedir la paralización de actividad judicial, no afectan las garantías de inmediación, publicidad, contradicción y concentración**, puesto que todas logran realización a través de este medio, **siempre que se garantice, desde luego, el adecuado funcionamiento del sistema.**

[...] En síntesis, **la decisión** de la Sala Especial de Primera Instancia **de no acceder a la solicitud de suspensión de la audiencia del juicio oral, se inscribe, por su naturaleza, dentro de la categoría de las providencias que se definen legalmente como órdenes, contra las cuales no procede el recurso de apelación.** Por tanto, **se declarará correctamente denegado el recurso».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

ACOSO SEXUAL - SE CONFIGURA:
Evento en que el sujeto activo, utilizó el poder derivado de la investidura de Fiscal, para ejecutar el delito sobre mujeres en situación de vulnerabilidad

La Sala confirmó el fallo condenatorio del Tribunal, a través del cual se declaró penalmente responsable al acusado del delito de *acoso sexual*. Para tal efecto, efectuó importantes precisiones con *enfoque de género*

sobre este comportamiento y su proyección en eventos de *violencia contra la mujer en condición de vulnerabilidad*. Igualmente explicó que su configuración puede presentarse a través de una relación de sometimiento entre un servidor público de la justicia y un usuario de ese servicio, sustentada en la autoridad o el poder que ostenta aquel, cuestión que se advirtió materializada en este caso, en el que el autor empleó su investidura como *Fiscal Delegado*, para asediar y acosar a las denunciadas, con el propósito de obtener favores sexuales no consentidos.

SP931-2020 (55406) del 20/05/2020

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACOSO SEXUAL - Análisis a través del enfoque de género: procedencia || **ACOSO SEXUAL - Antecedentes legislativos** || **ACOSO SEXUAL - Violencia contra la mujer** || **ACOSO SEXUAL - Sujeto activo:** es un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima || **ACOSO SEXUAL - Verbos alternativos** || **ACOSO SEXUAL - Bien jurídico tutelado** || **ACOSO SEXUAL - Configuración:** requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima || **ACOSO SEXUAL - Demostración:** las circunstancias concretas en que se desenvuelva, determinan la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad || **ACOSO SEXUAL ACOSO SEXUAL - Configuración:** mediante una relación de sometimiento, entre un servidor público de la justicia y un usuario de ese servicio, sustentada en la autoridad o el poder que ostenta aquel

«Enmarcados así los conceptos de **violencia y enfoque de género**, estrecha relación con ellos tiene la incorporación al orden jurídico nacional del delito de **acoso sexual**, respecto del cual en la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la Ley 1257 de 2008, «*Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal,*

de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones», se expuso:

El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la sociedad.

La violencia basada en las relaciones de subordinación que viven las mujeres ocurre tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares.

Este tipo penal y la sanción que se atribuye a quien incurre en su ejecución, son del siguiente tenor:

Artículo 210 A. Acoso sexual. El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

[...] Por consiguiente, en el proceso de tipificación de esta especie delictiva, es **necesario dilucidar dos conceptos fundamentales en la estructura del delito de acoso sexual:** de una parte, el concerniente **al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima;** y, de otra, el relativo a los **verbos rectores** sobre los cuales se manifiesta la conducta típica

[...] Es por ello por lo que la Sala ha precisado que **las circunstancias concretas en que se desenvuelva el acoso determinarán la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad determinantes en el trato violento, aflictivo del bien jurídico tutelado.**

De manera que, en virtud de la infinidad de escenarios en los que se podría manifestar una relación de subordinación, desigualdad o

predominio, **es factible concebir la hipótesis de que, entre un servidor público de la justicia y un usuario de ese servicio, puede presentarse una relación de sometimiento, sustentada en la autoridad o el poder que per se ostenta aquel.**

Asociados a estos criterios, se encuentran los que la Sala en pretérita decisión plasmó acerca de la configuración de los distintos verbos rectores del precepto en estudio [...].

ACOSO SEXUAL - Demostración || ACOSO SEXUAL - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **ACOSO SEXUAL - Verbos rectores:** asediar y acosar || **ACOSO SEXUAL - Se configura:** evento en que el sujeto activo, utilizó el poder derivado de la investidura de Fiscal, para ejecutar el delito sobre mujeres en situación de vulnerabilidad || **ACOSO SEXUAL - Se configura:** evento en que el sujeto activo, utilizó el cargo de Fiscal, para presionar a usuarias del servicio, mediante lascivas y repetitivas acciones y expresiones verbales, orientadas a obtener favores sexuales no consentidos || **ACOSO SEXUAL - Se configura:** evento en que las solicitudes dirigidas a los fines sexuales no consentidos, se hicieron de forma tácita o implícita || **ACOSO SEXUAL - Violencia contra la mujer || ACOSO SEXUAL - Análisis a través del enfoque de género:** procedencia, evento en que el sujeto activo cosificó a la mujer en situación de vulnerabilidad || **FUNCIONARIO JUDICIAL - Incumplimiento a los deberes oficiales || ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Principio de confianza legítima de la ciudadanía en el servicio público || PROVIDENCIAS - Presunción de acierto y legalidad || RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal:** confirma sentencia condenatoria

«En la misma línea, para resolver las críticas de los impugnantes a la falta de demostración de la continuidad o reiteración de las conductas de acoso sexual reprochadas a AMG, esto es, la **persistencia del comportamiento acosador**, se remitirá la Sala en lo pertinente y al detalle a elementos de comprobación en que se encuentra corroboración suficiente de la forma en que se desarrollaron los hechos ilícitos enjuiciados.

En primer orden, en la denuncia interpuesta por la señora MAPC, prueba de referencia que fue traída al expediente por conducto de la investigadora judicial NPRN, se encuentra mención a los repetidos actos de acoso sexual cometidos por el fiscal acusado en su perjuicio, a partir de un primer suceso que se remonta, acorde con la víctima, al mes de noviembre de 2012.

En esa época fue a preguntarle qué pasaba con el proceso adelantado contra su excompañero LEIC y pedir colaboración porque ya había pasado mucho tiempo y no se le daba solución al asunto; entró al despacho del fiscal, ubicado en el tercer piso de la edificación donde funciona la Fiscalía [...], conversó con AMG y al despedirse, este se le acercó y le dio un beso en la mejilla, lo cual le generó asombro porque no tenían ninguna confianza, a la par que le dijo que pasara en ocho días para ver qué respuesta le daba.

Pasado ese tiempo regresó a hablar con el Fiscal que en esa ocasión la saludó con un beso en la mejilla y bajó su mirada al busto, con morbo; acto seguido le dijo que tenía *«unas téticas muy lindas y que le gustaría verlas»*, ella se apartó y entonces MG dijo que *«le gustaría tener algo conmigo»*.

Asustada, MA reaccionó insistiendo en saber qué pasaba con el proceso, interrogante que el funcionario respondió diciendo que, si se portaba bien con él, le ayudaría con eso; desconcertada decidió salir y al despedirse le dio la mano, ocasión que aprovechó el acusado para halarla hacia su cuerpo y darle un beso en la boca, lo cual la llenó de enojo, actitud que notó al retirarse del recinto OJLG, auxiliar del fiscal.

En segundo lugar, la declaración juramentada tomada a MAPC por la servidora de policía judicial [...], con quien fue incorporada en el juzgamiento oral .

Reiteró ante la investigadora haber acudido varias veces a la Fiscalía Local [...] a averiguar por un caso de inasistencia alimentaria que llevaba el fiscal AMG, quien la atendía a puerta cerrada en su oficina. En alguna de esas ocasiones él miró su busto de forma morbosa, lo que le causó mucho malestar e incomodidad; mientras que en otra oportunidad la tomó de la mano y le dio por sorpresa un beso en la boca sin que ella lo hubiera permitido o querido, sintiéndose molesta, afectada por su actitud.

Y mencionó, también, que le hacía insinuaciones de portarse bien con él, para recibir su

colaboración en el trámite del proceso que estaba interesada.

En adición, según se anunció, en este apartado se ofrecen oportunas y dignas de mención las exposiciones de las demás víctimas, para despejar, por contera, las críticas relativas a que con los testimonios rendidos por YNG, ALRA y AFBP, no se puede edificar la sentencia de condena

[...] Interrogada a qué se refería la expresión «*insinuante*» explicó que no se trataba de charlas normales, que notaba un tono de voz y una mirada inusuales en el fiscal MG que la hacían sentir incómoda; y agregó que las insinuaciones se sucedieron en repetidas ocasiones, cuando acudía a averiguar por el estado de los procesos que había promovido, porque fueron varias las denuncias que presentó contra el padre de uno de sus hijos.

En adición, preguntada si conocía a las demás mujeres víctimas en este proceso, aseguró que las distinguió desde que inició su trámite cuando fueron a rendir declaración, sin que hubiera tenido o surgido trato o amistad con ellas; así mismo, indicó que en varias oportunidades escuchó comentarios que la gente hacía sobre comportamientos impropios del Fiscal en el año 2015, aproximadamente.

Explicó que **las intenciones de ese Funcionario**, entendió como mujer, **tenían por finalidad que estuvieran juntos de una manera sexual**. Añadió que se sentía desnuda ante él cuando le hablaba y la miraba, y que cuando quiso denunciar fue informada que debía acudir a las instalaciones de la Fiscalía [...], lo cual le generó desagrado porque allá trabajaba, justamente, AMG.

[...] Como episodio destacado, refirió lo que sucedió en una audiencia en un juzgado [...] a la que no acudió el apoderado defensor público de víctimas, razón por la cual preguntó al fiscal MG que, como ella no sabía de leyes, quién iba a defender los derechos de su hijo, y él le respondió que eso «...*me lo había ganado porque no había querido colaborarle, que muchas veces me había dicho que le colaborara y que yo sabía de qué manera*»; abandonó la sala llorando, muy afectada y se dirigió a la Comisaría de Familia de la localidad donde narró lo ocurrido a la persona que estaba de turno, quien le recomendó grabar al fiscal con un celular o una cámara y denunciarlo, a la vez que le dijo que no era la

única mujer del pueblo que iba a dar quejas de AM pues ya lo habían denunciado por acoso otras personas.

Interrogada por la frecuencia con que se presentaron las insinuaciones del referido funcionario, afirmó que desde la fecha en que puso la primera denuncia por inasistencia alimentaria contra el padre de dos de sus hijos, el Fiscal siempre le insinuaba cosas similares, pero con ella no logró nada, aunque, aclaró, se comentaba en San Vicente que con otras mujeres sí, manifestando de manera contundente: «...*Él quería sexo, con las insinuaciones que él me decía, él quería era que yo me le acostara.*»

[...] AFBP, expuso respecto del comportamiento que percibió de AMG hacia ella en las repetidas visitas que hizo a la Fiscalía para saber cómo iba el trámite del proceso por inasistencia alimentaria contra el papá de sus hijos, en un principio, fue respetuoso. Sin embargo, recuerda en especial una ocasión que estuvo con su hermana IB en la oficina del Fiscal [...]

[...] MG le dijo «...*pórtese bien que yo le ayudo...*», de todo lo cual **entendió que buscaba el Fiscal sostener relaciones sexuales con ella** porque, como mujer, no encuentra otra explicación a los gestos obscenos y las palabras de aquel. [...]

[...] De los medios de prueba examinados **concluye la Sala sin lugar a equívoco que, contrario a lo predicado por los recurrentes, están demostrados más allá de toda duda los presupuestos para condenar a partir de la acreditación de los elementos estructurales del delito de acoso sexual, en sus verbos rectores de asediar y acosar, y quién fue su ejecutor**, como bien concluyó el Tribunal.

Se probó que **la conducta asumida** por AMG en perjuicio de MAPC, YNG, ALRA y AFBP, **consistió en que, prevalido del cargo de Fiscal delegado que ostentaba, mediante lascivas y repetitivas acciones y expresiones verbales, las apremió y presionó en forma insistente para obtener de ellas favores sexuales no consentidos**, cuando, en distintas fechas, acudieron a su oficina con la finalidad de obtener ayuda y/o saber el avance de los procesos por inasistencia alimentaria que habían promovido contra los padres de sus hijos.

No cabe duda alguna que **la conducta ilícita múltiple se consumó y causó efectivo daño denigrando y cosificando a las mujeres destinatarias de los actos de acoso y asedio desplegados** por AMG, como así lo dejaron en

claro al manifestar que se sintieron, algunas molestas e incómodas; otras enojadas, frustradas, impotentes y desconcertadas en cuanto asumía una actitud de dominación desde su posición de poder, y abusiva marcadamente machista al relacionarse con ellas, con evidente incidencia en su libertad sexual visto que el fin último que buscaba era que aceptaran someterse a sus apetencias sexuales.

En este punto necesario **es precisar que, si bien nunca las invitó, les pidió o les exigió expresamente sostener relaciones sexuales**, como afirman las propias víctimas, **es incuestionable que, de forma tácita, implícita, sí lo hizo.**

A veces con un lenguaje velado que fue por todas ellas entendido inequívocamente, como cuando les decía que, si ellas se mostraban colaboradoras él, a su vez, les colaboraría; o al hacer comentarios respecto de su belleza o atributos físicos, formularles preguntas personales, invitarlas a verse fuera de las instalaciones de la Fiscalía para tomar algo, etc. En otras oportunidades, con acciones físicas como tomar sus manos y lamerlas, hacer lo propio con las suyas, gesticular morbosamente o dar un sorpresivo beso en la boca.

Por tanto, **para la Sala es irrefutable que los actos del Fiscal MG tenían connotación sexual** porque se advierte que la forma en que se dieron no deja espacio para concluir, ex ante, una finalidad diversa como busca que se acoja la alegación defensiva al aseverar que carecieron de ilicitud, esto es, que estuvieron desprovistos de ánimo dañoso cual si fuesen simples muestras de cortesía para generar un ambiente de confianza con las usuarias del ente que representaba, como dijo el procesado en su atestación dentro del juicio oral, pretendiendo hacer creer que las expresiones que usó eran ingenuas muestras de cordialidad.

El entorno fáctico ilícito, encuentra la Corte, **está demostrado de manera irrefutable** a partir de escenarios y características comunes en que se **desplegó la conducta plural** asumida por AMG que es cierto, **usó su condición de Fiscal Delegado** ante los Juzgados Promiscuos Municipales [...], **para asediar y acosar a mujeres humildes que acudían ante su despacho buscando ayuda y diligencia en las investigaciones penales** que adelantaba en contra de los padres de sus hijos por inasistencia alimentaria.

Se concluye, también, a partir de la prueba recaudada, que **el comportamiento asumido por el Fiscal MG** es absolutamente reprochable pues **constituye una traición flagrante a sus deberes oficiales y a lo que la sociedad espera y desea de un funcionario judicial**, en tanto su deber misional, entre otros, es el de velar por el respeto, garantía y protección de los derechos de las víctimas, los testigos y demás intervinientes en los respectivos procesos bajo su cargo, de conformidad con el artículo 250-7 de la Constitución Política. **Actuar en contra de la libre disposición de la sexualidad de mujeres que, en estado especial de vulnerabilidad, por su extracción social o simplemente por las necesidades de la situación** que enfrentaban y se reflejaba en las acciones judiciales que iniciaron, acudían a su despacho oficial por razón del servicio, **es** más que un error de comportamiento, es como lo declaró el Tribunal y aquí se confirmará, **un crimen.**

Mayormente significativo resulta esto si en cuenta se tiene, según se destacó en líneas previas, la negativa impresión que causó a las señoras PC, NG, RA y BP, la conducta asumida por el Servidor Público que, por esa vía, **defraudó el principio de confianza legítima de la ciudadanía en el servicio público de administración de justicia**, en contravía del principio constitucional que consagra que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades.

En suma, un análisis objetivo de los hechos, las pruebas directas relativas a su ocurrencia y las normas aplicables al caso, conduce a concluir **acierto y legalidad en la sentencia de primera instancia confutada**, en tanto se ha demostrado que lo ocurrido es un vivo ejemplo de la **violencia de género materializada en perjuicio de cuatro humildes mujeres que acudían a reclamar los derechos alimentarios de sus hijos y se convirtieron en víctimas de actos de acoso sexual cometidos por un servidor público vinculado a la administración de justicia, que se valió de su cargo con el fin de obtener de ellas favores sexuales no consentidos.**

Conductas que, resalta la Sala, **afectaron su dignidad y autonomía sexual dado el marco de desigualdad en que se encontraban respecto del agresor** en un entorno que la posición de dominio que este tenía, evidente **por la jerarquía institucional y social que ostentaba el actor**

como titular del cargo de Fiscal delegado, las obligaba a acudir a su presencia para obtener información y deprecar resultados efectivos en las respectivas investigaciones que habían promovido contra los padres de sus hijos que no cumplían el deber alimentario a su cargo.

Consecuencia obligada de lo viene de exponerse, será **confirmar**, en cuanto fue motivo de apelación, **la sentencia** proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior [...], por medio de la cual condenó a AMG en calidad de autor del delito de **acoso sexual en concurso homogéneo**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

FUERO INDÍGENA - ELEMENTOS:

Factor territorial, la pertenencia de la víctima a un resguardo diferente al de los procesados no constituye regla de exclusión de la competencia

La Sala decidió *casar* el fallo impugnado y declarar la *nulidad* de la actuación, tras advertir la vulneración al parámetro de competencia por parte de los funcionarios de la *jurisdicción ordinaria* que asumieron su conocimiento, habida consideración que, en el caso concreto, se reunían todos los elementos propios del *fuego indígena*, que implicaban que el asunto fuera adelantado por la *jurisdicción especial*. Se enfatizó en que el *factor territorial*, no se restringe a un espacio geográfico, sino que deriva del significado cultural en el que las comunidades ancestrales ejercen sus derechos autónomos y de autodeterminación. Adicionalmente, se anotó que la pertenencia de la víctima a un resguardo distinto al del procesado no constituye regla que excluya la competencia.

SP925-2020 (48049) del 13/05/2020

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**JURISDICCIÓN INDÍGENA - Competencia ||
FUERO INDÍGENA - Elementos:** factor

territorial, no se circunscribe a un espacio geográfico, sino al significado cultural en el que la comunidad ejerce sus derechos autónomos y de autodeterminación || **FUERO INDÍGENA - Elementos:** factor territorial, se cumple también cuando las personas son de resguardos indígenas diferentes || **FUERO INDÍGENA - Elementos:** factor territorial, la pertenencia de la víctima a un resguardo diferente al de los procesados no constituye regla de exclusión de la competencia

«Factor geográfico o territorial

Pese a que el Consejo Superior de la Judicatura para negar el conocimiento del asunto a la jurisdicción especial indígena consideró que no se había demostrado el **ámbito territorial de la comunidad de los procesados**, no se debe desatender que, contrariamente, sí se acreditó que los hechos acaecieron en la vereda La Peña, en la vía que conduce al corregimiento Gabriel López del municipio de Totoró-Cauca en desarrollo de un evento convocado por el resguardo de la Población de los Totoroez.

Y si como se ha dicho **el ámbito territorial del cabildo no se circunscribe a un espacio geográfico, sino que va más allá en cuanto al significado cultural en el que la comunidad ejerce sus derechos autónomos y de autodeterminación**, esto es, “*el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales*” (CC T-002/12 y T-397/16), aquí la conducta desplegada por LCSU y HCG no ocurrió en el ámbito del Resguardo del

Pueblo Ambaló, pero si fue en un contexto ancestral en el territorio de los Totoroez dada la actividad de integración que a través de un bingo había convocado ésta comunidad, que se convirtió en festividad con baile y venta de licor, como lo declararon en juicio los testigos JUU, BAZ, así como los procesados y la víctima.

Estamos así ante dos culturas diferentes asentadas en dos municipios vecinos del oriente caucano: Silvia, del Pueblo Ambaló y Totoró de la comunidad Totoroez, y aunque puede decirse que se trata de diversas culturas, y que se debe preservar la identidad de cada una de ellas, para la Corte **la pertenencia de la víctima a un resguardo diferente al de los procesados no puede ser una regla de exclusión de la competencia de la jurisdicción indígena**, ya que se insiste la conducta lesiva de la integridad de MBPC ocurrió en un contexto ancestral.

Corroborar el elemento territorial que si el **fuero indígena es un derecho subjetivo que atiende la cosmovisión del infractor, el hecho de pertenecer la víctima a un resguardo diferente no puede inhibir la potestad del Resguardo al que pertenece aquél de juzgarlo**.

En un caso semejante, cuando tanto el procesado como la víctima ostentaban la condición de indígenas, pero pertenecían a diferente comunidad y el representante del Cabildo al que estaba adscrito aquél reclamaba conocer del asunto, la Corte Constitucional (T-397/16) dejó sin efectos, tanto la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que había dirimido el conflicto positivo de competencia al asignarlo a la justicia ordinaria, como la sentencia condenatoria que por el delito de homicidio ya se había emitido, al estimar que pese a mediar dos comunidades indígenas distintas, se satisfacía el elemento territorial pero se exhortaba a las mismas a una labor de coordinación o articulación a fin de garantizar la autonomía de cada una de ellas en su ámbito territorial, por ello, al asignar la competencia a la justicia especial indígena, solicitó al Cabildo al que pertenecía el implicado convocar a las autoridades del resguardo de la víctima para que de común acuerdo decidieran la forma como se adelantaría el juzgamiento de aquél, debiendo garantizar la participación de las víctimas a fin de velar por sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Bajo esta arista, **se satisface también el elemento territorial**.

JURISDICCIÓN INDÍGENA – Competencia || FUERO INDÍGENA - Elementos: elemento institucional, se configura

«Factor orgánico o institucional

En la comunicación del Gobernador y del Comisario del Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló solicitando la remisión del proceso se señaló indicó que bajo la jurisdicción especial indígena esa institución llamaría a las partes implicadas y adelantaría el proceso de investigación y sanción según el caso.

A su turno, el defensor de los procesados al momento de cuestionar la competencia de la jurisdicción ordinaria destacó también que el Resguardo cuenta con un ámbito territorial, tiene autoridades constituidas y reconocidas con normas y procedimientos según el llamado Derecho Mayor, Ley de Origen o Derecho Propio, que resuelven los asuntos bajo el criterio de reorientación.

Por tanto, estima la Corte que también **ese elemento se encuentra satisfecho**.

FUERO INDÍGENA - Elementos: elemento objetivo, no es suficiente para asignar la competencia, cuando el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad indígena como a la mayoritaria || **FUERO INDÍGENA - Elementos:** elemento objetivo, bien jurídico de la integridad personal || **LESIONES PERSONALES - Principio de lesividad || JURISDICCIÓN INDÍGENA – Competencia || NULIDAD - Falta de competencia:** se configura, cuando la jurisdicción ordinaria emite sentencia dentro de un asunto de conocimiento de la jurisdicción indígena || **NULIDAD - Falta de competencia:** se configura, evento en que se invalida todo lo actuado por la jurisdicción ordinaria y se remite el asunto al cabildo indígena

«Factor objetivo

De acuerdo con los criterios interpretativos, cuando como en este caso **el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la cual pertenecen los procesados como a la cultura mayoritaria, el criterio objetivo no es suficiente para asignar la competencia**.

Al analizar si el bien jurídico o su titular tiene que ver con un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria, no cabe duda que la **integridad personal, es un interés vital para ambas culturas**.

La finalidad de proteger la integridad personal o incolumidad deviene del mismo preámbulo de la Constitución Política y en desarrollo de los fines esenciales del Estado, norma superior que para su expedición en 1991 contó con la activa participación del componente indígena, por cuanto todas las autoridades de la República, entre ellas las de los pueblos ancestrales, han de estar instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y demás derechos, así como para asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado y garantizar un orden político, económico y social justo.

Por eso el **principio de lesividad**, como juicio de desvalor a la conducta prohibida, se asegura la esfera física de protección de las personas para que no se atente o se cause daño en el cuerpo o la salud sea por lesiones o afectaciones que alteren su anatomía, las funciones de sus órganos, etc.

Como el bien jurídico interesa a ambas culturas el factor objetivo no resulta determinante, adquiriendo prevalencia los otros factores: el hecho ocurrió en un ámbito ancestral (**territorial**), los procesados son

indígenas del Resguardo de Ambaló (**personal**), y ésta última comunidad cuenta con autoridades para juzgar a sus integrantes (**institucional**).

Por lo anterior, **razón le asiste al casacionista cuando destaca que era la jurisdicción especial indígena la que debió conocer del asunto**, por ello, al **prosperar el cargo de casar el fallo impugnado a fin de declarar la nulidad de todo lo actuado en la justicia ordinaria, remitiéndola al Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló Silvia-Cauca**.

No se hace algún pronunciamiento relativo a la libertad de los procesados por cuanto no han estado privados de ese derecho y aun cuando en el fallo de condena sólo a HCG se le había negado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, su cumplimiento se supeditó a la ejecutora de la decisión.

Se comunicará al Tribunal Superior [...] esta decisión para que en el evento que se haya librado orden de captura contra CG, si aún no ha sido cancelada, se proceda a su cancelación».

(Textos resaltados por la Relatoría)

LAVADO DE ACTIVOS - CONFIGURACIÓN:

Se requiere, como mínimo, la concurrencia de un hecho indicador debidamente probado, a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva

La Sala decidió casar el fallo impugnado y absolver al acusado de los cargos por los delitos de *Lavado de Activos y Enriquecimiento Ilícito de Particulares*, luego de encontrar que el Tribunal incurrió en *falso raciocinio* por vulneración del *principio de razón suficiente*. Tal situación se derivó de una lectura indebida de la jurisprudencia, que lo llevó a considerar que podía dar por demostrado el elemento estructural del delito contra el orden económico social, sin contar con *prueba directa o indirecta* de ello, olvidando que en estos eventos se requiere, como mínimo, la concurrencia de un *hecho indicador* debidamente probado, a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una *fuentes ilícita*.

49906 del 06/05/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO RACIOCINIO - Se configura: por violación al principio de razón suficiente || **LAVADO DE ACTIVOS - Configuración:** exige la acreditación del origen ilícito de los recursos, a través de prueba directa o indirecta || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Tema de prueba:** en los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares || **LAVADO DE ACTIVOS - Es un delito autónomo:** respecto de las actividades delictivas que dieron origen, mediato o inmediato, a los bienes sobre los que recae la conducta || **LAVADO DE ACTIVOS - Configuración:** se requiere, como mínimo, la concurrencia de un hecho indicador

debidamente probado, a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** Fiscalía, obligación de probar la concurrencia de los elementos que integran los tipos penales, para desvirtuar la presunción de inocencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** Fiscalía, en casos de lavado de activos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** defensa, en casos de lavado de activos, se invierte sólo a condición de que se satisfaga la hipótesis de la acusación || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Se vulnera** || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** de la duda razonable, cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa a la del acusador, que puede ser catalogada como verdaderamente plausible || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **LAVADO DE ACTIVOS - No se configura** || **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES - No se configura** || **CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la condenatoria impugnada, y dispone la absolución del procesado

«Con todo y al margen de que no se demostraron los errores propuestos en la censura, advierte la Sala que el Tribunal **sí incurrió en un falso raciocinio derivado de la violación del principio de razón suficiente** porque la motivación que esgrimió para sustentar la condena no basta para sostener una decisión de tal naturaleza. En efecto y según se precisó líneas atrás, los jueces de instancia decidieron condenar a IT por el delito de lavado de activos con fundamento en dos únicas premisas: **(i)** el hallazgo de la suma de dinero oculta en el equipaje del procesado; y **(ii)** la inferencia de que ese capital es de origen ilícito por la supuesta ausencia de prueba sobre su licitud.

Como lo ha precisado la Sala en recientes pronunciamientos, **la configuración del delito de lavado de activos exige la demostración a través de prueba directa o indirecta del elemento estructural del tipo penal que se refiere al origen de los bienes sobre los que recae la conducta.**

[...] Sin embargo, dentro de la sentencia que se analiza **el Tribunal ninguna mención hizo sobre la existencia de algún hecho indicador que le sirviera de insumo para construir un indicio sólido** sobre la posible vinculación de IT con las actividades delictivas que enlista el

artículo 323 del Código Penal y, menos aún, para inferir razonablemente que el dinero incautado tiene su origen mediato o inmediato en alguna de esas conductas. Tal omisión encuentra su explicación en el simple hecho de que dentro del acervo probatorio no es posible extraer ningún elemento de convicción que satisfaga el estándar de conocimiento sobre la realización de alguno de los tipos penales subyacentes.

Si bien es cierto la Corte ha precisado que la imputación por el punible de lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otro delito, lo que implica que no es necesario demostrar que el delito subyacente ocurrió en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, no menos lo es que **para efectos de sustentar la responsabilidad penal por este punible se requiere, como mínimo, la concurrencia de un hecho indicador debidamente probado a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva.**

En el caso bajo estudio, el Tribunal asumió, en términos generales, que el delito subyacente al de lavado de activos es, precisamente, el de enriquecimiento ilícito de particulares. [...]

[...] Bajo ese entendido, la **violación indirecta de la ley en la que incurrió el Tribunal por la vía del falso raciocinio al transgredir el principio de razón suficiente** se concretó al concluir que está demostrado que IT llevaba en su equipaje una alta suma de dinero que tiene su origen en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares lo que a su vez tipificó el delito de lavado de activos porque jamás justificó el origen lícito de ese capital.

Como se puede observar, para elaborar este razonamiento el Tribunal partió de dos premisas que obtuvo a partir de la construcción de indicios: la primera, que IT incurrió en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares por el solo hecho de transportar una alta suma de dinero oculta en su equipaje, y la segunda, que el dinero incautado es de origen ilícito, lo que a su vez tipificó el punible de lavado de activos.

Con todo, encuentra la Sala que **los indicios a partir de las cuales se sustentó la hipótesis de la acusación no están respaldados por ningún elemento de prueba que demuestre plenamente la concurrencia de un hecho indicador** a partir del cual se pueda inferir que IT incrementó su patrimonio -o el de otra

persona- realizando actividades ilícitas y que la suma de dinero que portaba al momento de su captura provenía de esa misma conducta delictiva.

En otras palabras, **no hay un solo hecho indicador, debidamente probado**, que conecte a IT con alguna actividad delictiva como para poder inferir que esa fue la fuente del capital que se le incautó.

Y es que **el tema de la prueba en los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares** no solo debe recaer en la demostración de que se conjugó alguno de los verbos rectores que contienen las normas sino que también **es necesario**, como así lo ha precisado la Sala, **que los hechos indicadores a partir de los cuales se construye el indicio del origen ilícito de los bienes, también se encuentren plenamente demostrados**. [...].

[...] En resumen, la única prueba que sustentó la hipótesis de la acusación se contrajo a la captura en flagrancia de IT cuando portaba de forma oculta en su equipaje de viaje una alta suma de dinero que no declaró ante las autoridades aduaneras colombianas. Al margen de este hecho, ningún otro elemento de conocimiento se aportó para demostrar la existencia de, por lo menos, un solo hecho indicador que vinculara al procesado con alguna de las actividades ilícitas que enlista el artículo 323 del Código Penal. En el mismo sentido, tampoco se probó la concurrencia de los elementos estructurales del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, pues además del hecho de portar las divisas, ninguna otra prueba conduce a concluir, más allá de toda duda, que dicha suma constituyó un incremento patrimonial producto del ejercicio de alguna actividad delictiva.

El error del Tribunal consistió, entonces, **en un falso raciocinio por violación al principio de razón suficiente porque** es incontrovertible que **la construcción inferencial** elaborada **no tiene el mérito probatorio necesario para llegar al estándar de conocimiento que una decisión condenatoria demanda**. Más aún, cuando, **sin contar con un solo hecho indicador debidamente probado** y distinto a la captura en flagrancia, dedujo que el dinero incautado a IT tuvo su origen en una actividad ilícita, lo que a su vez utilizó como fundamento **para concluir, erróneamente, que se colmaron los elementos constitutivos de los tipos penales de lavado de**

activos y enriquecimiento ilícito de particulares.

Además de lo anterior, **los jueces de instancia también emplearon un razonamiento equivocado para afirmar que**, en todo caso, cuando se juzgan las conductas que tipifican los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares **se invierte la carga de la prueba**, de manera que siempre corre a cargo de la defensa la obligación de desvirtuar la hipótesis de la acusación.

A partir de esta deducción, se pone en evidencia que el Tribunal pasó por alto el mandato constitucional contenido en el artículo 250 de la Constitución Política que establece que **en los juicios penales la carga de la prueba recaerá, por regla general, en la Fiscalía General de la Nación**. Esto implica que **el ente acusador tiene la obligación de probar la concurrencia de todos los elementos que integran los tipos penales y desvirtuar así la presunción de inocencia** que opera siempre a favor del procesado.

Siguiendo esta lógica, **en los procesos que se adelantan por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, también corre por cuenta de la Fiscalía la carga de demostrar su ocurrencia y la responsabilidad penal del procesado**. De ahí que **solo a condición de que se satisfaga la hipótesis de la acusación, se invertirá la carga de la prueba y se activará para la defensa la posibilidad de proponer y probar una tesis alternativa** que explique, en el caso de estos tipos penales, la procedencia u origen lícito de los bienes involucrados en los hechos de la acusación.

[...] Sin embargo, en el presente caso y conforme se viene analizando, **la Fiscalía no logró superar el estándar de conocimiento exigido para demostrar la concurrencia de todos los elementos que integran los tipos penales imputados**. El Tribunal, por su parte, **erró al exigir que la defensa desvirtuara la hipótesis de una acusación que no fue suficientemente probada** y, al no encontrar colmado ese requerimiento, acudió a una defectuosa creación de indicios para justificar la decisión de condena.

Al margen de la comprobada ausencia de prueba para soportar la acusación, lo que de entrada implica la **aplicación del principio de in dubio pro reo**, reconoce la Sala que **la defensa**, por su

parte, **propuso una hipótesis plausible acerca de la procedencia lícita del dinero incautado**, y para soportarla, aportó una serie de pruebas con las que demostró que IT: **(i)** recibió un desembolso de ciento noventa y ocho mil setecientas (198.700) liras turcas del banco Odeobank de Turquía por concepto de la venta de una casa a la señora NC, a quien esa entidad financiera le otorgó un préstamo; **(ii)** es una persona que se dedica a una actividad comercial lícita en su país de origen, como es la construcción y venta de inmuebles; **(iii)** era el gerente de una sociedad legalmente establecida con un capital que ascendía a la suma de 300.000 liras turcas; y **(iv)** viajó a Colombia para visitar a su hijo y comprarle una casa en la ciudad de Cali.

Con todo, los falladores de instancia decidieron restarle todo el mérito probatorio a los medios de prueba que demostraban, de forma razonable, el origen de los recursos, acudiendo para ello a la imposición de un criterio de autoridad sustentado en una sesgada interpretación de la jurisprudencia que esta Corte ha sentado sobre la materia, pasando por alto principios insoslayables del proceso penal como son la **presunción de inocencia y la carga de la prueba**.

[...] Recapitulando. De acuerdo con lo expuesto, entonces, aparece como conclusión evidente que **el Tribunal**, al realizar la construcción indiciaria

en la que sustentó la condena de IT, **incurrió en un error de hecho por falso racionio** porque, sin contar con prueba demostrativa de un hecho indicador distinto al hallazgo del dinero oculto en su maleta, **infirió, sin razón suficiente, la presencia de los elementos comunes a los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares** que hacen relación al origen ilícito de los bienes y a su vinculación con actividades delictivas.

Evidenciado el yerro cometido por el fallador de segundo grado en la justificación de la sentencia proferida, **concluye la Sala que, corregido aquél, la decisión censurada no puede sostenerse** porque la Fiscalía no logró demostrar, cuando menos en el grado exigido para proferir condena, que el dinero que se le incautó a IT tuvo su origen mediato o inmediato en alguna actividad delictiva.

En ese orden y como quiera que las razones esbozadas resultan suficientes para **casar el fallo impugnado y, en su lugar, revocar la decisión de condena para imponer la absolución del procesado**, la Sala encuentra innecesario, por sustracción de materia, examinar los restantes reparos contenidos en la demanda».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - TESTIGO:
Impugnación de credibilidad, si no se ejerció durante el juicio, no se puede invocar en la apelación o en la casación, cuando requiere base o acreditación probatoria

En la providencia, a través de la cual la Sala no casó el fallo impugnado, condenatorio por el delito de *Acceso Carnal Violento*, la Corporación realizó una trascendente reflexión sobre la función que cumple en el sistema penal acusatorio, el instituto de la *impugnación de credibilidad del testigo*. Entre otros aspectos, determinó que si esta facultad no fue ejercida por las partes durante el juicio, no es viable su invocación en la apelación o en casación, cuando la argumentación en que se fundamenta requiera base o acreditación probatoria, pues después de tal fase procesal no es dable la

aducción de medios suasorios, resultando vedado para el fallador apoyarse en elementos no sometidos a los principios de publicidad, intermediación y contradicción.

47909 del 13/05/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: impugnación de credibilidad, función de este instituto en el esquema procesal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, reglas || **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Testigo: impugnación de credibilidad, aspectos que se pueden cuestionar || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, su uso es discrecional para cada parte || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, si la parte decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantearla en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, si no se ejerció durante el juicio, no se puede invocar en la apelación o en la casación, cuando requiere base o acreditación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** impugnación de credibilidad, si no se ejerció durante el juicio, se puede invocar en la apelación o en la casación, cuando no requiere base o acreditación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral, alcance del uso de las declaraciones rendidas antes del juicio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como medio de impugnación de credibilidad, requisitos, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos

«Errores de raciocinio»

El casacionista sostiene, **(i)** que la decisión de condena se sustenta exclusivamente en el testimonio de la víctima ILDM, y **(ii)** que el tribunal, al valorar el mérito de esta única prueba, incurrió en errores de raciocinio que erosionan el fundamento de la sentencia, porque le otorgó credibilidad a su dicho, a pesar de las múltiples contradicciones e inexactitudes que contiene.

Las inconsistencias que le atribuye, las deriva, en su mayoría, de disconformidades que dice encontrar entre el testimonio rendido por IL en el juicio oral y las declaraciones entregadas por ella en oportunidades anteriores, específicamente en la denuncia y en las entrevistas. Y también del carácter inverosímil que, en su criterio, revisten algunas de sus afirmaciones que sirven de sustento al fallo de condena.

Confrontados los audios del juicio oral, se establece, sin embargo, que **los motivos que el casacionista aduce para cuestionar la veracidad del testimonio** de ILDM (contradicciones con declaraciones anteriores e

inverosimilitud de su relato), **no fueron utilizados por la defensa para impugnar su credibilidad en el juicio, de manera directa ni indirecta**, y que los cuestionamientos que contienen quedaron al margen de toda controversia.

Esta particular situación, obliga a la Sala a reflexionar sobre **la función que cumple en el nuevo sistema procesal el instituto de la impugnación de la credibilidad del testigo**, regulado en el artículo 403 del estatuto, y la posibilidad de formular ataques en casación al amparo del error de raciocinio, cuando la parte recurrente no ha hecho uso de esta prerrogativa en el juicio oral.

Dicho instituto, **permite a las partes cuestionar la credibilidad del testigo**, por cualquiera de los siguientes aspectos, **(i)** naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, **(ii)** capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar, **(iii)** existencia de motivos de parcialidad del testigo, **(iv)** discrepancia con declaraciones anteriores, **(v)** tendencia a la mendacidad, y **(vi)** contradicciones internas del testimonio.

El ejercicio de esta garantía procesal impone a la parte interesada presentar en audiencia, ante el juez, **(i)** los argumentos que sustentan la impugnación, y **(ii)** las evidencias que acreditan el supuesto fáctico del motivo alegado, en los eventos en que su demostración exija acreditación probatoria, como sería el caso, por ejemplo, de los motivos previstos en los ordinales **(ii)**, **(iii)**, **(iv)** o **(v)** del precepto.

Su invocación es discrecional, en cuanto la parte puede hacer o no uso de ella en el juicio oral, pero **si decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria.**

Solo podrá hacerlo si la alegación que plantea no exige acreditaciones de esta índole, verbi gracia, cuando se alega inverosimilitud o ausencia de credibilidad porque el relato suministrado por el testigo contradice los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados científicos, que como se sabe, no requieren acreditación, o cuando se invocan contradicciones internas en la declaración rendida en el juicio oral.

La razón es elemental. En el modelo de enjuiciamiento acusatorio, **toda prueba debe practicarse y controvertirse en el juicio oral**, en presencia del juez de conocimiento. Este es el escenario natural del debate probatorio. Después de este momento procesal no hay espacio para la práctica de pruebas en ninguna de las instancias, ni en casación.

Esto impone afirmar **que los motivos de impugnación que requieren base probatoria, deben plantearse y debatirse necesariamente en el juicio oral**, porque después ya no habrá lugar a la incorporación de pruebas, y **al juzgador no le es permitido apoyarse, para fundamentar sus decisiones, en material probatorio que no han sido sometido a los requerimientos de los principios de publicidad, inmediación y contradicción**.

Por eso, la respuesta que se sigue al interrogante planteado, es que **las partes no pueden sorprender con esta clase de ataques en estadios posteriores al juicio oral** cuando, requiriéndose acreditación probatoria de la causal que se invoca, no se ha hecho uso de la garantía de impugnación en esta oportunidad procesal, en los términos previstos en el estatuto procesal penal.

En efecto, para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, esta Corporación ha precisado que **para el ejercicio de la prerrogativa** regulada en el artículo 403 atrás citado, **a la parte interesada le corresponde:**

(i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle

que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas. (CSJ SP, 31 ago. 2016, rad. 43916; CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950, entre otras.)

En la misma línea, ha precisado que **estas herramientas deben utilizarse razonablemente**, en orden a materializar la referida garantía con el menor uso posible de declaraciones anteriores u otro tipo de información que no haya sido decretada como prueba, precisamente para evitar la desestructuración del modelo procesal. Por tanto, se ha dicho que **antes de introducir el contenido de declaraciones anteriores al juicio oral, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos**, pues, si las reconoce, ya no tendría sentido hacer dicha incorporación ni, por ende, asumir las dilaciones y los riesgos que la misma implica -entre ellos, que el juez acceda a información por fuera de las reglas del debido proceso- (CSJ AP, 5 jun. 2019, rad. 55337).

Sin embargo, en el caso que se estudia, **los motivos que el casacionista aduce para cuestionar la credibilidad del testimonio de ILDM, no fueron invocados en el juicio oral para impugnar su credibilidad, situación que determina que sus alegaciones, en relación con los que requerían para su acreditación base probatoria, resulten de entrada ineficaces.**»

(Textos resaltados por la Relatoría)

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - SE CONFIGURA:

Quando se aprecia la declaración anterior al juicio como prueba de referencia, sin que se hubiera agotado el debido proceso probatorio para su admisión

En la providencia, a través de la cual la Sala casó el fallo impugnado para, en su lugar, absolver al acusado del cargo formulado por el delito de *Secuestro Simple*, se concluyó que el fallador incurrió en falso juicio de legalidad,

cuando apreció una declaración anterior al juicio como prueba de referencia, sin que se hubiera respetado el debido proceso probatorio para su admisión.

52133 del 13/05/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, solicitud de absolución, no vincula al juez, explicación

«La Fiscalía le solicitó a la Juez de primera instancia que absolviera al acusado de todos los cargos formulados. Al decidir de fondo el tema, no obstante esa petición, condenó a RJHF como autor del delito de secuestro, una de las tres conductas por las cuales fue acusado. En relación con las demás, no encontró que se reunieran los presupuestos probatorios para proceder de igual manera.

Al no atender la solicitud de absolución de la fiscalía, la Juez actuó de acuerdo a la línea jurisprudencial que mayoritariamente adoptó la Corte desde la SP del 25 de mayo de 2016, Radicado 43837, **bajo el entendido de que dicha manifestación no es vinculante por ser un acto de postulación**, el cual, al igual que las pretensiones de los demás intervinientes, puede ser acogida o desestimada por el juez de conocimiento, quien debe decidir con fundamento en la valoración de las pruebas allegadas en el juicio oral.

No se configura, entonces, ninguna ilegalidad que se deba abordar por esa causa».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, evento en que no se vulnera || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** cuando se aprecia la declaración anterior al juicio como prueba de referencia, sin que se hubiera agotado el debido proceso probatorio para su admisión || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas de referencia:** admisibilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

- Prueba de referencia: incorporación al juicio, procedimiento || **DEBIDO PROCESO PROBATORIO - Se vulnera || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** admisión, cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, no se configura || **TESTIMONIO - Apreciación:** puede tener la doble connotación, como prueba directa y de referencia || **CASACIÓN - Principio de trascendencia || SECUESTRO SIMPLE - No se configura**

«El Tribunal, desde el punto de vista técnico, no desbordó la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 381 de Código de Procedimiento Penal, que prohíbe condenar exclusivamente con base en prueba de referencia. Su decisión se apoyó en el testimonio del agente de Policía Nacional JABR, quien se refirió a su intervención, a lo que pudo percibir respecto del conflicto que motivó la acción policiva, y a comentarios que le hizo la supuesta víctima.

Formalmente el cargo no estaría llamado a prosperar en los términos expuestos por el casacionista, pero como se indicará, el Tribunal para fundar su determinación, se valió de apartes de la declaración del mencionado agente de policía, en los que se refirió a situaciones que percibió directamente y le confirió el mismo valor a otras que no apreció, sino que refirió por comentarios que le hizo la víctima, y que como se explicará, inciden negativamente en la legalidad de la decisión.

Pues bien:

La Sala observa que **el Tribunal incurrió en un falso juicio de legalidad al apreciar la prueba.** De esa manera, una conducta suscitada en el entorno de una riña de pareja, como se infiere del objetivo recuento del agente de la Policía JABR, en cuanto a lo que a él le consta directamente, la consideró un secuestro. Para darle coherencia a su conclusión, **tomó apartes de la declaración del agente de policía BR, en los cuales éste se refirió a situaciones que le contó la supuesta víctima, pero que él no percibió directamente.**

Al sustentar su decisión en apartes de la declaración del agente de policía BR, en los que narró lo que percibió directamente, y lo que le contó HSM le contó, concluyó que el acusado retuvo a HSM contra su querer, desde antes de la intervención policiva.

[...] Según la decisión, sustentada en el testimonio del agente de policía, la retención,

verbo que en su parecer conjugó el acusado, “se había iniciado con anterioridad, a tal punto que alguien solicitó el auxilio de los uniformados.” Pero no consideró que el funcionario en su declaración, al referirse a lo que percibió directamente, dijo que la institución recibió un llamado para aplacar una riña, que es distinto, e insistió que la mujer le comentó en el hospital que fue llevada a la fuerza, una situación que no percibió directamente, sino que narró por los comentarios que le hizo HSM.

Este último aparte relacionado con la forma como se habría iniciado el supuesto delito de secuestro y que el Tribunal empleó para reafirmar su argumento, tiene una incidencia trascendental en la decisión, porque le confiere algún grado de coherencia al equivocado razonamiento del Tribunal, al dar a entender que el delito de secuestro simple corresponde a una acción única que se habría iniciado antes de la intervención policial, de manera que según la decisión, lo que ocurrió en la casa de habitación sería el epílogo de una conducta que comenzó en otro lugar.

Eso sin embargo no significa que el Tribunal haya transgredido la prohibición del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, pero sí las reglas relativas a la producción y apreciación de la prueba de referencia (artículos 438 y 441 de la indicada legislación), **incurriendo en un falso juicio de legalidad**. En efecto, la legislación procesal señala las condiciones en que la prueba de referencia es admisible y entre ellas, en el numeral 2 del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 prevé que eso ocurre cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o de un **evento similar**.

En primer lugar, al no ubicar a la víctima -quien hizo llegar al juicio una comunicación en la que manifestó sentirse plenamente indemnizada—, la fiscalía desistió de su testimonio, por lo cual queda en evidencia que **no estuvo dentro de sus opciones considerar que se presentaba una circunstancia de aquellas** enumeradas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, **relativas a la admisibilidad de la prueba de referencia**.

En segundo lugar, según lo ha señalado la Corte, **para incorporar una declaración anterior al juicio oral en condición de prueba de referencia, se debe cumplir lo siguiente:**

“(i) ... ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y

contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte.”

Y,

“Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.”

De manera que desde la perspectiva de las reglas de la prueba de referencia, **al introducir la versión de la víctima (la prueba de referencia) a través de la declaración del agente de policía, sin probar su admisibilidad y el debido proceso probatorio, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciar dicho medio de prueba y hacer de ella un elemento sustancial de la decisión**.

La trascendencia del error es entonces manifiesta, en los términos del juicio de casación, pues este segmento de la declaración tiene una incidencia y un peso específico en la argumentación, hasta el punto que al suprimir ese aparte, el razonamiento pierde la capacidad de persuasión que pretende con la inclusión de un supuesto que no se probó como corresponde, dejando sin piso la reflexión del Tribunal.

Según lo expresado, es notorio que **el Tribunal apreció la declaración** del agente BR, **que tiene la doble connotación de ser directa respecto de unos aspectos** -relativos a lo que pudo percibir con ocasión de su intervención en la casa de inquilinato en donde se presentó la riña—, **y de referencia** -en cuanto al origen de la conducta y en punto de circunstancias relevantes para establecer la tipicidad del delito—, **como si fuera un todo inescindible, siendo que jurídicamente no lo es**.

Solo así **el tribunal pudo conferirle sentido a un razonamiento que incluye como condición de validez una afirmación que no fue llevada al juicio acatando el método del debido proceso probatorio**.

En síntesis, como lo advirtió el Señor Fiscal Delegado, **pueden diferenciarse dos supuestos:** uno, relacionado con la riña y la intervención policial, donde la retención que se presenta compagina con esa situación conflictiva y que por lo tanto no es típica del delito de secuestro simple, hecho que efectivamente se prueba con la

declaración del agente BR, y otra relacionada con antecedentes que le darían un sentido diferente a la conducta, relatados por el mismo agente con base en comentarios que le habría hecho la supuesta víctima».

(Textos resaltados por la Relatoría)

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - NO SE CONFIGURA:

Por error de tipo invencible, evento en que el padre obró con la creencia de que, ante el irrespeto y agresión de su hija, estaba justificado reaccionar de la misma manera

En la providencia, a través de la cual la Sala casó el fallo impugnado para, en su lugar, restablecer el absolutorio proferido en primera instancia, respecto del delito de *Violencia Intrafamiliar*, se realizaron trascendentes precisiones sobre este comportamiento, referidas al *carácter valorativo* que ostenta, e igualmente frente a los elementos de *tipicidad* y *antijuridicidad*. Adicionalmente, se identificó en el asunto específico, la confluencia de *un error invencible* en el sujeto activo, quien, en su condición de padre de familia, obró con la creencia equivocada de que el *derecho de corrección*, así como las situaciones de irrespeto y agresión provenientes de su hija, lo *justificaban* para reaccionar propinándole una palmada. Tal yerro, consistente en asumir que se presentaban los *presupuestos objetivos* de una *causal que excluye la responsabilidad*, fue resuelto bajo los parámetros y efectos del *error de tipo*, conforme a la teoría dominante.

50899 del 29/04/2020

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: como prueba directa || **CONDUCTA PUNIBLE - Injusto:** para que exista no es suficiente con demostrar la adecuación al tipo penal || **CONDUCTA PUNIBLE - Antijuridicidad:** no toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica || **CONDUCTA PUNIBLE -**

Antijuridicidad: requiere un principio de riesgo o interferencia con el bien jurídico || **TIPICIDAD - Principio de lesividad** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Principio de lesividad:** si no puede acreditarse un efectivo menoscabo del bien jurídico, la acción será atípica por insignificancia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** requiere la manifestación de uno o varios actos trascendentes || **CONDUCTA PUNIBLE - Tipicidad:** no se emplea solamente para verificar la subsunción objetiva en un tipo penal, sino para excluir aquellos casos en que no media conflicto o son intrascendentes || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Tipicidad:** está matizada por un fuerte acento valorativo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Principio de lesividad:** si no puede acreditarse un efectivo menoscabo del bien jurídico, la acción será atípica por insignificancia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Factores objetivos de ponderación para el análisis lógico de la situación en cada caso** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** no es una prueba, sino un método de investigación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Sanciona la conducta que lesiona o pone en peligro la relación familiar mediante la violencia y no la integridad personal** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** armonía y unidad familiar || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, no se estructura a partir del sólo dato fáctico || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, su aplicación está supeditada a la demostración de que la conducta es producto de la discriminación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** la norma está orientada a la protección de personas que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad e indefensión

«Está probado que la hija menor del acusado había perdido dos veces el noveno año y que le informó a su padre de una tercera vez. Este hecho

fue el origen de los altercados. Así lo explicó su hija TC, y AV, su ex esposa.

Acerca de lo que sucedió el 24 de noviembre de 2014, la única prueba directa es el testimonio de TC, la hija mayor del acusado. Ninguna otra permite comprender cómo surgió y se desarrolló el conflicto. Los agentes de policía apenas conocieron de segunda mano la situación por el comentario que les hizo la mencionada. Según ella, su padre, quien había bebido la noche anterior, se sintió mortificado con el alto volumen de la música y ello desencadenó el problema.

[...] El artículo 229 del Código Penal describe la conducta de **violencia intrafamiliar** en los siguientes términos:

Artículo 229-. Violencia intrafamiliar (modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007). El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

A partir de la elaboración del concepto de conducta (artículo 9 del Código Penal) y de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico (artículo 11 de la Ley 599 de 2000), se puede sostener que para que exista injusto no es suficiente con demostrar la adecuación de la conducta a un tipo penal. Ese punto de partida y las nociones de insignificancia y ausencia de lesividad, le sirven al censor para cuestionar la aplicación indebida del artículo 229 del Código Penal y la interpretación errónea del artículo 11 del mismo estatuto, cuestión en la que sustancialmente la Fiscalía y la Procuraduría están de acuerdo.

Curiosamente no lo está el defensor de víctimas, pese a que éstas tampoco están interesadas en

que se juzgue a su padre por el comportamiento por el cual se le acusó.

Tercero. **No toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica.** Así, para poner un ejemplo, portar droga para autoconsumo no lo es. No lo es, aun cuando el artículo 376 del Código Penal sanciona el hecho de portar sustancias psicotrópicas. La razón de que no lo sea obedece a que **el comportamiento que interesa al derecho penal es el que interfiere bienes jurídicos de otros y no los que no afectan derechos de los demás.** Tampoco lo es la conducta que no ofende o pone en peligro significativamente el bien jurídico.

Alrededor de este tema, en la SP del 13 de mayo de 2009, Radicado 31362, la Sala, retomando el principio del daño del derecho anglosajón, resaltó la idea de **alteridad de la conducta y de interferencia contra bienes jurídicos como centro del injusto.** [...].

[...] De otra parte, existe un relativo consenso en sostener que **no es antijurídica la conducta que no lesiona o pone en peligro efectivo, o no ofende significativamente un bien jurídico,** entendido como síntesis de una relación social prejurídica y dialéctica que por su importancia para satisfacer derechos fundamentales, el legislador selecciona y protege.

[...] El quid de la cuestión radica, entonces, en cómo determinar el contenido o alcance de la insignificancia de la lesión o del peligro efectivo. En cómo hacer realidad en la praxis una elaboración teórica que sirva para **modular la respuesta punitiva frente a comportamientos formalmente típicos, pero no materialmente antijurídicos.**

En ese propósito, al referirse al injusto de **violencia familiar**, a su contenido y desvalor, en la SP del 20 de marzo de 2019, Radicado 46935, la Sala reiteró lo expresado en la SP del 5 octubre de 2016, Radicado 45647, en el sentido de que la conducta **puede ser la manifestación de uno o varios actos “trascendentes,”** vocablo que da a entender que no se trata de sancionar cualquier acto disfuncional al interior del núcleo familiar.

Expresamente señaló lo siguiente:

“Conforme a la definición típica del delito de violencia intrafamiliar, no se precisa de un comportamiento reiterado y prolongado en el tiempo del agresor sobre su víctima, pues bien puede ocurrir que se trate de un suceso único,

siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto". (Se subraya)

En el fondo de esta tesis subyace la idea de que la tipicidad no se emplea solamente para verificar si una conducta se subsume objetivamente en un tipo penal; también sirve para excluir aquellos casos en que no media conflicto o los que son intrascendentes.

[...] Lo anterior permite mostrar que **el injusto de violencia intrafamiliar esta matizado por un fuerte acento valorativo**. Los rastros de la agresión, física o síquica, son un elemento que sirve para cotejar desde el plano objetivo la gravedad de la conducta, pero en principio no son el delito en sí mismo, pues **el núcleo de la conducta consiste en sancionar agresiones que lesionan o ponen en peligro la relación familiar mediante la violencia**, como dice la norma, **y no la integridad personal**, un bien jurídico distinto.

En este entendido, menciones a actos que podrían ser insignificantes, como **la palmada del padre al hijo**, situación a la cual se refiere la providencia indicada en el párrafo (iii), **puede no ser significativa como lesión pero es igualmente disvaliosa, si se manifiesta en un contexto de humillación**, lo cual muestra la imposibilidad de encontrar formulas uniformes frente a actos en principio similares desde su aislada objetividad.

Precisamente, para no magnificar el resultado pero tampoco para desestimarlos ciñéndose solo a datos objetivos que provienen del examen de las lesiones, como el núcleo del injusto de "violencia intrafamiliar" protege la relación social edificada en la familia como "proyecto de vida colectivo y solidario, y en el respeto sentido y recíproco por la autonomía ética de quienes la conforman," la Corte ha hecho hincapié también en la necesidad de averiguar el **contexto en el que la violencia surge**, con el fin de identificar y deslindar las conductas delictuales de las que no lo son.

Con la aclaración de que **el contexto en sí mismo no es una prueba** -entendido como método de análisis de realidades complejas—, **ni tampoco un elemento estructural de la conducta que se estudia**, la historicidad de la conducta para mostrar el entorno en que se producen las ofensas a través de medios de

prueba válidamente incorporadas al juicio, **es un método de investigación** que no se puede desestimar para encontrar la verdadera trascendencia del acto.

Así debe entenderse el sentido de la expresión contexto empleado en la SP del 1 de octubre de 2019, rad. 52394 [...].

[...] **El alto componente valorativo del injusto de violencia intrafamiliar**, además, se pone de presente con el hecho de que, según se dijo en la decisión que se acaba de mencionar, la agravante **cuando la violencia se ejerce contra la "mujer"** (inciso segundo del artículo 229 del Código Penal), **no se estructura a partir del solo dato fáctico**. La agravante, según la Sala:

"... está supeditada a la demostración de que la conducta constituya violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada."

Y si es niño, o una persona de la tercera de edad, la comprobación del estado de desigualdad o de indefensión de la víctima.

Eso demuestra, entonces, que la facticidad -el mero resultado o la expresión objetiva de la conducta— es un elemento para apreciar la magnitud del injusto, y que el delito de violencia intrafamiliar se estructura a partir no solo de ese dato fenomenológico, sino de cómo se entienda la lesión o peligro efectivo contra el bien jurídico como relación social protegida por la norma penal, que es en últimas lo que permite dimensionar la antijuridicidad del comportamiento o su insignificancia, y de ahí que, como se acaba de indicar, **no todo acto de violencia contra la mujer conlleva la aplicación de la agravante**.

INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY - No se configura || TIPICIDAD - Principio de insignificancia: dificultad para encontrar la solución única o establecer reglas inflexibles en conductas con alta carga valorativa || **TIPO PENAL - Teoría de los elementos negativos || ERROR DE TIPO - Invencible:** se configura || **ERROR DE TIPO - Invencible:** sus efectos se aplican, cuando el sujeto activo obra con la creencia de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad || **ERROR DE TIPO -**

Invencible: sus efectos se aplican, cuando el sujeto activo cree obrar justificadamente || **ERROR DE TIPO - Vencible:** cuando la conducta no se halla prevista en la modalidad culposa, conduce a la atipicidad del comportamiento || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** por error de tipo invencible, evento en que el padre obró con la creencia de que ante el irrespeto y agresión de su hija, estaba justificado reaccionar de la misma manera || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, en eventos de agresiones mutuas || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** por error de tipo invencible, evento en que el padre actuó con la creencia errada de que el derecho de corrección lo autorizaba a reaccionar, propinando una palmada || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** por atipicidad subjetiva de la conducta, derivada de error de tipo invencible || **CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la de carácter condenatorio proferida por el Tribunal y restablece la absolutoria de primera instancia

«Lo anterior enseña la **dificultad de encontrar una solución única o de establecer reglas inflexibles a la hora de determinar la insignificancia de conductas con una alta carga valorativa.** De allí que no se pueda afirmar, como lo sugiere el demandante, que el **Tribunal haya infringido la ley por haber interpretado erróneamente** el artículo 11 del Código Penal. Pero eso no significa que no se pueda explorar otras opciones dogmáticas, entre las que se incluye la valoración del comportamiento desde la perspectiva de las **causas de ausencia de responsabilidad**, un buen escenario para examinar la relevancia jurídico penal de la conducta.

Desde esta perspectiva, véase que **el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, señala que se excluye la responsabilidad cuando:**

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

La teoría dominante, tratándose del error mencionado, prevé, a la manera de la teoría de los elementos negativos del tipo, que si alguien obra con la creencia de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que

excluye la responsabilidad, sus efectos se equiparan al error de tipo, es decir, como si obrara bajo la convicción errada de que no concurre en su hacer un hecho constitutivo de la descripción típica, evento en el cual **si es invencible es impune, como también si la ley no lo ha previsto como culposo en caso de ser vencible.**

Tal conclusión se deriva del hecho de que **el autor cree obrar justificadamente:** en el sentido del derecho positivo existente, dice Jescheck, quien como ejemplo señala **el caso del padre que interpreta equivocadamente una falta del hijo objeto de corrección.**

Pues bien:

Fácticamente, la conducta, por haberse suscitado en el entorno familiar, se sitúa en el artículo 229 del Código Penal, bajo la consideración de que este tipo penal describe como delito el maltrato físico o psicológico a cualquier miembro del núcleo familiar.

Esa conclusión, por supuesto, corresponde a la lectura gramatical de la conducta y del tipo. Desde este punto de vista, **eso llevaría a sostener que si la conducta del padre es típica, también lo sería la de su hija T**, quien admitió que fue partícipe de ese tipo de ofensas y maltratos, fáctica y objetivamente equivalentes. No otra sería la consecuencia de una visión del conflicto desde la lógica formal, y el efecto necesario de ese enfoque llevaría a que se procese a la hija mayor de edad por la misma conducta por la cual fue juzgado su padre.

En la demanda se alegó que el acusado obró en el margen del **derecho de corrección**, y la Procuradora y la Fiscal delegadas ante la Corte, si bien no participan de ese criterio, están de acuerdo en que la sentencia se debe casar, bien sea por ausencia de tipicidad subjetiva o ya por la insignificancia de la agresión.

Hay que considerar, en casos como el que se juzga, de mutuas ofensas, ambas objetivamente tenues y quizá mucho más ofensiva en el lenguaje y en palabras la de la hija que la del padre, que la legitimidad de las decisiones judiciales requiere un manejo dúctil de las categorías dogmáticas, con el fin de ofrecer respuestas que sean a la vez formalmente correctas y materialmente justas. Desde esa consideración, la relación entre la agresión y la réplica se deben analizar en el contexto en que se producen -como lo ha indicado la Sala en las decisiones

transcritas—, con la necesaria ponderación de los derechos en conflicto y la intensidad de las agresiones y las respuestas.

En ese orden, si la conducta no tuviese como marco conceptual la unidad familiar, las agresiones que ahora se aprecian no tendrían una importancia mayor e incluso podrían emplearse las más variadas soluciones para evitar la intervención penal frente a un comportamiento de esa dimensión. Pero **como está de por medio la unidad familiar como realidad social protegida normativamente, la conducta en este caso se explica como el comportamiento de quien obra con la creencia de que ante el irrespeto y agresión, puede reaccionar de la misma manera como es ofendido.**

En el proceso está acreditado el comportamiento altamente ofensivo y las desmedidas agresiones de las hijas: *“Estaba furioso porque como no había dormido toda la noche se molestó con la música, apagó el equipo... yo le dije que respetara que era un hijueputa,”* expuso TC en su testimonio. Ese fue un momento crucial del conflicto. Lo demás vino por añadidura. **La palmada del padre en la espalda de L es un acto simétrico a la ofensa, realizado bajo la creencia errada e invencible, en la situación particular y concreta, de que le estaba autorizado obrar de acuerdo con esa situación: porque cree que está justificado. Esa es la manifestación del error.**

Si se recuerda, la agresión no la inició OJCR. Aparte de que L había perdido por tercera vez el año - un antecedente importante para subrayar que no fue el acusado quien dio pie al conflicto -

, se debe destacar que fue T, ante la solicitud airada de que le bajara el volumen a la música, quien recriminó a su padre diciéndole que era un *“hijueputa”*, una ofensa que OJCR enfrentó lanzándole un pequeño artefacto sin causarle daño y esta a su vez otro objeto similar.

Fue en este momento cuando intervino L, **agrediendo al padre en apoyo de su hermana, recibiendo como réplica una palmada en la espalda.**

Como se puede observar se trata de un acto episódico en el que el acusado, de quien su propia hija y su ex esposa describieron como un buen padre, no fue el inicial ofensor ni quien inició los actos disvaliosos, sino el que recibió y soportó las agresiones.

De manera que **es perfectamente explicable que haya actuado en esas circunstancias con la creencia errada de que el derecho de corrección lo autorizaba a reaccionar de esa manera e incluso de que la agresión de la que fue objeto lo facultaba a actuar para repeler la agresión de sus hijas.**

Eso explica que **desde la perspectiva del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, la conducta se considere valorativamente atípica.**

Por lo tanto, **la Corte casará la sentencia y en su lugar dejará en firme la sentencia absolutoria de primera instancia».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

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