



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Septiembre 07 de 2023 n.º 08

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

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, analiza la disponibilidad del testigo, excepción, menor de edad víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, la inflexibilidad de las formas cede ante las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de intermediación y contradicción

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por la defensa de CERH, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la del Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

La Sala casó la sentencia condenatoria impugnada. En consecuencia, absolvió a CERH y ordenó su libertad inmediata, al considerar que, si bien fue legítimo haber apreciado las declaraciones anteriores de la menor, al no existir pruebas de corroboración, se condenó exclusivamente con base en pruebas de referencia, lo cual se encuentra prohibido en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala de Casación Penal analizó la aducción de las declaraciones rendidas antes del juicio por

menores víctimas de delitos sexuales, dilucidando que, es un asunto de puro derecho que no está sujeta a juicios de disponibilidad.

Adicionalmente, recordó que, tratándose del testimonio adjunto, si materialmente se garantiza la confrontación y el interrogatorio del testigo, la formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad; interpretación jurisprudencial extensible a la prueba de referencia, siempre y cuando se garantice el debido proceso probatorio, lo cual implica que la parte debe cumplir con la carga de descubrir la prueba y solicitarla.

Por último, aclaró que, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la declaración anterior se puede utilizar para impugnar su credibilidad, también para impugnar la prueba de referencia y, en caso de retractación, se puede incorporar como testimonio adjunto.

SP337-2023(56902) de 16/08/2023

Magistrados Ponentes:

Diego Eugenio Corredor Beltrán
Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 27 de agosto de 2014, A, de tres años, después de ir al baño, le pidió a la profesora, cuando le iba a subir el interior, que le diera un beso en la vagina. La profesora le preguntó por qué decía eso y la niña le respondió que porque su papá lo hacía.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio del menor: las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles como prueba

«En una uniforme línea jurisprudencial se reconoce, tratándose de juicios en los que las víctimas de delitos sexuales son menores, el compromiso ético de conferirles un tratamiento diferencial para cumplir con la protección reforzada que desde el nivel constitucional se dispensa al menor de edad. Sobre esa base, a nivel de principio, se ha señalado, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, que los menores, como todo testigo, pueden comparecer al juicio, pero aun si concurren, o no lo hacen, sus declaraciones anteriores pueden hacerse valer como prueba de referencia admisible, algo que no ocurre cuando el testigo es mayor de edad (SP, 28 oct 2015, Rad. 44056, y 20 de mayo de 2020, rad. 52045, entre otras)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: la regla general es la no disponibilidad del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, analiza la disponibilidad del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, disponibilidad física del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, disponibilidad jurídica del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, admisibilidad, analiza la disponibilidad del testigo, excepción, menor de edad víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos, cargas demostrativas para su admisión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, fines de la Ley 1652 de 2013 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del

menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio, análisis jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba, deben cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, la inflexibilidad de las formas cede ante las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción

«Por regla general, mediante la prueba de referencia ingresan al juicio declaraciones anteriores de un testigo que no está disponible para su confrontación e interrogatorio. De allí que para matizar la excepción a esos principios estelares del juicio, relacionados con la producción de la prueba y la forma de aproximarse a la verdad, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 prohíbe sustentar la sentencia exclusivamente en pruebas de referencia.

Tratándose de declaraciones por fuera del juicio, la disponibilidad del testigo, ya sea que no pueda comparecer en los casos señalados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (disponibilidad física), o por su renuencia a prestar su declaración cuando concurre a la audiencia (disponibilidad jurídica), es esencial para realizar el juicio de admisibilidad de sus declaraciones anteriores como prueba de referencia (SP del 25 de enero de 2017, rad. 44950 y 2 de agosto de 2017, rad. 48952).

En cambio, tratándose de menores víctimas, la incorporación al juicio de sus declaraciones anteriores es un asunto de puro derecho definido por el legislador en el literal e), del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, agregado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. Por lo tanto, su aducción al debate no está sujeta a juicios de disponibilidad.

En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de Ley 001 de 2011 Senado y 245 de 2012, Cámara, la adopción de las declaraciones de menores como prueba de referencia admisible se justificó con la pretensión de que no declaren en el juicio, ante el riesgo, entre otras causas, de su retractación, debido a la impresión que se puede presentar al confrontar al acusado. [...]

De allí se infiere que el propósito central de la ley está dirigido a que el menor no declare, aunque si lo desea, puede hacerlo.

En caso de que lo haga, como lo ha señalado la Corte en la SP del 28 oct 2015, Rad. 44056, no existe ningún obstáculo para que se pueda solicitar al mismo tiempo el ingreso de sus declaraciones como prueba de referencia admisible, sin necesidad de probar su indisponibilidad, pues este criterio, en relación con menores, ha sido desestimado legalmente.

Debido a que la fiscalía puede optar por no solicitar las declaraciones anteriores del menor como prueba de referencia admisible, pese a la expresa facultad legal, esas declaraciones anteriores debidamente descubiertas puede emplearlas como testimonio adjunto, si es el deseo del menor concurrir al juicio y se retracta en él.

Frente a esta eventualidad se debe precisar que la Corte, en la SP del 10 de mayo de 2023, rad. 62852, moduló las reglas sobre testimonio adjunto y consideró que la inflexibilidad de las formas debía ceder frente a las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción[...]

Según lo anterior, para la Sala, si materialmente se cumplen las condiciones que garanticen la confrontación y el interrogatorio del testigo, tratándose del testimonio adjunto, la formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad, finalidad suprema de la prueba.

La prueba de referencia tampoco puede cuestionarse por no cumplir una liturgia formal. Se requiere si, como se indicará, cumplir ciertos presupuestos de validez, pero no negar su incorporación con fórmulas sacramentales que niegan la finalidad de la prueba y los objetivos del proceso de aproximación racional a la verdad. Eso implica, entonces, asumir lo siguiente:

(a). Bajo el principio de protección reforzada, mediante el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, se adicionó el numeral e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, con el fin de considerar de pleno derecho, como prueba de referencia admisible, las declaraciones por fuera del juicio de menores de 18 años, víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Por lo tanto, como se mencionó, su procedencia no está condicionada a si el menor está o no está disponible, o si concurre o no al juicio, pues de no ser así, el principio de protección reforzada que justifica esta singular consideración normativa carecería de sentido.

(b). El ordinal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, tiende a evitar la impunidad que se puede generar ante el riesgo de retractación del menor y su revictimización.

Desde ese punto de vista, salvo que el fiscal encuentre que su teoría del caso se puede probar sin necesidad de recurrir a pruebas de referencia admisibles, no existe razón para no hacer uso de una prerrogativa legal que le permite actuar con la sensibilidad y responsabilidad que este tipo de conductas requiere.

(c). En un sistema de partes, la lealtad que se materializa en el debido proceso probatorio, les impone la carga de descubrir la prueba -en el escrito de acusación, numeral 5 del artículo 337 y en su formulación, numeral, 2 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004—, y solicitar y justificar su conducencia y pertinencia en la audiencia preparatoria -artículo 357 del Código de Procedimiento Penal—.

En este sentido, para cumplir con el debido proceso probatorio, tratándose de declaraciones anteriores al juicio de menores víctimas, basta descubrirlas, solicitarlas en la audiencia preparatoria y que sean decretadas. Son las únicas condiciones, porque otras, como la disponibilidad del testigo, según se advirtió, no son exigibles tratándose de declaraciones de víctimas menores entregadas por fuera del juicio oral.

De esta manera se satisface el debido proceso probatorio, pues como lo señala el artículo 441 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia, en lo pertinente, salvo lo expresado en el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se rige “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.”

(d). El hecho de que las declaraciones anteriores de víctimas menores de 18 años se cataloguen como prueba de referencia admisible, no significa que la parte esté exonerada de descubrir la prueba y solicitarla. Esa es una condición de validez de la prueba. Por lo tanto, no puede el juez apreciarlas con la excusa de que por definición

legal las declaraciones del menor constituyen prueba de referencia admisible, sin que la parte las haya descubierto y hecho la manifestación de utilizarlas en el debate oral, en una actitud oficiosa que desdice del sistema y de la carga que tienen las partes de llevar al juez el convencimiento sobre la responsabilidad o la inocencia del acusado.

(e). Decretada la prueba, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la prueba de referencia admisible se puede utilizar para impugnar su credibilidad (artículo 440 de la Ley 906 de 2004), así como también se puede impugnar la prueba de referencia admisible por cualquier medio probatorio (artículo 441 ibídem). Conforme a la jurisprudencia de la Corte, igualmente, en caso de retractación se la puede incorporar como testimonio adjunto.

(f). Por último, si la prueba aducida al juicio es de referencia, así se trate de declaraciones de menores de edad, el Juez está impedido de dictar sentencia condenatoria exclusivamente con base en ese tipo de pruebas (inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

En este sentido, en la Sentencia C 177 de 2014, en la que se analizó la constitucionalidad de la Ley 1652 de 2013, se reiteró lo expresado en la sentencia C-144 de 2010, en la cual se dijo:

“... aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 Ley 906 /04)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: procedencia, menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales

«En la audiencia preparatoria la Fiscalía solicitó escuchar en el juicio a la menor A.D.R. [...]

Adicionalmente, solicitó y sustentó la práctica de la siguiente prueba testimonial:

(i). MF. no suministró su apellido, psicóloga del jardín infantil adscrito al I.C.B.F., en el que estudiaba la menor: la profesional dará cuenta de las revelaciones que le hizo la niña y del procedimiento que siguió ese plantel educativo

para determinar lo relacionado con la presunta comisión del abuso sexual.

(ii). EV, quien realizó la entrevista de la menor, dará cuenta de sus apreciaciones en torno del relato y comunicación emocional de la niña.

Además, mostrará «el cd con sus anexos, la entrevista realizada a la menor de edad, junto con los anexos y autorizaciones correspondientes.»

(iii). La psicóloga LAOC, adscrita a la fundación «Creemos en ti», quien realizó la valoración y el seguimiento de las terapias realizadas a la menor, dará cuenta de la investigación realizada con ocasión de su exposición y el grado de afectación, entre otros aspectos.

Adicionalmente, «con ella se introducirá su entrevista clínica inicial con fines de protección realizada por la profesional en psicología...»

El Juez, ante esas solicitudes, dispuso: «...se ordenan todas las pruebas de la señora Fiscal. Se podrán incorporar los documentos enunciados con cada uno de sus testigos...»

En síntesis, la Fiscalía optó porque se recibiera el testimonio de la menor en el juicio, al tiempo que, con las profesionales en psicología, se introducirían las entrevistas que le fueron tomadas.

[...]

La fiscalía procedió, en consecuencia, a interrogar a la menor. Lo hizo brevemente, bajo las advertencias realizadas y con apoyo de la psicóloga, [...]

Finalizado el interrogatorio, la Fiscal expresó:

«Con el mayor respeto, la Fiscalía General de la Nación considera que, seguir en el interrogatorio con un lenguaje como el de la niña y el consejo que da la Defensoría de Familia, es vulnerarle los derechos constitucionales. La Fiscalía terminará el interrogatorio este momento, porque, obviamente, las condiciones tanto cronológicas como de afectación y expresión oral de la niña no permitirían ninguna otra exploración y por el contrario vulneraría sus derechos.»

La defensa no hizo preguntas.

Analizada esa situación, respecto de la opción con que cuenta la fiscalía para utilizar las declaraciones rendidas por fuera del juicio, no se trata de un testimonio adjunto. Esta modalidad requiere de la disponibilidad del testigo y de que ofrezca en el juicio una versión diferente a la que

había ofrecido por fuera del debate, lo que permite confrontarlo con el interrogatorio posterior a la lectura que el testigo hace de sus declaraciones anteriores.

Por lo visto, entonces, se trata de declaraciones anteriores al juicio incorporadas con las psicólogas que realizaron la entrevistas y que como tal constituyen prueba de referencia admisible.

En este sentido se debe observar que la fiscal descubrió la prueba y solicitó, no con la precisión deseada y con la ortodoxia del lenguaje que se requiere, que se decretara el testimonio de las psicólogas M, EV y LAO, con quienes incorporaría las declaraciones anteriores de la menor que le recibieron por fuera del juicio, ante la evidencia de que la niña, por su edad, no pudiera declarar en el debate oral, como en efecto ocurrió. No se refirió a una prueba técnica o pericial, ni indicó por lo tanto la base pericial, sino de testigos con quienes incorporaría declaraciones anteriores de la menor.

Así las cosas, no era necesario mencionar la dificultad de comunicación de la menor o una situación sobreviniente por razón de ese trance, pues la acentuada protección del menor faculta, de antemano, que se pueda solicitar declaraciones anteriores como prueba de referencia admisible, según lo prevé el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, norma vigente para el momento en que se inició la actuación.

Con todo, sin que haya recurrido a esta opción, la fiscalía justificó anticipadamente la indisponibilidad de la menor (algo que no era necesario ante la autorización legal) y se valió de esa circunstancia para solicitar la incorporación de sus declaraciones anteriores, que es justamente de lo que trata la prueba de referencia admisible, hecho que no se puede obviar con la excusa de que la fiscalía no empleó la palabra debida, frente al hecho de que expuso todos los elementos para que su petición fuera tratada como prueba de referencia admisible.

Desde esa perspectiva, la Sala no tiene duda de que se cumplió el debido proceso y que las declaraciones anteriores de la menor ingresaron legalmente al juicio como prueba de referencia admisible. En efecto, solicitó la prueba y la sustentó, solo que la justificó en la indisponibilidad de la testigo, una condición que

no se exige tratándose de la incorporación al juicio de declaraciones de menores víctimas, pero en lo sustancial cumplió los presupuestos de validez de la prueba enunciados, así no haya referencia al tratamiento diferencial previsto en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

El error denunciado, entonces, desde esa perspectiva es infundado.

Cuestión diferente, y es ahí en donde radica la ilegalidad, así se trate de prueba de referencia admisible de menores, es que pueda dictarse sentencia condenatoria exclusivamente con base en dicha prueba y en otras del mismo alcance que se derivan de ella, como lo son las de quienes conocieron del episodio por comentarios de la menor, no por percepción directa (artículos 402 y 438 de la Ley 906 de 2004). El error, por lo tanto, no consiste en haber apreciado las declaraciones anteriores de la menor, sino en sobrepasar la cláusula restrictiva inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que limita la posibilidad de dictar sentencia condenatoria con fundamento exclusivo en pruebas de ese tenor».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, se vulnera

«Como se infiere, ninguna de las personas que declararon en el juicio tienen conocimiento directo de los hechos (artículo 402 de la Ley 906 de 2004), luego, son testigos de referencia.

De otra parte, la menor, conociendo todas las dificultades de percepción y memoria por su corta edad, fue llevada por la fiscalía al juicio, sin que en su exposición se refiriera al tema objeto del debate, pues ni siquiera recordó el nombre de su padre. De otra parte, sus declaraciones previas, si bien fueron incorporadas legalmente al juicio, con las particularidades que se anotó, no dejan de ser prueba de referencia admisible.

A su vez, las psicólogas YVV y LAO, no se refirieron a conexiones entre la agresión sexual y secuelas que hubiesen podido constatar como consecuencia de ese acto, que permitieran corroborar el abuso, sino al relato que hizo la menor y la técnica utilizada.

De manera que así se aprecien las declaraciones de la menor realizadas antes del juicio, sus manifestaciones no dejan de ser prueba de referencia, como lo son además las versiones de

las psicólogas, cuyo conocimiento se deriva de lo que la menor les contó, no de lo que ellas pudieran percibir directamente.

En consecuencia, eso impide sustentar la sentencia condenatoria en las percepciones de

las psicólogas JV y LO, pues lo que hicieron fue contar lo que la niña les dijo, no establecer conclusiones, propias de su ciencia, sobre el hecho y sus consecuencias.

FUERO - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecúa a la Ley 600, las actuaciones cumplidas gozan de presunción de legalidad / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecua a la Ley 600, no es inmediato / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004): características a tener en cuenta para la adecuación de los sistemas procesales, cuando ya ha iniciado la práctica de pruebas

La Sala de Casación Penal, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el fiscal 1° delegado ante la Corte y la defensa técnica de GEP, contra el auto proferido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual, en la actuación seguida al acusado por el delito de prevaricato por acción, dispuso continuar la audiencia de juicio oral bajo el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004.

La Sala confirmó la decisión, con la aclaración de que, una vez finalizada la práctica de pruebas decretadas en favor de las partes e intervinientes en el marco de la audiencia preparatoria, se ajuste la actuación al procedimiento fijado en la Ley 600 de 2000, tal como lo dispone el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Para el efecto, sostuvo que, la Sala Especial de Primera Instancia acertó al negar *ipso facto* la adecuación de este procedimiento al establecido en la Ley 600 de 2000; sin embargo, se equivocó al sustentar que la actuación debía continuar bajo el trámite de la Ley 906 de 2004 hasta la ejecutoria de la sentencia, ya que, lo pertinente es concluir el período probatorio iniciado bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, para, a su terminación, ajustar la actuación al procedimiento de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con el artículo 624 del Código General del Proceso.

Magistrado Ponente:
Gerson Chaverra Castro

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 29 de enero de 2019, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá con función de control de garantías, el fiscal 1° delegado ante la Corte formuló imputación a GEP por el delito de prevaricato por acción, cargo que el imputado no aceptó.
2. El 23 de abril de 2019, la Fiscalía delegada radicó el escrito de acusación.
3. El 15 de septiembre de 2020, en audiencia ante la Sala Especial de Primera instancia de la Corte, la Fiscalía materializó la acusación.
4. Instalado el juicio oral el 23 de febrero de 2022 y antes de su continuación prevista para el 4 de agosto siguiente, el apoderado del procesado solicitó, mediante escrito, adecuar al procedimiento de la Ley 600 de 2000 esta actuación, debido a que el 20 de julio de 2022 GEP asumió la curul de Senador, por haber sido electo al Senado de la República para el período constitucional 2022-2026.
5. La Sala Especial de Primera instancia mediante auto de julio 28 de 2022, al resolver la solicitud anterior, dispuso continuar la audiencia de juicio oral bajo el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, la cual viene rigiendo este asunto, y adecuarlo a la Ley 600 de 2000 una vez ejecutoriada la sentencia respectiva.
6. Contra la anterior decisión, el fiscal 1° delegado ante la Corte y el defensor del inculpado interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

AP1460-2023(63476) de 24/05/2023

ACCIÓN PENAL - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004) / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecúa a la Ley 600 / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecúa a la Ley 600, en garantía del debido proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de integración: aplicación de las normas del Código General del Proceso / **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL** - Remisión: Código General del Proceso, sólo en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código

«[...]», cuando en virtud de fuero la Sala Especial de Primera Instancia conozca del juzgamiento de servidor público que asume la curul de Senador o Representante, por mandato legal le compete adecuar al procedimiento de la Ley 600 el juicio que venía siendo rituado por la Ley 906 de 2004.

En este sentido, aunque el juez natural continúe siendo el mismo, es imperativo que este haga los ajustes pertinentes al rito por el que corresponde en adelante su prosecución, sin que en él pueda intervenir el Fiscal General de la Nación o su Delegado.

En el ordenamiento jurídico vigente, mientras el aforado haga parte de la célula congresional, independientemente de que la conducta punible imputada tenga relación con la función o no o haya sido cometida antes de asumir la curul, el procedimiento aplicable para su investigación y juzgamiento es el previsto en la Ley 600 de 2000, siendo pertinente acudir como lo hace la Sala Especial de Primera Instancia a las previsiones del Código General del Proceso reformatorio del artículo 40 la Ley 153 de 1887, para determinar cuál es el procedimiento a seguir.

El fuero congresional impone acomodar el proceso seguido bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004 al procedimiento fijado en la Ley 600 de 2000, labor que implica hallar “el punto de encuentro” o de “equivalencias” entre ambos sistemas y permita continuar su trámite, sin necesidad de anulación de la actuación surtida bajo la ritualidad previamente establecida por la ley.

En este caso, aun cuando no se está frente a un tránsito de legislación ningún imperativo legal impide que la adecuación al procedimiento correspondiente por el surgimiento del fuero congresional, sea resuelta bajo los presupuestos establecidos en el artículo 624 del Código General del Proceso, modificadorio del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Frente a la falta de regulación legal para resolver las situaciones problemáticas originadas por la simultaneidad de procedimientos previstos en leyes que coexisten, jurídicamente es posible acudir a tal norma, cuya existencia se justifica en la necesidad de solucionar las dificultades surgidas de la vigencia y aplicación de las leyes.

Para la Sala la coexistencia de leyes es asimilable, por sus efectos, al fenómeno de sucesión de leyes, toda vez que si bien es cierto ambas se encuentran vigentes, sólo una de ellas regirá el caso haciendo inaplicable la otra, en toda la materia regulada por aquella. Aunque tal situación, en estricto sentido jurídico, no configura derogatoria de la ley que cede en su aplicación frente a la otra, esta no podrá regular las situaciones que deban ser decididas al amparo de la que rija el asunto.

De otro lado, las actuaciones cumplidas bajo el rito procesal establecido que ahora deben adecuarse a otro continúan siendo eficaces, gozan de presunción de legalidad y al igual que frente a lo previsto cuando hay sucesión de leyes, no son susceptibles de anulación pues conservan toda validez.

En este sentido, el precepto legal que regula la sucesión de leyes resulta de utilidad para solucionar los problemas surgidos de la simultaneidad de leyes que contemplan distintos procedimientos, al permitir determinar la fase o etapa a la cual debe ajustarse la actuación que en adelante habrá de adelantarse bajo otro rito procesal, por razones constitucionales o legales.

Su aplicación en este ámbito reafirma los principios de juez natural y preexistencia de la ley al acto imputado que hacen parte de la Carta Política, y guarda correspondencia con la potestad del legislador de modificarlos en los casos establecidos en la constitución y la ley, con observancia de las formas propias de cada juicio, esto es, del debido proceso.

Desde esta perspectiva, la disposición incorporada al Código General del Proceso, en

sentido jurídico lato posibilita, según los fundamentos anteriores, la adecuación de la actuación penal adelantada bajo un procedimiento a otro, debido a la coexistencia de las leyes que los contemplan.

En efecto, la integración o remisión al Código General del Proceso es permitida en las materias que no están reguladas expresamente en ninguno de los códigos procesales penales, en tanto no consagran disposiciones relativas a la solución de los problemas sobre aplicación de la ley, surgidos de la coexistencia de leyes y simultaneidad de sistemas procedimentales.

El inciso segundo del artículo 624 del citado Código, previene que “los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones”.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - Principio de validez de la ley procesal en el tiempo: las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004): características a tener en cuenta para la adecuación de los sistemas procesales / **PRUEBA** - Principio de permanencia

«[...] frente a este último tópico, simultaneidad de procedimientos, es imperativo fijar el momento procesal en el que se encuentra la actuación que debe ajustarse por razones constitucionales a otro procedimiento vigente y aplicable al caso, dado que el inciso primero del citado artículo 624 dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores y son de aplicación inmediata.

Aun cuando los sistemas procesales previstos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 son diferentes, ambos contemplan una fase de juicio que inicia con la ejecutoria de la resolución de acusación, en el primero, o con la presentación del escrito de acusación, en el segundo.

A pesar de que en los dos casos la acusación está atribuida al fiscal, el rol de este cambia. En la Ley 600 pasa a ser un sujeto procesal más, mientras en el procedimiento de la Ley 906 de 2004 es parte y tiene la atribución de intervenir en la etapa del juicio en los términos previstos por la ley.

Ahora bien, las audiencias de juzgamiento y de juicio oral previstas en dichas leyes contemplan un período probatorio, donde se aducen y practican las pruebas ordenadas por el juez en la audiencia preparatoria, una vez acreditada su pertinencia por quienes las solicitan.

Sin embargo, es pertinente advertir que mientras en la Ley 906 de 2004 la prueba necesariamente debe ser producida e incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento; en la Ley 600 de 2000 es prueba tanto la practicada desde la indagación previa, siempre que su incorporación a la actuación haya sido legal, regular y oportuna, como la aducida en la citada audiencia de juzgamiento, en virtud del principio de permanencia del medio probatorio.»

FUERO - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecua a la Ley 600, no es inmediato / **FUERO** - Congresista: advenimiento de la condición foral, proceso que se seguía bajo la Ley 906 se adecua a la Ley 600, es necesario establecer el momento procesal a partir del cual corresponde ajustar la actuación / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004): características a tener en cuenta para la adecuación de los sistemas procesales, cuando ya ha iniciado la práctica de pruebas

«La Sala Especial de Primera Instancia acierta al negar ipso facto la adecuación de este procedimiento al establecido en la Ley 600 de 2000 tal como lo piden los recurrentes, dado que resulta imperativo establecer a la luz de lo preceptuado por el artículo 624 del Código General del Proceso, aplicable según lo dicho en precedencia a este asunto, el momento procesal a partir del cual corresponde ajustar esta actuación a dicho rito procesal, con salvaguardia de las garantías y derechos de los intervinientes, el debido proceso y la prevalencia del principio de justicia material sobre las simples formalidades procesales.

Sin embargo, se equivoca al sostener que la actuación debe continuar bajo el trámite de la Ley 906 de 2004 hasta la ejecutoria de la sentencia, con el argumento que iniciado el juicio oral las fases que lo componen, declaratoria de culpabilidad o inocencia, presentación de la teoría del caso, debate probatorio, alegaciones conclusivas de las partes e intervinientes y sentido del fallo y sentencia, son de estricto cumplimiento y conforman una unidad.

Ciertamente el precepto que regula el tránsito de leyes y que por asimilación es aplicable a este asunto, permite señalar que determinados actos procesales iniciados y los recursos interpuestos corresponden adelantarse de acuerdo con la ley vigente o el procedimiento bajo el cual se venían tramitando.

Uno de ellos, es “la práctica de pruebas decretadas”, las cuales se continuarán llevando a cabo a la luz del procedimiento bajo el cual se “decretaron”.

Conforme con la decisión impugnada, a la asunción del fuero congresional por parte del acusado se había iniciado “la practica probatoria de la Fiscalía”, luego en tales circunstancias lo pertinente es concluir el período probatorio iniciado bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, para a su terminación ajustar la actuación al procedimiento de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con el artículo 624 del Código General del Proceso.

Ello conserva la estructura de ambos procesos y conduce a la exclusión del fiscal a la finalización

de la práctica de las pruebas, toda vez que, según lo visto, en los procesos penales seguidos en las Salas Especiales de la Corte contra los Senadores y Representantes del Congreso de la República, no está prevista ni contemplada su intervención.

La Sala no discute que una vez adquirida la calidad foral congresional y mientras el acusado la mantenga, el trámite que debe imprimirse a la actuación es el previsto en la Ley 600 de 2000, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, discrepa de los recurrentes cuando expresan junto con el representante del Ministerio Público que la adecuación del procedimiento debe hacerse de inmediato, por considerar que no es un problema de sucesión de leyes que pueda solucionarse con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Para la Sala, según lo dicho, este precepto es aplicable en la resolución de los problemas suscitados por la coexistencia de leyes, bajo el entendido que este fenómeno se asemeja, por sus efectos, al de tránsito de legislación.

Admitir que tal norma no puede invocarse para establecer a partir de qué acto o momento procesal debe adecuarse el procedimiento en razón de la asunción del fuero congresional, es dejar el asunto sin prueba, toda vez que no existe un mecanismo o instituto que permita incorporar o tener como prueba los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida con los que el fiscal busca sacar adelante su teoría del caso».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Archivo de las diligencias: procedencia, presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia del desarchivo, la indagación se reanuda siempre y cuando aparezcan nuevos elementos de juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: diferencia con otras formas de terminación anticipada del proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: deberes de la Fiscalía, no emitir consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación presentado por la defensa contra la sentencia mediante la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, conjueces, condenó a LPMS - fiscal local 12 de la sala de atención al usuario de Puerto Tejada (Cauca)-, por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

En esta oportunidad, la Sala revocó la sentencia impugnada, y en su lugar absolvió a LPMS, al considerar que, la Fiscalía no logró probar que la procesada actuó dolosamente en la decisión de archivar las diligencias.

Al respecto, la Corte explicó las características del archivo de las diligencias, su diferencia con otras formas de terminación anticipada del proceso y los presupuestos exigidos para identificar y precisar su procedencia.

SP230-2023(61744) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Durante su ejercicio como fiscal local 12 de la sala de atención al usuario de Puerto Tejada (Cauca), LPMS ordenó el archivo de un proceso, bajo la causal de atipicidad por tratarse de «*un caso de accidente de tránsito donde se le causan unas lesiones a la pasajera del vehículo automotor en que se desplazaba sin que haya causante del accidente ya que de los hechos narrados se evidencia que se trató de un caso fortuito o fuerza mayor en este caso es una circunstancia de la naturaleza cual fue un torrencial aguacero que le hizo perder el control del automotor al conductor y ocasionar el volcamiento del mismo con las consecuencias ya conocidas en folios*».

2. Los hechos que motivaron el proceso referenciado datan del 22 de octubre de 2014, fecha en la que, mediante informe ejecutivo rendido por los guardas de tránsito municipal de Puerto Tejada, fue puesto en conocimiento de la Fiscalía un accidente de tránsito ocurrido en la vía Puerto Tejada-Cali, en el que un vehículo se salió de la vía, volcándose sobre una cuneta con agua mientras transportaba a cinco pasajeros.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: titular de la acción penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, sólo cuando la conducta no configura los elementos objetivos de un delito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, previo actos de investigación que le permitan afirmar la inexistencia del hecho o su falta de caracterización como conducta típica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las

diligencias: procedencia, presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia del desarchivo, la indagación se reanuda siempre y cuando aparezcan nuevos elementos de juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: no tiene efectos de cosa juzgada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: diferencia con otras formas de terminación anticipada del proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: deberes de la Fiscalía, no emitir consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: no hay ejercicio de la acción penal, explicación

«La persecución penal o el ejercicio de la acción penal, como facultad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, «presupone la existencia de una conducta típica», en seguimiento del principio de legalidad que implica que el Estado realice su pretensión penal independientemente de la voluntad del ofendido, con excepción de los delitos querellables. El Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 79 que «cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación».

Lo anterior, sin perjuicio de que pueda ser reanudada si surgieren nuevos elementos probatorios, siempre y cuando no hubiese procedido la extinción de la acción penal, por tratarse de una actuación que -a diferencia de la preclusión- implica la «simple suspensión de la indagación por inexistencia de la conducta investigada o por atipicidad objetiva de la misma y que, por lo tanto, no reviste el carácter de cosa juzgada», pues no es una decisión judicial.

[...]

Sobre el concepto, la jurisprudencia constitucional ha establecido aspectos diferenciados, por ejemplo, respecto del principio de oportunidad, se está «ante la evidente existencia de un delito», por eso opera la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, mientras que en el archivo de las diligencias la tipicidad no se consolida, pues no se presentan presupuestos que indiquen que una

conducta sí puede caracterizarse como un delito. [...]

Bajo este entendido, el archivo de las diligencias procede únicamente de no verificarse presupuestos del tipo objetivo, es decir, cuando no se reúnan los elementos requeridos por el ordenamiento penal y se imposibilite su caracterización como delito, diferenciándole de otros mecanismos de terminación del proceso penal, como lo son la preclusión, el principio de oportunidad previamente reseñado o el desistimiento en delitos querellables.

A su vez, en el archivo de las diligencias no se cuenta con «un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito, que exija en su terminación acudir a la preclusión de la investigación.

Es menester precisar que en su aplicación no corresponde en forma alguna al fiscal emitir consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni sobre causales de exclusión de responsabilidad, pues «lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo». Por otro lado, lo relativo a aspectos subjetivos de la tipicidad de la conducta deberá ser resuelto por el juez penal mediante preclusión, principio de oportunidad o juicio oral.

Las funciones judiciales en la fase preprocesal de indagación, en la que se adelantan pesquisas o averiguaciones con la exclusiva finalidad de determinar o lograr establecer si se debe o no adelantar el ejercicio de la acción penal se concretan en el recaudo de información, realizar entrevistas, recolectar elementos materiales probatorios y evidencia física. Por eso, la Corte Constitucional, sobre la naturaleza jurídica del ejercicio de la acción penal en esta fase, determinó que implicaba la verificación de motivos y circunstancias fácticas sobre la posible comisión de un delito, a las cuales se sujetaba la obligatoriedad de la misma, a efecto de que el ente acusador pueda proceder con la labor investigativa y de acusación.

En esta línea, cuando la Fiscalía emite una orden de archivo no ejerce la acción penal, precisamente porque se concibe conforme al entendimiento de que «el ente acusador ha podido descartar la necesidad de ejercer la acción penal al constatar que las circunstancias fácticas sobre las que se adelantó la indagación o pesquisas no se adecuan a los elementos objetivos de los tipos penales contenidos en la legislación penal».

Es necesario hacer especial hincapié en que «el archivo se predica exclusivamente de las diligencias y actividades investigativas que se adelantan con ocasión de la noticia criminis», careciendo de incidencia en la acción penal, función persecutoria de los delitos o definición de responsabilidad del presunto infractor, toda vez que esas gestiones pueden ser llevadas a cabo incluso sin la individualización de los sujetos.

Sobre las causales por las cuales procede el archivo de las diligencias, por no estar objetivamente enunciadas en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia se ha encargado de reunir presupuestos para identificar y precisar su procedencia; por eso, adicional a los casos reseñados por la Corte Constitucional para emitir archivo -inexistencia del hecho y atipicidad de la conducta -, la Corte Suprema de Justicia en postura sostenida en auto del 5 de julio de 2007 establece que se incluyen también (i) la imposibilidad fáctica y jurídica de efectuar la acción; (ii) la imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo y (iii) la imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto pasivo.

En lo relativo a la causal de atipicidad específicamente, «se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible», es decir, implica verificar que un actuar humano no se corresponde a cabalidad con un precepto normativo punitivo. En este sentido, se requiere congruencia integral de la conducta investigada con la acción u omisión normativa, incluyendo las exigencias materiales del tipo objetivo (sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento) y el tipo subjetivo (dolo, culpa o preterintención).

NULIDAD - Debido proceso: no se configura, cuando se tuvo la oportunidad procesal de solicitar aclaración o adición a los hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: fueron correctamente determinados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos

«La Fiscalía imputó los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión a LPMS, por la orden de archivo proferida el 26 de febrero de 2015 en el proceso de SPOA No. [...], sin que se hubiesen llevado a cabo los actos investigativos correspondientes ni trazado programa metodológico. [...]

Al respecto, inicia esta corporación refiriendo los requisitos que para la Corte han sido necesarios en el desarrollo de la imputación, a saber que:

«(i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación - entendida en sentido amplio -, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación».

Una vez precisado esto, considera la Sala que ningún reparo puede hacerse en este estado de la actuación por parte de la defensa respecto a los hechos jurídicamente relevantes relativos al proceso penal, toda vez que en audiencia del 3 de marzo de 2020 frente al Juzgado 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías, la Fiscalía (i) identificó e individualizó a la procesada; (ii) realizó una narración de los hechos jurídicamente relevantes y, con base en ello, (iii) formuló imputación a LPMS, precisando por cuáles conductas penales estaba siendo vinculada al proceso y en qué calidad, modalidad y verbo rector. En esta instancia, cabe precisar que contaba la defensa con la posibilidad de

solicitar aclaración o adición a dicha imputación, cuya congruencia se verificó posteriormente con respecto a los hechos materia de acusación.

[...]

La Corte, respecto a los hechos jurídicamente relevantes, ha señalado que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía debe realizar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible, tanto para la formulación de imputación como para la acusación. La relevancia de esta exigencia estriba no solo en que constituye una garantía para el imputado o acusado, de conocer por qué se le investiga o juzga, también en que los hechos así postulados devienen inalterables, siendo el sustento fáctico del fallo, en virtud del principio de congruencia (CSJ SP082-2023, 15 mar., rad. 59994).

Frente al caso concreto, de acuerdo con las líneas señaladas por la Corte en la providencia anterior y atendido el paso a paso que siguió el fiscal al formular imputación a LPMS, se precisa que cumplió con esos propósitos, es decir, (i) interpretó de manera correcta la norma penal - tomó como consecuencia jurídica los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión- y (ii) determinó los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica -el fiscal en la imputación mostró los distintos momentos en que la imputada desarrolló la conducta, desde que conoce el asunto hasta cuando decide archivar las diligencias-. Con estos elementos, se verifica que la hipótesis de la imputación abarcó los aspectos previstos en los respectivos preceptos, cumpliendo el deber de exponer de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes.

De modo que no se vulneró el derecho al debido proceso, en cuanto a defensa y congruencia, por lo que no procede la nulidad solicitada por el recurrente por este aspecto»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: documento que se presume auténtico, incorporación al juicio, puede ser incorporado directamente por la parte interesada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: documento que se presume auténtico, no requiere ser incorporado mediante testigo de acreditación / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Prueba documental: incorporación, trámite / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: principios

«La Corte definió que cuando se trata de la incorporación de documentos que no requieren de acreditación por presumirse auténticos, la parte directamente está facultado para aducirlos, previo cumplimiento de requisitos indispensables para garantizar el descubrimiento de los medios de conocimiento, y los principios de publicidad y contradicción de la prueba.

[...]

Para ejercer la debida confrontación, señaló la Corte, la contraparte tiene derecho a conocer el contenido del documento; lo cual se garantiza con el descubrimiento que se realiza en las oportunidades procesales que la ley prevé en la audiencia preparatoria. Esto significa que los documentos que no gozan de la presunción de autenticidad requieren obligatoriamente del testigo de acreditación.

Por lo anterior, no basta con la introducción global de innumerables documentos, pues deben cumplirse unos requisitos mínimos dirigidos a que el medio de conocimiento quede plenamente incorporada para garantizar los derechos de los sujetos procesales, es decir, deben cumplirse los principios del sistema acusatorio, tales como los del descubrimiento de los materiales de prueba y evidencia física, actividad que permite el conocimiento sobre la existencia del documento, el cual al ser incorporado en el juicio satisface los principios de publicidad, inmediación y contradicción de la prueba.

Para el caso en estudio, los documentos que hacen parte de la carpeta que conoció la acusada cuando resolvió archivar las diligencias - evidencia 2-, fueron inicialmente negados por el Tribunal, pero la Corte al desatar el recurso de apelación contra el auto que inadmitió algunas piezas procesales, resolvió “admitir todo el documento que da cuenta de la realidad procesal que enfrentó la procesada para cuando incurrió en las conductas referidas en la acusación” (CSJ AP4438-2021,22 sep., rad. 60064).

Es decir, en la audiencia preparatorio se admitió el contenido integral de la carpeta de la Fiscalía, la cual contiene el trámite efectuado por la fiscal imputada con ocasión al accidente de tránsito - evidencia No. 2-, misma donde aparecen los

documentos relacionados por la defensa que habría incorporado irregularmente el fiscal - informe ejecutivo, informe policial de accidentes de tránsito, registro de cadena de custodia y copia de orden de archivo de la investigación preliminar-.

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, la evidencia No. 2 fue incorporada en un total de 82 folios, y al revisar esa actuación están los documentos relacionados por la defensa -informe ejecutivo, página 2; informe policial de accidentes de tránsito, página 7; registro de cadena de custodia, página 10; y copia de orden de archivo de la investigación preliminar, página 38.

Así mismo, en sesión de audiencia pública del 2 de marzo de 2022, el fiscal delegado, en efecto, incorporó directamente la evidencia No. 2 - carpeta del proceso penal radicado con el CUI [...]. En esa actividad probatoria refirió la línea indicada por la Corte al resolver el recurso de apelación sobre este medio de conocimiento, por eso, señaló lo que consideró fundamental para el proceso, efectuando la lectura de las piezas procesales, inclusive de los documentos mencionados por la defensa en la apelación, - informe ejecutivo, informe de accidente de tránsito, registro de cadena de custodia y orden de archivo de la investigación preliminar.

En síntesis, cada uno de los documentos incorporados por el fiscal no requerían de testigo de acreditación, por tratarse de aquellos que se presumen auténticos, según las reglas jurisprudencialmente trazadas y el desarrollo que se efectuó en el juicio al introducirlos»

CORPORACIONES JUDICIALES - Quórum deliberatorio y decisorio: las decisiones que deban tomarse en pleno o por cualquiera de sus salas o secciones, requieren de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros / **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL** - Integración: conforme a las reglas establecidas en el Acuerdo N. PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 / **JUEZ COLEGIADO** - Sus decisiones se deben tomar por mayoría absoluta de votos / **NULIDAD** - Debido proceso: no se configura, cuando el juez colegiado adopta su decisión por mayoría

«En lo atinente al quórum decisorio, esta Corte ha considerado que «lo importante (...) es que al momento de resolver el caso exista un quórum

deliberatorio y decisorio y que la decisión se tome por mayoría», situación que en el presente proceso se verificó y en la que se concede razón a la Fiscalía al resaltar que en nada se veía afectado el quórum deliberatorio.

En primer lugar, en cuanto al sentido del fallo del 6 de abril de 2022 y la lectura de la sentencia el 11 de marzo de 2022, se observa que fueron decisiones suscritas por los tres (3) magistrados que integran la Sala; por tanto, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que no fueron tomadas por la totalidad de los magistrados y no se estructura la irregularidad alegada. Por sustracción tampoco existe incidencia en el trámite de la orden de captura, que al final fue ordenado en la sentencia en cuestión.

En segundo lugar, el reconocimiento de la condición de víctima tuvo lugar en la audiencia de acusación, efectuado por la Sala con dos (2) de sus magistrados, pues el tercero se encontraba de permiso según constancia. Esta situación no constituye irregularidad alguna, porque el debate sobre el reconocimiento de las víctimas se surtió por unanimidad, entiéndase, por los dos magistrados que para ese momento conformaban la Sala de decisión, con respeto de las mayorías deliberatorias y decisorias -artículo 13 del Acuerdo PCSJA17-10715 de 2017-, en armonía con el artículo 54 de la Ley 270 de 1996.

En estos casos, la Corte ha señalado que «la línea de pensamiento de la Sala, que hoy se reitera, en el sentido que estas situaciones, de común ocurrencia en el ejercicio de la función colegiada, no comporta afectación a garantías fundamentales del procesado ni irregularidad sustancial que amerite la nulidad de la decisión» (CSJ SP410-2022, 9 feb., rad. 50333 y CSJ SP083-2023, 15 mar., rad. 59636)»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: a través del archivo de las diligencias

«Siguiendo la argumentación manejada a partir de este material probatorio, el archivo provisional se emite (i) sin encontrarse dadas las causales para su procedencia -inexistencia del hecho o falta de caracterización como conducta típica-; (ii) sin haber sido desarrollado programa metodológico ni haber ordenado los actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos; (iii) omitiendo notificar al Ministerio Público y en detrimento de los derechos de las

víctimas y (iv) con base únicamente en la información contenida en el informe ejecutivo del 22 de octubre de 2014, presentado por los guardas de tránsito municipal de Puerto Tejada (Cauca). Todo lo anterior, sin contar además con elementos materiales probatorios que diesen sustento al evento de fuerza mayor o caso fortuito en el que LPMS se basó para ordenar el archivo por atipicidad. Es decir, se cumple el factor objetivo de la conducta punible.

Ahora, la orden de archivo que se tiene como base de la imputación fue emitida por la procesada en su calidad de Fiscal Local 12 de la Sala de Atención al Usuario de Puerto Tejada, bajo la causal de atipicidad al verificar que, a su juicio, se estaba ante un caso fortuito o fuerza mayor por una circunstancia de la naturaleza consistente en un «torrencial aguacero» que provocó el volcamiento del automotor.».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Dolo: Demostración / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura: cuando la interpretación de las normas resulta razonable así no sea la más aceptada, según las particularidades del caso

«Pese a que se evidencia que la acusada LPMS, al proferir la decisión de archivo no cumplió a cabalidad los lineamientos establecidos en el ordenamiento jurídico penal, considera la Sala que no logró probarse el elemento subjetivo doloso a partir del cual se determinase que conocía la manifiesta ilegalidad de la resolución y de forma consciente, voluntaria y caprichosa hiciera valer pese a ello su interés.

En este caso, la fiscal tuvo en cuenta dentro del archivo elementos fundamentales para sustentar su decisión como (i) la presunta relación fáctica del informe de policía de tránsito en la que, según reporta la decisión, se ponía de presente que «el día 22 de abril de 2015 en la vía Puerto Tejada Cali en el kilómetro 2 más Doscientos Metros, el conductor del vehículo perdió el control a causa de un torrencial aguacero que había en dicho momento ocasionándoles el volcamiento del vehículo en que se desplazaban»; (ii) la ausencia de querrela por parte de las víctimas lesionadas en el siniestro -por tratarse de un delito querrelable- y (iii) la posibilidad de conseguir la garantía de sus lesiones con la póliza de seguro del vehículo.

También arguyó (iv) la falta de consolidación del delito de lesiones personales culposas debido a la

circunstancia de la naturaleza previamente reseñada que provocó, según su argumentación, que no hubiese a quien endilgar responsabilidad penal por el hecho «pues no hay contraparte fue un hecho de la naturaleza que ocasionó las lesiones a las víctimas y la pérdida total del vehículo en el cual se desplazaban» y (v) la existencia de jurisdicciones como la administrativa, civil o la vía gubernativa mediante las cuales era posible realizar el cobro a la compañía de seguros.

Indicó que, sin perjuicio de esta decisión, la víctima podía solicitar reanudar la investigación por tratarse de una actuación provisional, siempre y cuando se adujeran razones que permitieran hacer valer un nuevo recaudo probatorio para el curso de la investigación.

En el mismo sentido, dentro del testimonio introducido en audiencia, LPMS determinó que recibió informe de tránsito, citó a las víctimas para que manifestaran si deseaban querellar y las remitió a medicina legal. Reiteró que el archivo lo emitió por tratarse de un caso fortuito o fuerza mayor derivado de los hechos de la naturaleza, toda vez que en informe de tránsito se ponía de presente que un fuerte aguacero había impedido a los guardias de seguridad comparecer a los hechos y que, aunado a ello, dos de las víctimas le indicaron no querer presentar querrela en su momento por conocer al conductor - motivo por el cual no las mencionó dentro de la orden de archivo-.

Por otro lado, decidió priorizar el archivo de la diligencia, porque de acuerdo con las manifestaciones hechas por la víctima, lo que buscaban era el pago por parte de la compañía de seguros, garantizando con ello la indemnización de los daños sufridos.

Sobre la causal empleada, al cuestionarse en preguntas complementarias del Ministerio Público a la procesada bajo qué casos podía emitirse el archivo, incluyó conciliaciones, desistimientos, entre otras situaciones dentro de las que mencionó el caso fortuito y la fuerza mayor. Es evidente no solo que la funcionaria malinterpretó la información consignada en el informe de policía judicial en el que se indicaba que el torrencial aguacero había ocurrido tras avisarse a los oficiales de tránsito sobre el accidente, sino a su vez el tratamiento del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, en lo que no se evidencia sin embargo un ánimo

deliberado de actuar contra la ley sino entendimiento erróneo de la misma.

En este caso, es la aplicación y /o interpretación de la ley la que resulta errada dentro de las consideraciones jurídicas desarrolladas, en cuya valoración creyó estar verificando las condiciones de procedencia de la acción penal, que en todo caso carecía de legitimidad para ejercer en ausencia de querrela. Cabe aclarar, de cualquier forma, que la emisión de la orden de archivo no afectaba la caducidad de la querrela, que efectivamente se cumple posteriormente en dicha anualidad, sin verificarse por parte de las víctimas la intención de querellar o siquiera de acudir a la empresa aseguradora para obtener indemnización, pues incluso, al presentarse ante OLV -fiscal que conoció el caso posteriormente-, la única actuación con la que era posible proceder era solicitud de preclusión ante juez por caducidad de la querrela.

Es relevante a su vez precisar que en nada modifica esta situación que la procesada haya emitido actos posteriores a la orden de archivo, situación que por el contrario, podría reforzar la tesis garantista a favor de las víctimas, quienes fueron remitidas a valoraciones médico legales según sus solicitudes e incluso participaron en audiencia de conciliación.

No se observa, por los argumentos previamente expuestos, por qué la conducta de la servidora podría considerarse abiertamente caprichosa o arbitraria, pues, aunque errado, expone dentro de juicio el sustento fáctico y jurídico que tuvo en cuenta al momento de decidir archivar la diligencia. No en vano, debe considerarse que el archivo como figura jurídica, ha sido analizado en múltiples ocasiones jurisprudencialmente, pues es un asunto de examen complejo en el que las disposiciones legales se quedan cortas ante vacíos que necesariamente han debido ser cubiertos progresivamente. Es decir, para el momento en que ocurrieron los hechos no carecía completamente de sustento que la procesada hubiese podido confundir las causales de archivo, con situaciones vinculadas a la preclusión -una figura que concurre en ciertos aspectos con el archivo, aunque diste en su aplicación y que precisamente por ello ha requerido numerosos pronunciamientos de esta Sala»

PREVARICATO POR OMISIÓN - Demostración /
PREVARICATO POR OMISIÓN - Demostración:

labores de investigación / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Elementos: elemento normativo (acto propio de sus funciones), programa metodológico y actos investigativos / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - No se configura: por atipicidad subjetiva

De tal manera, no puede afirmarse que la responsabilidad de la fiscal LPMS está demostrada más allá de toda duda, porque las pruebas aducidas en el juicio oral no indican que

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: compañeros permanentes / **DELITOS SEXUALES** - Juez: debe verificar el comportamiento del victimario y no las posibles omisiones de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: núcleo familiar, manifestaciones de convivencia y cohabitación bajo el mismo techo, pueden mantenerse en entornos de violencia sistemática y dominación contra la mujer

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de LEMD, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la providencia mixta (absolutoria frente a los punibles de acceso carnal violento agravado y violencia intrafamiliar agravada y condenatoria respecto del injusto de lesiones personales dolosas) emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo distrito judicial y, en su lugar, lo declaró penalmente responsable, a título de autor, del concurso delictual de acceso carnal violento agravado y violencia intrafamiliar agravada.

La Sala no casó la sentencia impugnada y, confirmó el fallo proferido en segunda instancia que, por primera vez, condenó a LEMD.

Respecto de la conducta punible de acceso carnal violento, la Corte encontró configurado el delito y

actuó dolosamente; esto es, con conocimiento y voluntad de desconocer en forma manifiesta la ley, superando los linderos del simple incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público, en las circunstancias que rodearon la investigación y la decisión de archivo de las diligencias. Más bien, las pruebas aportan el conocimiento de las actividades que realizó para satisfacer el interés de las víctimas, pese a que no formularon la querrela respectiva».

la responsabilidad del enjuiciado, al estar acreditado que no fue un suceso permitido por la víctima, pues el agresor desplegó sobre ella actos físicos de fuerza, idóneos para someterla a sus designios o doblegar su voluntad.

Ahora bien, recordó la Sala que, exigir para la acreditación de la violencia, la exteriorización de resistencia o de voces de auxilio por parte de la víctima, se erige en un prejuicio, que desconoce el enfoque de género con el que la normatividad nacional y convencional demandan resolver estos casos, ya que, ninguna conducta en particular puede demandarse de quien ha sido sometido a ataques sexuales sin su consentimiento.

De otra parte, la Corte concluyó que, a pesar de la relación conflictiva que se dice se presentaba entre LEMD y ASGP, y de las constantes agresiones por parte de LEMD, es un hecho cierto que, por varios meses, ambos conformaron un núcleo familiar en condición de compañeros permanentes; razón por la que, el maltrato físico que este desplegó en contra de ASGP el día de los hechos, se inscribe en los presupuestos previstos por el legislador para entender consumado el injusto de violencia intrafamiliar.

SP245-2023(56027) de 28/06/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En horas de la mañana del 30 de septiembre de 2014, en la ciudad de Bogotá, en la habitación que como compañeros permanentes compartían

LEMD y ASGP, luego de una fuerte discusión de pareja, LEMD mediante violencia moral y física doblegó la voluntad de ASGP y por la vía vaginal la accedió carnalmente sin su consentimiento.

2. En horas de la noche de esa misma fecha, LEMD, al disponerse a retirar sus pertenencias en compañía de su excompañera JPVL, con la finalidad de irse de la mencionada residencia familiar, agredió físicamente a ASGP, altercado que suscitó la intervención de la Policía Nacional debido al llamado de una de las vecinas de la pareja que presencié el acto de violencia doméstica.
3. ASGP fue valorada por profesional especializado forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien halló en su humanidad diversas lesiones, que determinaron una incapacidad médico-legal definitiva de ocho días sin secuelas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: compañeros permanentes / **DELITOS SEXUALES** - Juez: debe verificar el comportamiento del victimario y no las posibles omisiones de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Pueden darse también entre cónyuges o compañeros permanentes o entre aquellas personas que ya tuvieron relaciones sexuales de manera consentida / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, frente a delitos de violencia intrafamiliar o sexual / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Derechos de la mujer: se vulneran,

cuando se utilizan estereotipos de género para adoptar la decisión judicial

«La segunda «máxima de la experiencia» enunciada por el actor es: «una mujer adulta plenamente capaz, cuando está siendo agredida sexualmente pide auxilio para evitar el ataque, máxime si sabe que en el mismo inmueble habitan otras personas que la pueden ayudar. Y, en todo caso, de no poder evitar la agresión, denunciará el hecho a la primera oportunidad, de no hacerlo consiente la relación sexual»

Al margen de las precisiones ya realizadas sobre el error frecuente de ensayar la elaboración de máximas de experiencia a través de postulados que no explican el paso lógico del dato a la conclusión, lo que en esencia conduce a la desestimación del cargo es que el demandante incorpora en su interesada valoración una falsa regla de experiencia, construida a partir de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual.

La Corte insiste en que «fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres» (Cfr. CSJ SP2136-2020, 1° jul. 2020, rad. 52987 y CSJ SP3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587).

En la providencia CSJ SP1793-2021, 12 may. 2021, rad. 51936, la Sala recordó que el tipo penal de acceso carnal violento no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna. Por ende, la figura del consentimiento como excluyente del tipo debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo y no la de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en una desigualdad material.

El análisis de la conducta de la víctima es irrelevante en aquellos delitos contra la libertad sexual que se ejecutan mediante violencia verbigracia el artículo 205 del Código Penal. En otras palabras, «no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico». Por contera, el elemento normativo del tipo, esto es, el

ingrediente de la violencia, «no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de ésta)» (Cfr. CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508).

El anterior criterio se acompasa con lo previsto en la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, cuyo artículo 18 establece:

Recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba. Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, presunción de inocencia, autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que se investiguen delitos que involucren violencia sexual, el personal de Policía Judicial, de Medicina Legal, Ministerio Público, de Fiscalía, y de Judicatura podrán observar las siguientes recomendaciones en el recaudo, práctica y valoración de las pruebas:

1. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre.
2. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual. (...)

Las anteriores recomendaciones, establecidas bajo los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, son de aplicación general, vale decir, para todos aquellos casos que impliquen el ejercicio de violencia en los delitos sexuales, incluido el punible de acceso carnal violento.

[...]

De regreso al cargo propuesto, la censura reclama a la víctima ASGP un comportamiento que el tipo penal no precisa para la acreditación del elemento violencia, y adicionalmente a ello, desconoce que también frente a los compañeros permanentes es exigible la protección del bien jurídico de la libertad sexual de la pareja.

En el planteamiento del cargo lo que se advierte, entonces, es un prejuicio patriarcal, de acuerdo con el cual, si una mujer no se resiste expresamente y con vehemencia a una iniciativa sexual del hombre, es porque la consiente y, por lo tanto, debe soportar las consecuencias de ese rol asignado cultural y socialmente»

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN - Concepto / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - No se vulnera / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA** - Libre sexualidad de la pareja: diferencias con el bien jurídico de la libertad sexual

«[...] el demandante parte de la falsa premisa de considerar que ASGP sentía placer al sostener relaciones sexuales mediante el empleo de la violencia física en su contra, cuestión que no fue probada, como tampoco que eso hubiese sido lo que ocurrió el día de los hechos. Si la proposición que edifica el cargo en casación es equívoca, la conclusión inferencial corre la misma suerte, razón por la que de entrada resulta inepto para inquietar la corrección del fallo.

Además, la Sala no observa vulneración del principio de contradicción, sino una descontextualizada lectura de lo precisado por la judicatura. [...]

El actor confunde así el derecho a la libre sexualidad de la pareja, con el bien jurídico de la libertad sexual, que protege la autodeterminación de la persona para consentir un encuentro carnal, elemento de la voluntad que el Tribunal echa de menos en el acceso carnal objeto de la acusación, de allí que encontrara configurada la conducta tipificada en el artículo 205 del Código Penal»

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, apreciación probatoria / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - La reacción o mecanismo de defensa que asume la víctima es diverso

«[...] la Sala coincide con la decisión del Tribunal, por ende, se aparta de los planteamientos del a quo y de la Delegada del Ministerio Público ante esta sede, toda vez que el encuentro sexual entre LE y AS no fue un acto permitido por la mujer y

se tornó violento en la medida en que no prestó su concurso voluntario para su consumación.

[...]

El supuesto desenfreno y agresividad explicado por el acusado en la vista pública frente a la actividad sexual de la mañana del 30 de septiembre de 2014, se habría traducido en chupones y arañazos que la mujer le hizo, pero nunca aquel mencionó que durante el acceso carnal la golpeará de algún modo, al punto de causarle las lesiones descritas por los profesionales forenses del INML. Por lo mismo, no se entiende la alusión de la defensa técnica, en el sentido que las lesiones se causaron durante el encuentro sexual, aspecto que el procesado jamás indicó.

Al sopesar las versiones de LEMD y de ASGP sobre los hechos, consistentes, según el primero, en que luego de discutir y de lesionar a AS, ella lo besó en el cuello y de ahí pasaron a sostener una relación sexual consentida, y según la segunda, que las lesiones fueron producto del forcejeo y la resistencia al no permitir el encuentro sexual al que su pareja pretendía someterla, la Sala halla mayor verosimilitud en lo expuesto por la testigo.

Esto, en cuanto resulta difícil aceptar que una mujer que ha sido agredida moral y físicamente esté dispuesta a mantener inmediatamente después relaciones sexuales con su agresor, para satisfacerlo y satisfacerse personalmente, sin atender a los sentimientos de rabia, rechazo, dolor e impotencia que afloran en estos casos, lo cual, en lugar de favorecer la relación, la tornarían irrealizable. Mucho menos aceptación suscita esta versión, si se parte de reconocer, como lo sostiene el procesado, que fue la directa afectada quien tomó la iniciativa.

[...]

En ese contexto, para la Sala surge evidente la ausencia de consentimiento de ASGP en el acceso carnal, pues el agresor desplegó sobre ella actos físicos de fuerza, idóneos para sojuzgarla y someterla a sus designios o doblegar su voluntad. Y aunque, de acuerdo a lo relatado por cada uno ellos, la agresión pudo iniciar en un contexto distinto al sexual, no tardó mucho en cambiar de escenario, cuando MD vio desprotegida a la mujer en el suelo, para seguidamente realizar la agresión sexual.

La inesperada conducta ejecutada por el procesado, en el marco de uno de los habituales

actos de agresión relatados por la víctima y por su vecina DPR, creó tal grado de perturbación en AS, que le impidió exteriorizar con alguna vehemencia su contrariedad con lo sucedido, en sus palabras, quedó en estado de shock, sin saber qué hacer.

Esta manera de reaccionar, como bien lo destacó la Delegada de la Fiscalía en sus alegaciones, no puede ser tomado como regla indicativa de aceptación o disfrute del encuentro sexual, pues como ya se indicó, la acreditación del elemento violencia no exige para su estructuración la exteriorización de resistencia o de voces de auxilio por parte de la víctima. Invocarlo, se erige en un prejuicio, que desconoce el enfoque de género con el que la normatividad nacional y convencional demandan resolver estos casos.

ASGP explicó en detalle: (i) el estado de perplejidad que le causó el ataque sexual de su compañero LE, (ii) la circunstancia de haber controlado durante todo el día sus llamadas y movimientos y, (iii) las amenazas de muerte que en un pasado reciente (4 de septiembre de 2014) había proferido en su contra y de su menor hija, al extremo de poner un arma blanca en su cuello.

El contexto de violencia física y moral vivenciado en el transcurso de su relación con LEMD, el temor infundido por el atacante producto de amenazas previas inferidas y la dependencia económica para con el procesado, permiten entender el comportamiento asumido en este caso por la víctima.

El reproche de la defensa técnica porque AS no denunció la agresión durante el lapso que MD salió de la casa y regresó, no significa, por tanto, que la acción violenta ejecutada en las horas de la mañana hubiese sido consentida, o que AS admitiera el ataque sexual, mucho menos, hacer gravitar en ella la responsabilidad de lo sucedido.

Además, la defensa pasa por alto que la víctima, justamente en ese período aprovechó para relatar lo sucedido a su vecina DPR, no solo en relación con la agresión física de que había sido víctima en las horas de la mañana, sino de la agresión sexual, comentario que se presentó, se insiste, mucho antes de que MD regresara a la casa con su ex pareja y procediera a agredirla de nuevo. Luego no es cierto que haya guardado silencio.

De cualquier forma, lo que debe quedar claro es que ninguna conducta en particular puede demandarse de quien ha sido sometido a ataques

sexuales sin su consentimiento, para poder dar por estructurado el elemento violencia. Ni denuncias, ni voces de auxilio, ni resistencia física, ni el despliegue de cualquier otro acto encaminado a salvaguardar el bien jurídico que está siendo quebrantado (Cfr. CSJ SP1793-2021, 12 may. 2021, rad. 51936).

Este elemento debe probarse a partir de las acciones del sujeto agente, de los datos objetivos vinculados con su accionar, sin exigir para su consolidación probatoria que la víctima haya actuado en el acto de agresión o después de él de una determinada manera, por erigirse en exigencias que revictimiza la mujer y le atribuyen obligaciones de protección no previstas en la ley penal.

En el presente caso, el relato de ASGP resulta coherente, claro y persistente en la incriminación. Representa fiablemente una experiencia traumática vivenciada, pues además de no evidenciarse interés en mentir para causar daño, halló corroboración en otros medios probatorios recaudados, [...]

En las condiciones anotadas, la Sala encuentra debidamente acreditada la estructuración de la conducta punible de acceso carnal violento y la responsabilidad en ella del enjuiciado LEMD, en el estándar probatorio requerido para proferir fallo de condena»

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: núcleo familiar, manifestaciones de convivencia y cohabitación bajo el mismo techo, pueden mantenerse en entornos de violencia sistemática y dominación contra la mujer / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Se configura: evento en que el sujeto activo seguía integrado de manera arbitraria y disfuncional a la unidad doméstica / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: núcleo familiar, demostración

«En relación con la conducta punible de violencia intrafamiliar, la decisión no ha de ser distinta. Ya se dijo que la controversia por parte del recurrente estriba en la necesidad que exista comunidad de vida entre los compañeros permanentes, requerimiento que, en su criterio, no logró demostrarse entre LEMD y ASGP, razón por la cual, las agresiones que en horas de la noche causó LE a AS, actualizan el tipo penal de lesiones personales, como lo sentenció el juez de primer grado.

[...] si bien intentó mostrarse ajeno a la relación sentimental con ASGP, sus precisiones y explicaciones contradicen dicha afirmación. En primer lugar, no puede considerarse «clandestina» una relación que se maneja de manera abierta y de la cual tiene conocimiento buena parte del grupo familiar.

Es lo que sucedía con la relación conformada entre LEMD y ASGP. De ella tenían conocimiento: (i) la progenitora del procesado, quien, incluso, según sus propias palabras, lo aconsejó sobre la forma como debía proceder en su nueva relación, (ii) su hermano, que la conocía por fotografías que le había enseñado, (iii) la misma JPVL, excompañera sentimental del acusado, quien asegura que cuando LE visitaba a sus hijas, AS lo llamaba para reclamarle por tal hecho y le impedía entrar a la casa de las niñas, y (iv) algunos amigos del procesado, quienes en una ocasión le habrían preguntado el porqué de su separación de «la mona», en referencia a JP.

[...]

El tema de la ayuda económica también resultó trascendente a la hora de reconocer esa convivencia. Si bien el acusado intentó evadir ese tópico al decir que nunca abandonó a su «esposa» e hijas, pues siempre les daba lo que económicamente correspondía, ello acredita el cumplimiento de su obligación alimentaria con su anterior hogar, pero no desdice la existencia de la comunidad de vida con ASGP.

Además, el procesado no solo brindaba asistencia económica a AS, sino que así también lo hacía con las hijas de ésta, una de las cuales incluso vivía en otra ciudad, actitud que ciertamente implica la consolidación de un nuevo núcleo familiar conformado por AS y su descendencia. Esa manutención se tornó indispensable para AS, quien en juicio describió su impotencia al pretender alejarse de LE cuando empezó a recibir maltrato de su parte, pero su precariedad económica se lo impidió, máxime cuando la ayuda que buscó en la familia extensa de su hija menor no tuvo los frutos que esperaba.

[...]

Ese ánimo de permanencia como pareja no se desdibuja por la sola circunstancia de sus esporádicas separaciones, producto del maltrato que el procesado empezó a causarle a AS, las que también reconoció la víctima en su declaración. Por el contrario, era la seriedad del vínculo marital el que permitía la reconciliación, siendo

los hechos aquí juzgados el detonante de la definitiva ruptura. Por ello, el Tribunal concluyó con acierto que la fluctuación en la convivencia para significar la existencia de los conflictos que en ocasiones se presentaban no impedía asegurar que entre ellos se conformó un núcleo familiar y una vida en pareja bajo los mismos techo y lecho.

A propósito de ese contexto, ya la Sala ha explicado (Cfr. CSJ SP468-2020, 19 feb. 2020, rad. 53037) que, aunque la coexistencia no resulte pacífica, ni represente un proyecto colectivo que suponga el respeto por la autonomía ética de sus integrantes, pervive un núcleo familiar digno de protección conforme a la norma de prohibición inserta en el tipo penal del artículo 229 del Código Penal, vigente para el momento de los hechos.

Además, no es posible pasar por alto, de cara al proceso de adecuación típica de la conducta y la lesividad del bien jurídico, las circunstancias de vulnerabilidad a las que se vio sometida ASGP, dada su dependencia económica y el no querer perjudicar al procesado por anteriores agresiones, lo que no desvirtúa la existencia de comunidad de vida como pareja.

El testimonio de JPVL poco ayudó a la teoría del caso de la defensa, toda vez que a pesar de anunciarse reiteradamente como la «esposa» de LEMD, su declaración solo evidenció el desmesurado propósito de sacar del lío judicial al padre de sus tres menores hijas, [...]

[...] a pesar de la relación conflictiva que se dice se presentaba entre LEMD y ASGP, debido a la actitud de esta última, quien no concebía que LE visitara la casa de su expareja y de sus hijas, y a las constantes agresiones por parte de MD, es un hecho cierto que por varios meses ambos conformaron un núcleo familiar, del que además hacía parte la hija menor de AS, a quienes LE le proporcionaba la ayuda económica necesaria para el pago de arrendamiento y alimentación,

aunado al dinero que en ocasiones enviaba a la hija mayor de AS, residente en otra ciudad.

No se trató de una simultaneidad de uniones maritales como entendió el juez a quo. Simplemente LEMD creó un vínculo entre compañeros permanentes con ASGP, sin que ello le impidiera seguir cumpliendo su obligación alimentaria con sus hijas, fruto de la unión anterior»

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA - Cuando recae sobre mujer por razón del género / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA** - Cuando la conducta recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación

Interesa precisar que, aparte de delimitar correctamente la hipótesis factual a través de una adecuada determinación de los hechos jurídicamente relevantes, en el asunto de la especie la fiscalía ofreció elementos materiales de prueba para soportar la pretensión de condena frente a la circunstancia de agravación, destacándose la testimonial de ASGP y de DPR, incluso la del mismo procesado, quien reconoció haber agredido a su pareja el día de los hechos objeto de juzgamiento en un escenario de celotipia, aunado a los informes periciales de clínica forense, uno de los cuales (el suscrito por el galeno CELR), recomendó valoración por psiquiatría forense para la víctima.

La prueba practicada en el juicio oral indica de manera objetiva, la sujeción a un patrón de conducta de maltrato realizado de manera sistemática, con lo que se demuestra la existencia de un contexto de discriminación, dominación o subyugación de su compañera por parte de LEMZ, lo que permite extender el juicio de tipicidad a la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal».

DERECHO A LA LIBERTAD - Parámetros y límites para su afectación, conforme a la Constitución Política / **DETENCIÓN PREVENTIVA** - Requisitos / **POLICÍA NACIONAL** - Facultades: privar de la libertad a las personas / **POLICÍA NACIONAL** - Medidas correctivas: retención transitoria / **PRIVACIÓN**

ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos: sujeto activo calificado, debe tener dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - No se configura: aplicación de la figura de la retención transitoria / **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Configuración / **DETENCIÓN**

ARBITRARIA ESPECIAL - Elementos /
CASACIÓN OFICIOSA - Absolución por
atipicidad

Se pronunció la Corte Suprema de Justicia sobre el recurso extraordinario de casación instaurado por la defensa de los procesados AGLA, GRAM y JGQJ, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Nariño, que los condenó a 32 meses de prisión y multa en cuantía equivalente a 28.33 s.m.l.m.v., luego de hallar responsable, al primero, por el delito de detención arbitraria especial, y a los otros, por privación ilegal de la libertad.

La Sala casó los fallos de condena proferidos contra el Patrullero JGQJ y el Subintendente GRAM, por el delito de privación ilegal de la libertad. También casó el fallo de condena proferido en contra de Patrullero AGLA por el delito de detención arbitraria especial y, finalmente, casó de oficio el fallo de condena proferido en contra del Patrullero JEMC por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad; para, en su lugar, absolver a los cuatro procesados.

Fue así como, en primer lugar, se refirió a la facultad de la Policía Nacional para proceder a la detención preventiva de un ciudadano, así como a los parámetros, establecidos por la Corte Constitucional, que debían seguirse, para la fecha de los hechos, en los casos de detención transitoria.

Luego, analizó los elementos y características de los delitos contra la libertad individual, correspondientes a la privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de privación de la libertad y la detención arbitraria especial, de lo que concluyó:

- i) la privación de la libertad de VM, no puede reputarse ilegal, en tanto, para la fecha de los hechos, procedía la retención transitoria con el fin de proteger la integridad del detenido, conforme a las directrices dadas en la sentencia C-720 de 2007, respecto del artículo 207 del Código Nacional de Policía.
- ii) no hay lugar a extender los efectos de la prolongación ilícita de privación de la libertad de la cual finalmente pudo ser objeto VM, al delito

de detención arbitraria especial atribuido a LA, dado que el tipo penal reclama de una condición especial para el obrar del funcionario público, relacionada con recibir al detenido en el centro de reclusión, situación que no se presentó, por no tener éste la facultad para actuar de la manera que le fue atribuida; de ahí que, su conducta resulte atípica frente a la ley penal.

iii) la conducta del Patrullero MC también resulta atípica, ya que no pudo incurrir en el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, dado que no le fue puesto a disposición el retenido, tampoco lo recibió para recluirllo en una celda y por lo tanto no tenía la potestad de disponer de su libertad.

SP270-2023(61330) de 19/07/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 20 de julio de 2014, un grupo de policías, entre ellos, el Patrullero JGQJ, se encontraban realizando labores de vigilancia y control en la zona de discotecas del municipio de Iles, Nariño.
2. Aproximadamente a las 4:30 de la tarde, fueron alertados de una riña callejera y posible comisión del delito de hurto, en las afueras de un bar.
3. Al arribar al lugar, uno de los presentes - indocumentado-, aunque después se conoció que respondía al nombre de AEVM y se hallaba en alto grado de embriaguez- se enfrentó a los uniformados. Por ello, se le privó de la libertad.
4. El Patrullero JGQJ comunicó de la captura, vía telefónica, al comandante (E) de la Estación, quien, dada la información recibida por el anterior, dispuso su traslado a la estación de policía.
5. Pasado un tiempo, el Patrullero JGQJ condujo a AEVM a una celda temporal o de reflexión, para lo cual dejó constancia en el libro de población.
7. Enterados de su captura, dos hermanos de AEVM, se dirigieron a la estación de policía -a eso de las seis de la tarde-, en donde se

entrevistaron con el comandante, a quien solicitaron su liberación, solicitud que les negó, informándoles que permanecería en el lugar hasta tanto le pasara la borrachera.

8. Acorde con ello, aproximadamente a las 7:30 de la noche los familiares de AEVM, regresaron reclamando su liberación; sin embargo, les fue informado que el detenido se había ahorcado en la celda.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO A LA LIBERTAD - Reserva legal para la aprehensión / **DERECHO A LA LIBERTAD** - Parámetros y límites para su afectación, conforme a la Constitución Política / **DERECHO A LA LIBERTAD** - Su privación o restricción debe ser siempre excepcional y necesaria / **DETENCIÓN PREVENTIVA** - Concepto: constituye una medida cautelar de tipo personal que implica la privación provisional de la libertad / **DETENCIÓN PREVENTIVA** - Requisitos / **POLICÍA NACIONAL** - Facultades: privar de la libertad a las personas, alcance / **POLICÍA NACIONAL** - Medidas correctivas: retención transitoria, procedimiento

«En términos generales la libertad siempre será la regla y la limitación o restricción la excepción a este derecho. Aunque derecho fundamental, no es absoluto, en tanto que, acorde con el artículo 116 Constitucional, las autoridades judiciales pueden ordenar capturas; excepcionalmente, lo puede disponer la Fiscalía General de la Nación y el Senado de la República, cuando ejerce funciones de juzgamiento.

Ahora, dado que la Constitución de 1991 estableció como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, la Corte Constitucional al estudiar el tema precisó algunos criterios sobre los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28 de la Carta, dado que esta ésta no implica la posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales, sino que corresponde a la necesidad específica de verificar ciertos hechos, necesarios para que las autoridades puedan cumplir su función constitucional, a saber "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Bajo esos derroteros, la autoridad de policía está

legitimada para proceder a la detención preventiva de un ciudadano cuando i) medie orden expedida por autoridad judicial o ii) cuando la persona es aprehendida en flagrancia en la comisión de un delito, conforme a las reglas del artículo 32 Constitucional -caso último en el cual no se exige orden judicial-; de todas formas, en ambos eventos el aprehendido debe ser puesto a disposición de autoridad judicial, para su legalización, dentro de las 36 horas siguientes a la captura.

Junto con lo anotado, en la fecha de los hechos - 20 de julio de 2014-, la Policía Nacional tenían facultades para privar de la libertad a las personas, de acuerdo con la aplicación condicionada del Código Nacional de Policía -hoy derogado- o Decreto 1355 de 1970, conforme se había señalado en la sentencia C-720 de 2007, obra de la Corte Constitucional.

En efecto, el artículo 186.8 del mencionado dispositivo, reseñaba la retención transitoria, como una medida correccional a cargo de la Policía Nacional.

En concordancia con la mencionada disposición, el canon 207 íb., establecía: Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: 1) al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desempeño de sus tareas; 2) al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio y 3) al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal.

El numeral 1° del artículo 207 ejusdem, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-199 de 1998, por estimar que retener a una persona por irrespeto a la autoridad de policía, tenía una finalidad sancionadora, no preventiva o de protección, por lo que el funcionario público agredido contaba con la posibilidad de denunciar los hechos ante la autoridad competente.

Los demás numerales, el 2) y 3), fueron declarados ajustados a la constitución, por considerar que contaban con una finalidad protectora, dirigida a salvaguardar la vida o la integridad personal de los ciudadanos que se encontraran en estado de embriaguez o grave excitación, al punto de poner en peligro su propia vida y /o la de los demás.

Posteriormente, el tema de la retención transitoria fue de nuevo abordado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-720 de 2007.

Estimó allí que, como no se había estudiado la constitucionalidad del artículo 192 del Código Nacional de Policía, ni el encabezado del canon 207 íb -únicamente había analizado los numerales 1, 2 y 3-, tampoco había cubierto los efectos de cosa juzgada del numeral 8° del art. 186 íb, debía entrar a pronunciarse de fondo, por encontrarse, las mencionadas disposiciones, estrechamente relacionadas con la atribución de las autoridades de policía de retener transitoriamente a una persona.

Acorde con ello, tanto el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970, como la expresión “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenida en el artículo 207 del mismo decreto, fueron declaradas inconstitucionales.

Ahora, tras aceptar que la inexequibilidad pura y simple, así declarada, podría conducir a que la policía careciera de medidas para proteger efectivamente derechos como la vida y la integridad de personas puestas en situación de grave riesgo -cuando se trata de circunstancias de urgencia frente a las cuales, en la actualidad, no existen medidas alternativas posibles-, decidió la Corte diferir la inconstitucionalidad de las normas en el tiempo, esto es, que sólo surtiera efectos a partir del vencimiento de un plazo fijado a fin de que el legislador pudiera conjurar las consecuencias constitucionalmente indeseables de retirar del ordenamiento jurídico la norma estudiada y adecuar las normas de policía al derecho constitucional vigente.

Para la Corte Constitucional, mientras el Congreso de la República regulara la materia, la retención transitoria sólo podría aplicarse cuando fuere estrictamente necesario para proteger a la persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo. En ese orden, estableció la sentencia aludida, los siguientes parámetros a seguir en el evento de una detención transitoria ejecutada por la Policía Nacional:

i) La autoridad que ordena la retención deberá elaborar un informe por escrito a través del cual indique la novedad de manera clara, expresa y suficientemente motivada; documento que

inmediatamente deberá presentarse al retenido y al Ministerio Público, para su conocimiento.

ii) El retenido, sin importar el estado en el que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata, no sólo de las razones de su retención, sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de comunicarse de inmediato con una persona que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir declaración que lo comprometa ni firmar ningún documento en el mismo sentido; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos, etc.

iii) Adicionalmente, toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no está dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta.

iv) La persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el estado en el que se encuentre y a ella se le permitirá comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo para cualquier efecto.

En todo caso, la retención sólo puede tener lugar mientras la persona supera el estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas.

v) El retenido - directa o indirectamente - debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus, si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad.

vi) Mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que está siendo objeto de protección y se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados - por cualquier razón - y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión.

vii) Los menores deberán ser protegidos, de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia, y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición.

Lo anterior deja en evidencia que, tras la declaratoria de inconstitucionalidad diferida, realizada por la Corte Constitucional respecto de la figura de la retención transitoria, las medidas que venía aplicando la Policía Nacional quedaron sujetas a las reglas establecidas en la C-720 de 2007, en tanto, sólo el 20 de julio de 2016, el Congreso de la República expidió el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que empezó a regir a partir del 29 de enero de 2017, seis meses después de su promulgación.

Como para el 20 de julio de 2014, cuando se presentaron los hechos, aún el Congreso de la República no había legislado al respecto, procedía, en las condiciones descritas en la sentencia C-720 de 2007 la retención transitoria»

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL - De la detención arbitraria: el sujeto activo es un servidor público en ejercicio de sus funciones / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL** - De la detención arbitraria: implica un abuso del poder del que está investido el servidor público / **PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Requisitos

«La privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de privación de la libertad y la detención arbitraria especial (artículos 174, 175 y 176), son conductas realizadas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, que sancionan la privación de la libertad que se produce con violación de las garantías y de los requisitos previstos para el efecto en la Constitución y la ley.

Sobre los tipos penales en comento, esta Corte ha indicado que en la comisión de los mismos siempre va comprometido un abuso del poder del que está investido el servidor público, por cuanto significa que la privación ilegal de libertad, la prolongación ilícita de la privación de la libertad o la detención arbitraria especial tuvieron como influjo inspirador el simple arbitrio del funcionario, con la salvedad que, al menos, se puede tener noticia de dónde y bajo órdenes de quién se encuentra, cosas que no pueden ser muy claras o incluso ignorarse en cualquiera de las otras situaciones, siendo, en todo caso, atrocidad mayor la de la desaparición forzada, pues a pesar de señalarse “al particular” como el sujeto agente realizador de la conducta tipificada en el artículo 165, las diferentes experiencias han enseñado que ese particular suele obrar con el auspicio, patrocinio o favorecimiento de agentes estatales.

En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cualquier acto de privación de la libertad con ocasión de la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo debe ser realizado con estricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas»

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Concepto / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: sujeto activo calificado / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: verbo rector, privar / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Elementos: sujeto activo calificado, debe tener dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD** - Sujeto activo calificado: servidor público, abuso de sus funciones

«El delito de privación ilegal de la libertad se encuentra previsto en el Título III -Delitos contra la libertad individual y otras garantías-, Capítulo Cuarto -De la detención arbitraria-, artículo 174 del C.P., es del siguiente tenor: «El servidor público que, abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad...»

Para su perfección, requiere de los siguientes elementos.

- El sujeto activo es un servidor público en cualquiera de las ramas del poder y de sus dependencias o entidades.
- El verbo rector es privar a otro de la libertad.
- Es un tipo de resultado. Requiere la afectación material de la libertad.
- Es pluriofensivo, pues lesiona los bienes jurídicos de la libre locomoción y la dignidad humana.
- El servidor público debe tener competencia funcional, es decir, facultad para privar la libertad.
- La conducta debe realizarse a título de dolo - art. 22 del C.P.»

PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Concepto / **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Bien jurídico tutelado: libre locomoción individual / **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Elementos: dolo / **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD** - Configuración

«El delito prolongación ilícita de privación de la libertad se encuentra definido en el artículo 175 del Código Penal, según el cual “El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) a sesenta (60) meses y pérdida del empleo o cargo público.

Igual que en el anterior tipo penal, este punible sanciona la transgresión del bien jurídico tutelado de la libre locomoción individual de las personas, y se configura, según lo ha señalado esta Corte, cuando a pesar de que una persona es aprehendida legalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, no se cumplen los presupuestos formales y sustanciales posteriores tendientes a mantener ese estado de legalidad, o cuando habiendo concluido las causas que dieron lugar a la privación lícita de la libertad, se mantiene el estado de reclusión, no permitiendo que se recupere el derecho a la libre locomoción individual.

[...]

Es decir, que el desvalor de la conducta a la que se hace referencia surge cuando se prolonga la privación de la libertad más allá de los límites legalmente permitidos»

DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL -
Concepto / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL -**
ESPECIAL - Elementos / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL -**
ARBITRARIA ESPECIAL - Verbo rector, recibir / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL -**
Elementos: sujeto activo cualificado, servidor público con competencia funcional para recibir personas / **DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL -**
ESPECIAL - Elemento normativo

«El delito de detención arbitraria especial, del artículo 176 de la Ley 599 de 2000, establece “El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de la libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en [...]”.

Se trata de un delito de resultado, de lesión, de conducta instantánea, pluriofensivo, y debe realizarse con dolo, dado que no admite la modalidad culposa.

Como en los anteriores tipos penales, el sujeto activo es cualificado, es decir, servidor público con competencia funcional de recibir personas, en camino de privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medida de seguridad.

Según la doctrina, la conducta, tiene que ver con la acción establecida en el verbo rector recibir, que para este caso significa admitir el ingreso de una persona, contra quien recae la privación de la libertad, con efectivo internamiento en establecimientos de reclusión, psiquiátricos, clínicas, dependencias de reclusión transitorias de policía, cuarteles de policía o militares y demás establecimientos de carácter oficial habilitados como lugares de reclusión.

El elemento normativo se refiere a la realización de la conducta con la inobservancia de los requisitos legales para admitir e internar a una persona en los establecimientos antes mencionados, en aras de que cumpla una medida de aseguramiento o de seguridad.

Los medios de convicción antes analizados descartan de entrada que la aprehensión de VM ocurriera a consecuencia de su captura en flagrancia, sospechoso de ejecutar un delito de hurto -como en principio igualmente lo indicaron los uniformados, pues, de haber sucedido así, QJ -quien lo privó de la libertad y encerró- hubiera procedido inmediatamente a cumplir con los presupuestos de esa circunstancia, entre ellos, legalizar su detención, para después adelantar los trámites dirigidos a su judicialización, con el correspondiente reporte a la Fiscalía General de la Nación.

Así, la privación de la libertad de VM, acorde con el artículo 174 del C.P., no puede reputarse ilegal, en tanto, para ese momento procedía la retención transitoria para proteger la integridad del detenido, conforme a las directrices dadas en la sentencia C-720 de 2007, respecto del artículo 207 del Código Nacional de Policía.

Ciertamente, el tipo penal de privación ilegal de la libertad del artículo 174 del Código Penal, como atrás quedó señalado -num. 4.1.-, exige para su consumación que la retención del ciudadano se produzca sin que medie fundamento jurídico para ello, requisito que no se cumple en el asunto examinado, pues, queda en evidencia que la detención de VM operó en aplicación de la figura de la retención transitoria.

Consecuencia de lo anterior es que la conducta atribuida a GRAM y JGQJ emerge atípica, razón suficiente para que la Corte case el fallo de condena en contra de éstos proferido; en su lugar, los absolverá por el delito de privación

ilegal de la libertad del artículo 174 del Código Penal».

DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL - Demostración / DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL - Elementos: sujeto activo cualificado, servidor público con competencia funcional para recibir personas

«En el caso del Patrullero AGLA los falladores sustentaron su responsabilidad, en que en su condición de jefe de información o de guardia “admitió el ingreso del retenido a la celda dispuesta dentro de la estación sin observancia de los requisitos legales”, argumento que se apoya en la nota del libro de población que éste suscribió en ese sentido.

[...]

Entre los cargos que propone la defensa de LA, por la vía de la violación directa de la ley sustancial, es que advierte equivocado el fallo del Tribunal, cuando se ocupa de aplicar o interpretar el artículo 176 del Código Penal, por cuanto, los hechos jurídicamente relevantes objeto de investigación, no corresponden a la privación de la libertad de AEVM sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, sin verificar si existía orden de captura en su contra o por captura en flagrancia, sino que se trató de una retención transitoria.

De entrada descarta la Corte, la incursión de LA en el delito que se le endilga, en tanto que, como quedó atrás demostrado, en la aprehensión y conducción a una celda de la Estación de Policía de Iles, participaron el Comandante de la Estación AM y el Patrullero QJ, aunado a que éste en indagatoria reconoció que no dejó al detenido a disposición del comandante de guardia, [...]

Así las cosas, resulta evidente que no intervino LA, ni formal, ni materialmente, en la reclusión de VM, acorde con las condiciones exigidas por la norma penal examinada.

Por tanto, no hay lugar a extender los efectos de la prolongación ilícita de privación de la libertad de la cual finalmente pudo ser objeto VM, por parte de QJ y AM -delito que no les fue imputado-, al delito de detención arbitraria especial atribuido a LA, dado que el tipo penal reclama de una condición especial para el obrar del funcionario público, relacionada con recibir al detenido en el centro de reclusión, situación que se insiste, no se presentó en el caso de éste

último, por no tener éste la facultad para actuar de la manera que le fue atribuida.

Por manera que como LA, no recibió al detenido VM para privarlo de la libertad en las condiciones indicadas por la norma típica, es razón suficiente para determinar que no incurrió en el delito de detención arbitraria especial; de ahí, que su conducta resulte atípica frente a la ley penal.

Por las razones indicadas, la Sala casará el fallo de condena y, en su lugar, absolverá al Patrullero AGLA, por el delito de detención arbitraria especial -art. 176 del C.P.-»

POLICÍA NACIONAL - Medidas correctivas: retención transitoria / **CASACIÓN OFICIOSA** - Absolución por atipicidad

«Finalmente, la Corte, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en la actuación, advierte necesario realizar un pronunciamiento oficioso -art- 216 de la Ley 600 de 2000-, en orden a restablecer los derechos del acusado JEMC, condenado por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad. La defensa de éste no recurrió en casación.

[...]

Se encuentra acreditado que el acusado MC no participó en la privación efectiva de la libertad de VM, tampoco lo reclusó en una celda temporal o de reflexión, menos, prolongó ilícitamente su libre locomoción.

Para el momento de la captura e ingreso de VM a la sala de reflexión o celda transitoria, el acusado no se encontraba de turno en la Estación de Policía; contrario a ello, hay evidencia que el turno de jefe de guardia fue recibido a las 19:00 horas, de parte de LA; éste tampoco, como arriba se analizó, recibió al detenido y, por obvias razones, no hizo entrega de este a quien lo reemplazó, [...]

Es decir, en ningún momento MC tuvo la posibilidad de disponer del capturado, ni realizó algún comportamiento, omisivo o activo, para que este siguiera en calidad de retenido o privado de la libertad.

Ahora, igual que con el tipo penal de detención arbitraria especial -art. 176 del C.P.- en la prolongación ilícita de privación de la libertad -art. 175 del C.P.-, la inicial limitación del derecho a la libre locomoción -que se prolonga de forma

ilegal- debe resultar legítima, bien por orden de captura dispuesta por autoridad judicial -art. 28 de la C.P.-; a consecuencia de captura en flagrancia -art. 32 íb-; o cuando se dispone de una medida de aseguramiento de detención preventiva intramural o como en este caso, consecuencia de una retención transitoria.

Por lo que, en caso de que la captura no se legalice dentro del término legal o no se vincule al detenido al proceso en debida forma, incurre el funcionario que dio lugar a ello, en prolongación ilícita de privación de la libertad. En igual delito está inmerso el funcionario del centro de reclusión que persiste en mantener privada de la libertad a una persona, pese a la orden de liberación proveniente de autoridad judicial.

Ocurre, sin embargo, que VM, fue privado de la libertad legítimamente por obedecer su confinamiento a la retención transitoria que, tal cual se ha venido indicando, tenía como finalidad

contrarrestar su estado de embriaguez y dado que fomentaba riña en vía pública.

Sin embargo, luego de su retención le fue prolongada ilícitamente su privación de la libertad en los términos del artículo 175 del C.P., dado que por parte de los procesados AM y QJ, como atrás quedó señalado, no indicaron las razones de su aprehensión, no informaron a su familia de su retención, ni se corrió traslado al personero, en las condiciones de la Sentencia C-270 de 2007, aunado a que se le encerró en una celda, pese a encontrarse frente a una medida eminentemente administrativa y no mediar orden de autoridad judicial.

Así las cosas, no puede incurrir MC, en el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, dado que a este no le fue puesto a disposición el retenido, tampoco lo recibió para recluirlo en una celda y por lo tanto no tenía la potestad de disponer de su libertad».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: ámbito de su testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: que no tiene calidad de perito, emisión de opiniones, apreciación probatoria / **TESTIMONIO ÚNICO** - Valoración probatoria

Magistrado Ponente:
Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor de CIHO en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de la misma ciudad, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La Sala casó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, para, en su lugar, absolver a CIHO, argumentando que, no se cuenta con elementos de juicio que permitan concluir, más allá de duda razonable, que la procesada portaba los 19,4 gramos de cocaína con el propósito de comercializarlos o traficar con ellos.

En este punto, consideró que el deficiente interrogatorio realizado a la única testigo de cargo, impidió conocer las circunstancias que rodearon la captura de la procesada, lo que conllevó a que la condena proferida se encuentre viciada de errores de hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio.

El 20 de enero de 2017, siendo aproximadamente las 10:10 horas, en vía pública, CIHO fue sorprendida por agentes de la Policía Nacional portando 48 papeletas de cocaína, cuyo peso total correspondió a 19.4 gramos

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: ámbito de su testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: que no tiene calidad de perito, emisión de opiniones, apreciación probatoria / **TESTIMONIO ÚNICO** - Valoración probatoria

«[...] en la decisión CSJSP19617, 23 nov 2017, Rad. 45899 se dejó sentado lo siguiente:

El artículo 402 de la Ley 906 de 2004 establece que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”. Por su

parte, los artículos 405 y siguientes idem, que regulan la prueba pericial, precisan, entre otros aspectos, cuándo es procedente (405), los requisitos que debe reunir una persona para que pueda comparecer en calidad de perito (408), y la presentación de informes previos (413). A la luz de esta reglamentación, en principio podría afirmarse que solo los peritos están habilitados para emitir opiniones durante el juicio oral.

Sin embargo, existen aspectos de alto interés para la administración de justicia, de los que suelen ocuparse los ciudadanos en las conversaciones cotidianas y que, ordinariamente, dan lugar a la emisión de opiniones espontáneas, como es el caso de los estados de ánimo, el “nerviosismo” y otros aspectos comportamentales.

Estas exteriorizaciones de lo que sucede al interior del sujeto pueden ser determinantes para decidir sobre la responsabilidad penal, especialmente cuando se trata de demostrar los elementos estructurales del dolo y, en general, los fenómenos mentales que no pueden ser percibidos directamente por los sentidos.

Se trata, sin duda, de inferencias que realiza el sujeto cognoscente, a partir de fenómenos que puede percibir directamente por los sentidos (temblor, sudoración, dificultad para hablar, etcétera), y que pueden ser producto (las inferencias) de procesos mentales conscientes o inconscientes. Esto, sin duda, apareja riesgos para la administración de justicia, sobre todo cuando no se realiza un interrogatorio adecuado que ponga en evidencia los datos a partir de los cuales el testigo concluye que el procesado, la víctima u otra persona se encontraba en un estado de alteración como los que se acaban de describir, no se le pregunta por las causas de esa perturbación (según lo que pudo percibir directamente), por su conocimiento previo sobre los cambios comportamentales de esa persona en particular, etcétera. Lo anterior sin perjuicio de que se alleguen otros medios de prueba sobre esa temática.

Por tanto, en este tipo de casos es determinante establecer: (i) los datos a partir de los cuales el testigo infiere el nerviosismo u otro tipo de alteración en un determinado sujeto; (ii) las razones que pueden haber generado esa reacción; (iii) los conocimientos previos del testigo sobre las alteraciones psíquicas de esa persona en particular; etcétera. Si estos aspectos no son

tratados adecuadamente durante el interrogatorio cruzado, es posible que el juzgador no cuente con suficientes elementos de juicio para realizar sus propias inferencias sobre los aspectos jurídicamente relevantes (el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción, por ejemplo), ya que para ello es indispensable que los hechos indicadores estén plenamente demostrados, según se indicó en el anterior numeral.

[...]

Además de las estipulaciones ya referidas, únicamente se cuenta con el testimonio de la patrullera MACO.

La testigo señaló que para el 17 de enero de 2017 se encontraba laborando en la ciudad de Bogotá, en la localidad Los Mártires, que se caracteriza por las continuas problemáticas con los “habitantes de calle”, especialmente por el consumo de alucinógenos.

Agregó que, para esa fecha, aproximadamente a las 10:00 de la mañana, estaban patrullando por la carrera 19 A con calle 11, cuando vio a una mujer que “se puso nerviosa” al advertir su presencia. Ante ello, procedió a requisarla y le halló, en uno de sus bolsillos, las 48 papeletas de cocaína atrás reseñadas.

Señaló que HO “accedió voluntariamente al registro” y “no manifestó nada”, a pesar de que, generalmente, las personas que se encuentran en la misma situación aducen que la droga es para su consumo.

En su opinión, la retenida parecía “habitante de calle”, aunque no se refirió a su apariencia física, las ropas que vestía, ni suministró algún dato que sirviera de fundamento a su conclusión.

Cuando la Fiscalía le preguntó si la retenida estaba “sobria”, contestó que “no logré captar, se notaba normal”.

Resaltó que la referida mujer estaba sola, deambulando por las calles, aunque inmediatamente después aclaró que cuando la vieron le solicitaron el registro cuyo desenlace ya se conoce. En esta parte de la declaración aseguró que la retenida se puso nerviosa cuando le solicitaron el registro.

Agregó que “por lo general ella se veía por las calles, uno la identifica como habitante de calle”. Sin embargo, no aclaró las circunstancias de

tiempo, modo y lugar que rodearon dicha observación.

El defensor no hizo uso del conainterrogatorio.

El delegado del Ministerio Público optó por formular algunas preguntas.

[...]

Así, aunque la Fiscalía solo presentó el testimonio de la patrullera MAC, asumió el interrogatorio con un notorio desdén, lo que impidió conocer circunstancias relevantes para establecer, más allá de duda razonable, si la retenida portaba la sustancia con el ánimo de comercializarla. Al respecto, la juez de primera instancia no consideró oportuno realizar preguntas aclaratorias.»

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Atipicidad: no depende de la cantidad de la droga o de la frecuencia de su consumo por el sujeto activo / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Transporte: empaçado en pequeñas cantidades, tanto quien la vende como quien la tiene para consumo utilizan regularmente este medio

«Es cierto que la procesada portaba una cantidad de droga que excede los montos estimados como dosis personal, pero también lo es que no se trata de una cantidad que de suyo indique su destinación para el tráfico y no para al consumo personal.

En cuanto a la forma como estaba empaçada, se trata de un dato que resulta igualmente útil para soportar las tesis antagónicas, toda vez que: (i) la testigo de cargo aseguró que en la zona existían sitios de expendio de droga, (ii) por tanto, es razonable asumir que alguien interesado en adquirir la sustancia para su consumo acuda a ese lugar, y (iii) si esa es la forma como usualmente se dispone la droga para su comercialización, es claro que en las mismas condiciones de empaque es recibida por quien la compra para consumirla.

De otro lado, al enunciado «el adicto normalmente porta entre 2 o 3 papeletas de estupefacientes» se le atribuye el carácter de máxima de la experiencia, sin tener en cuenta que, (i) no corresponde a la observación cotidiana, pues la cantidad de sustancia que lleva consigo un drogadicto no es algo que pueda percibirse de forma permanente por el

conglomerado social, (ii) si se aceptara, para la discusión, que es así, no existirían elementos de juicio para predicar la universalidad o generalidad de la supuesta regla, y (iii) la patrullera C se limitó a exponer su opinión, basada en su particular experiencia (sin especificar los detalles), lo que bajo ninguna circunstancia puede tenerse como máxima de la experiencia.»

REGLAS DE LA EXPERIENCIA - No se configuran / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - Se vulnera

«A pesar de la escueta información suministrada por la única testigo de cargo, los juzgadores dan por sentado que: (i) la procesada era “habitante de calle”, (ii) no tenía capacidad económica para adquirir la droga, (iii) no estaba en capacidad de asumir el pago de sus necesidades básicas, y (iv) no era adicta a sustancias estupefacientes.

Como ya se indicó, la testigo de cargo se limitó a etiquetar a la procesada como “habitante de calle”, sin aportar un solo dato que soporte su conclusión. En efecto, ni siquiera se sabe cuál era la apariencia física de HO para ese momento, las vestimentas que usaba, el lugar destinado para su descanso, si era beneficiaria de los planes oficiales de apoyo a esa población, etcétera.

De otro lado, dan por sentado que la procesada no era consumidora de drogas. Para ello, se basan en la escueta afirmación suministrada por la patrullera (“la vi normal”), sin tener en cuenta el aparte del testimonio donde afirma que no se percató de su estado de sobriedad. De nuevo, la testigo se limitó a emitir su opinión, sin suministrar algún dato que permita establecer el fundamento de la misma.

Además de suponer aspectos que no fueron referidos por la única testigo, los juzgadores incurren en una contradicción, toda vez que dan por sentado que la procesada hacía parte del grupo de “habitantes de calle” que, según la patrullera de la Policía, se dedicaban a consumir drogas y a importunar a los residentes en la zona, y, al tiempo, concluyen que HO no consumía estupefacientes, con la clara intención de sustentar su tesis sobre el ánimo de comercialización.

En la misma línea, en el fallo recurrido se establece otra supuesta máxima de experiencia, según la cual los adictos a las drogas, luego de

adquirir la sustancia, optan por su consumo mientras se movilizan por las calles.

De nuevo, los juzgadores le dan dicho carácter a un enunciado que: (i) no corresponde a fenómenos o situaciones que pueden observarse cotidianamente, del que sea posible extraer una regla sobre la forma como casi siempre suceden, y (ii) por tanto, carece de generalidad o universalidad, que constituye una nota característica de las máximas de experiencia.»

IN DUBIO PRO REO - Se debe aplicar si no hay certeza de la culpabilidad del procesado

«Según se indicó en el acápite anterior, la única testigo no explicó si el “nerviosismo” de HO surgió cuando vio a los integrantes de la patrulla o cuando la sometieron al registro, ni cómo se exteriorizó.

No puede perderse de vista que los uniformados solían someter a ese tipo de registros a los consumidores de droga que rotulaban como “habitantes de calle”. Ello permite entender el origen de la conclusión de la patrullera sobre la cantidad de papeletas (3) que solían llevar consigo estas personas para su propio consumo.

Por tanto, ante la precaria información suministrada por la testigo de cargo, no es claro si el registro de que fue objeto HO fue producto del control habitual a los “habitantes de calle” o si medió una situación diferente, que permitiera intuir una conducta ilícita.

Además, la testigo se limitó a exponer su opinión (“estaba nerviosa”), sin explicar los datos a partir de los cuales infirió esa supuesta alteración. No se sabe exactamente cuál fue la actitud que asumió la procesada, ni el momento en que se produjo esa reacción, lo que impide analizar si la misma tiene alguna relación con el supuesto propósito de vender estupefacientes.

Adicionalmente a lo que se ha dejado dicho, los juzgadores omitieron datos importantes de la escueta declaración rendida por la patrullera MACO:

No tuvieron en cuenta lo relatado por ella sobre la existencia de varios expendios de droga en la

zona donde se produjo la captura, ni su alusión a la retención de 10 o 15 “habitantes de calle”, al parecer por el supuesto porte de drogas con ánimo de tráfico.

Pasaron por alto la importancia de aclarar aspectos como: (i) las labores adelantadas por los policiales asignados a la zona para dismantelar los expendios en mención, (ii) la relación de esos sitios de comercialización con el consumo de drogas de los “habitantes de calle” asentados en la zona, (iii) si la procesada, a quien identifican como “habitante de calle”, tenía alguna relación con los referidos expendios, etcétera.

Estas omisiones impidieron establecer si la procesada hacía parte de la red de traficantes referida por la testigo de cargo, o si acudía a ese sitio para comprar la droga para su consumo, como al parecer solían hacerlo las personas que deambulaban constantemente por el sector.

De igual manera, impiden decidir si CIHO debe ser sancionada por atentar contra la salud pública, bajo una de las modalidades previstas en el artículo 376 del Código Penal, o si, por el contrario, debe ser objeto de atención por parte del sistema de salud para mitigar los efectos de su supuesta adicción a las drogas.

Una duda de este nivel debe resolverse a favor de la procesada.»

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, la carga de la prueba radica en la Fiscalía General de la Nación

«El ánimo o intención de tráfico es un elemento estructural del tipo penal previsto en el artículo 376 del Código Penal, por tanto, su demostración está a cargo de la Fiscalía General de la Nación (CSJSP228, 21 junio 2023, Rad. 60332, entre muchas otras)».

Subsidiado -ARS, tipo de contratación, régimen jurídico y trámite / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: seguimiento y control, a cargo de las entidades territoriales departamentales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: contratación de la prestación de servicios / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: distribución de los recursos / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: la inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud está a cargo de las entidades territoriales departamentales, no de las alcaldías municipales

Decidió la Corte la impugnación especial interpuesta por el defensor de CRG, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual lo condenó, por primera vez, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y ratificó la absolución por el injusto de peculado por apropiación a favor de terceros.

La Sala de Casación Penal revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva y confirmó la absolución dictada por el juzgado de primera instancia.

Lo anterior al considerar que, la conducta es atípica pues no se acreditó la omisión de requisitos legales en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato suscrito entre CRG, en calidad de alcalde del municipio de Garzón, y el representante legal de la administradora del régimen subsidiado - C; aunado a ello, no se vulneraron los principios de transparencia, planeación ni debido proceso, rectores de la contratación administrativa.

Para el efecto, la Corte hizo un recuento de las normas que regulan la dirección y el control del régimen subsidiado de salud, analizó las reglas jurídicas aplicables a la contratación de la prestación de servicios y, también se pronunció sobre la distribución de los recursos que administra.

SP309-2023(60110) de 09/08/2023

Magistrado Ponente:
Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. CRG en calidad de alcalde del municipio de Garzón (Huila), suscribió con AAQ, representante legal de la administradora del régimen subsidiado de salud C- ARS, el contrato nro. 02, cuyo objeto era la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema, con vigencia inicial del 1° de abril al 30 de septiembre de 2003, por un valor de \$598.940.519,10.
2. Dicho acuerdo, además, fue modificado y adicionado en 2 ocasiones y, una vez culminada su ejecución, el entrante alcalde y AAQ, firmaron acta de liquidación el 13 de mayo de 2004.
3. La mencionada ARS sólo contrató con el hospital San Vicente de Paúl y la E.S.E. María Auxiliadora de Garzón -empresas habilitadas en ese municipio-, el 41.02% de la prestación de los servicios de salud en los niveles de complejidad I, II y III.
4. En lugar de ello, contrató con la IPS clínica Medilaser, entidad que no aparecía habilitada para asumir la prestación de los referidos servicios en el municipio de Garzón y tampoco contaba con la infraestructura necesaria para atender el objeto contratado, lo que la llevó, a subcontratar con otras IPS del orden público, bajo la modalidad de Unidad de Pago por Capitación Subsidiada (UPCS).
5. La Contraloría Departamental del Huila, en mayo de 2005 presentó ante la Fiscalía, “informe de auditoría” con “hallazgo penal”, consistente en la existencia de presuntas irregularidades relacionadas con la contratación celebrada entre el municipio de Garzón y C ARS, durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2003 y 31 de marzo de 2004, las cuales, a juicio del ente acusador, resultan imputables, entre otros, al alcalde CRG, en tanto no acató los principios de transparencia, responsabilidad y buena fe de que trata la Ley 80 de 1993.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: evolución legislativa / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen

subsidiado: concepto / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: manejo, control y administración / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: entidades autorizadas para la administración de subsidios de salud, requisitos / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS, tipo de contratación, régimen jurídico y trámite / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: seguimiento y control, a cargo de las entidades territoriales departamentales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: contratación de la prestación de servicios / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: distribución de los recursos

«La Ley 100 de 1993 definió el régimen subsidiado, como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago total o parcial de una cotización subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata dicha ley, cuyo propósito es el de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares, que no tienen capacidad de cotizar (artículos 211 y 212).

Para el manejo, control y administración del régimen subsidiado en salud la mencionada ley creó las Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS-, encargadas de la vinculación y prestación del Plan Obligatorio de Salud -POS- de las personas afiliadas, lo cual puede hacerse a través de las Empresas Solidarias de Salud -ESS-, las Cajas de Compensación Familiar -CCF- y las Entidades promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta (artículos 215, 216 y 217).

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2357 de 1995 a través del cual reglamentó la organización del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud, en especial, aquellos aspectos relacionados con las entidades autorizadas para la administración de subsidios de salud (artículo 1). Para lo que interesa en este asunto, estableció

que pueden administrar el régimen subsidiado de salud, aquellas entidades -ESS, CCF y EPS- que cumplan dos requisitos a saber: (i) que estén debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, con resolución vigente, y (ii) que posean una red de servicios que les permita prestar los servicios definidos en el POS-S (artículo 13).

Exigencias que, valga mencionar, se complementan con lo dispuesto en el Decreto 1804 de 1999, que en su artículo 6° prevé:

REGLAS PARA LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. Para la obtención de la autorización de funcionamiento se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

Requisitos para adelantar operaciones. Las personas jurídicas que pretendan actuar como administradoras del régimen subsidiado deberán obtener, con una antelación mínima de cuarenta y cinco (45) días a la fecha del respectivo período de contratación, el certificado de funcionamiento que expedirá la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo previsto en la ley y el presente decreto. (...)

Contenido de la solicitud. La solicitud para obtener el certificado de funcionamiento de una Administradora del Régimen Subsidiado deberá estar acompañada de la siguiente documentación: (...) d. El estudio sobre la capacidad de oferta de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de la disponibilidad de profesionales y grupos de práctica de la región en donde proyecta operar, o a través de los cuales garantizará la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS-S. Dentro de este estudio debe presentarse el plan de organización de la red para la prestación del POS-S ya sea a través de la infraestructura existente o de la propia en caso de que no exista oferta disponible, cerciorándose de que su organización y capacidad es la adecuada frente a los volúmenes de afiliación proyectados.

Ahora bien, en lo que atañe a la contratación de la prestación de servicios y la distribución de los recursos en el régimen subsidiado, el artículo 51 de la Ley 715 de 2001 ordena, expresamente, que las ARS (sean públicas o privadas) deben: (i) Contratar y ejecutar con las instituciones prestadoras de servicio de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, no menos del 40% de la unidad de pago por capitación subsidiada

“efectivamente contratadas” con la respectiva entidad administradora de régimen subsidiado. (ii) Que en caso de existir en el municipio o distrito respectivo, hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial, dicha proporción no será menor al 50%. Y (iii) que todo lo anterior será aplicable “siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes”.

En desarrollo de esa última disposición reseñada, los artículos 41 (inciso 3°) y 43 del Decreto 050 de 2003 prevén: (i) Se considera “práctica insegura”, la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios. Y (ii) que “los montos mínimos de contratación con la red pública, resultantes de la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se calcularán con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente recibida por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Para estos efectos, no se contabilizará el porcentaje de promoción y prevención cuya ejecución estará a cargo de las entidades territoriales”.

Finalmente, en cuanto al tipo de contratación, régimen jurídico y trámite a seguir en estos asuntos, el Acuerdo 244 de 2003 dictado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS, puntualizó las siguientes reglas básicas:

a. En el artículo 45 dispuso que: (i) para administrar los recursos del Régimen Subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen, la entidad territorial suscribirá un solo contrato con cada Administradora del Régimen Subsidiado, por el número de afiliados carnetizados, que incluye la población trasladada. (ii) Que ese contrato se rige por el derecho privado y obedece a una “minuta” remitida, con anterioridad, por parte del Ministerio de la Protección Social. Y, (iii) que es al finalizar cada anualidad cuando se efectúan los balances a efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos.

b. Acto seguido, el artículo 46 precisa que son los beneficiarios del régimen subsidiado quienes

“escogen libremente” la ARS a la cual desean afiliarse, entidad que debe estar habilitada y autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud para operar en la respectiva región.

c. Más adelante, el artículo 49 estipula que en virtud de lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, las entidades territoriales deben realizar seguimiento y control del cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de las Administradoras de Régimen Subsidiado. Labor para la cual deberán “establecer una interventoría permanente de carácter interno o externo que podrá ser desarrollada en el ámbito regional o municipal debiendo elaborar como mínimo dos informes anuales y remitir el resultado a los Departamentos para su consolidación en el formato que para el efecto establezca el Ministerio de la Protección Social. Tales resultados podrán ser solicitados por el Ministerio de la Protección Social o los organismos de control correspondientes.”

d. En último término, el parágrafo del artículo 52 exige que al momento de celebrar los contratos de aseguramiento, las entidades territoriales respeten “la libertad” que tienen las Administradoras del Régimen Subsidiado de seleccionar las instituciones con las cuales celebrarán los contratos de prestación de servicios de salud.»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado: la inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud está a cargo de las entidades territoriales departamentales, no de las alcaldías municipales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Régimen subsidiado: entidades territoriales departamentales, control de los contratos de aseguramiento contractuales a cargo de las ARS / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - No se configura: en la fase de ejecución contractual

«Pues bien, consultados los medios de convicción recopilados, aprecia la Corte que, efectivamente, CRG fungió como Alcalde del Municipio de Garzón (Huila) [...] Además, que en ejercicio de ese cargo, suscribió con AAQ, representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud ARS - CAJASALUD, el Contrato nro[...] con los otrosies nros. [...] de la misma anualidad. Negocio jurídico que, a diferencia de lo sostenido

por la Fiscalía y el Tribunal Superior Neiva, satisfizo en sus fases de tramitación, celebración y liquidación, todas las exigencias previstas en la normatividad aplicable a este asunto.

Las razones que sustentan esa tesis son las siguientes:

Conforme lo previsto en el artículo 4° del Decreto 2357 de 1995, CRG, en su calidad de representante legal del Municipio de Garzón, estaba facultado para suscribir contratos con las administradoras del régimen subsidiado, a fin de garantizar a los beneficiarios del sistema, la prestación de los servicios de salud requeridos. Por ende, no ofrece discusión alguna que, en ejercicio de esa legítima competencia, en el año 2003, firmó contrato de aseguramiento con C ARS, entidad escogida previa y libremente por los usuarios.

Diferentes pruebas aportadas a la actuación enseñan que desde la fase de tramitación, el funcionario acató lo normado en los artículos 13 ibídem y 46 del Acuerdo 244 de 2003, pues con la asesoría de DGA, Secretaria de Salud del Municipio de Garzón para la época de los hechos, observó el cumplimiento de los requisitos que tornaban viable y procedente la suscripción del contrato de aseguramiento con la ARS C.

En realidad, constató que se trataba: (i) de una caja de compensación familiar autorizada como administradora de los recursos del régimen subsidiado en el Departamento del Huila, según Resolución [...] expedida por la Superintendencia Nacional de Salud. Y, (ii) que contaba con una red prestadora de servicios de salud en los distintos niveles de complejidad -I, II, III y IV-. Esto último, en virtud de los contratos suscritos anteriormente con diferentes IPS públicas y privadas de la región

[...]

En este punto, es necesario precisar que no es cierta la censura de la Fiscalía y el Tribunal Superior Neiva, atinente a que el alcalde acusado faltó a su deber de realizar controles previos durante la etapa precontractual [...]

El artículo 16 del Decreto 2309 del año 2002, dispone expresamente que son los entes territoriales departamentales y no las alcaldías municipales, los encargados de verificar, previa solicitud de las IPS, si éstas cuentan con la capacidad instalada necesaria para prestar los

servicios de salud requeridos y, si acreditan los requisitos legales que permiten su inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud. Trámite, a partir del cual, como lo indica la norma, los prestadores se consideran habilitados “para ofrecer y prestar los servicios declarados” en esa circunscripción geográfica.

Por ende, de eso no hay duda, no era competencia de RG examinar, antes de la formalización del convenio con C ARS, si una de las IPS que conformaban su red prestadora de servicios, léase la Clínica Medilaser, efectivamente contaba o no con capacidad para atender los servicios de salud en el municipio de Garzón. Ese era un requisito que la mencionada institución ya había acreditado ante la Secretaría de Salud Departamental del Huila, de manera que, para corroborar su habilitación en dicho territorio, le bastaba a la alcaldía con consultar el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud del departamento. Constatación que, efectivamente se realizó pues en la audiencia de juzgamiento, los testigos DGA -Secretaria de Salud de Garzón-, y ASG -interventor externo - UNISALUD-, señalaron al unísono que al momento de la contratación, C presentó su red de prestadores de servicios de salud, los cuales se encontraban habilitados por la Secretaría de Salud Departamental.

En todo caso, no obstante, la Corte hace hincapié en que para esa fase preliminar de la negociación, la habilitación de la Clínica Medilaser era una realidad indiscutible. Con base en el informe del 14 de febrero de 2017, suscrito por los investigadores del CTI, JSV y LICG, pudo corroborar la Corte que, efectivamente dicha IPS: “al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de salud para el régimen subsidiado por Capitación con la ARS -léase el contrato del 01 /11 /2002-, se encontraba habilitada para la prestación de servicios contratados, ya que según el Decreto 2309 del año 2002, vigente para la fecha, la IPS realizó el procedimiento de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud”.

Así las cosas, se insiste, comprobado por parte de la Alcaldía Municipal de Garzón que la ARS C estaba habilitada para ejecutar el objeto contractual y que los convenios suscritos entre ésta y las citadas IPS -negociación privada en la que el alcalde no tenía ninguna injerencia -, efectivamente demostraban su capacidad de oferta para la prestación de todos los servicios

requeridos, la satisfacción de las formalidades previas a la celebración del contrato de aseguramiento no generaba ninguna duda, recelo o desconfianza. Estaban dados, en efecto, todos los presupuestos para proceder a la contratación.

Por otra parte, se probó que desde el 27 de enero de 2003 -es decir, antes de celebrar el contrato con C, el funcionario había contratado una interventoría externa con la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos en Salud - UNISALUD, a fin de realizar, de la manera más idónea y oportuna posible, el seguimiento y control de todos “los contratos de Administración de recursos del régimen subsidiado celebrados entre el Municipio y las distintas ARS que prestan sus servicios” en Garzón (Huila). Proceder que demuestra, no sólo el acatamiento de lo normado en artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003, sino el compromiso de RG de actuar en forma diligente y responsable.

Es razonable entender, como lo expresó el propio enjuiciado y lo ratificaron otros testigos que comparecieron a la audiencia de juzgamiento, que la vigilancia y control de los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado, era sólo una de las múltiples labores a cargo del alcalde CRG. Por ello, la conformación de la mencionada “interventoría externa”, justamente, era la herramienta idónea a través de la cual el Alcalde podía garantizar el cumplimiento de esa específica obligación a su cargo.

Por conducto del interventor contratado, podía vigilar la operación y estar atento al cumplimiento de las obligaciones a cargo de las ARS contratadas. Así lo afirmó la Secretaria de Salud Municipal DGA, y lo corroboró ASG en su condición de representante legal de UNISALUD e interventor del contrato administrativo mencionado.

Aunado a lo anterior, resulta incuestionable para la Corte que al momento de formalizar el convenio -fase de celebración RG actuó con estricta sujeción a las reglas previstas en el artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003.

Desde el punto de vista formal, el Contrato nro. [...]celebrado entre el Municipio de Garzón y C ARS corresponde, al “formato” definido y enviado previamente por el Ministerio de la Protección Social. Inclusive, la simple lectura del documento permite ver que se diligenció de manera correcta, con indicación exacta de la fecha de suscripción y periodo de vigencia, las partes contratantes y

sus representantes legales, el objeto y valor del contrato, la resolución de la Secretaría de Salud mediante la cual se verificó que se trataba de una ARS inscrita, la población afiliada, fuentes de financiación, registro presupuestal y forma de pago.

[...]

Por ende, mal podría afirmarse que RG violó el principio de planeación, cuando está plenamente demostrado que el Contrato nro. [...]: (i) se ciñó a las formalidades impuestas por el Ministerio de la Protección Social. (ii) Contenía una disposición expresa atinente a la obligación del contratista, de cumplir con los porcentajes de contratación establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001. Y (ii) que con la firma impresa en el documento por parte de AAQ, representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud ARS - C, éste no solo tuvo conocimiento de ella sino que se comprometió a acatarla.

Ahora bien, si con posterioridad a la firma del contrato, C incumplió esa específica obligación a su cargo, advierte la Sala que tal irregularidad, además de resultar ajena a la responsabilidad del procesado RG, no se suscitó en el marco de las etapas de tramitación, celebración o liquidación del Contrato nro. [...], sino en su ejecución. Circunstancia que, como ya fue dilucidado en esta providencia, desborda la tipicidad del delito por el cual se sustentó el llamamiento a juicio.

El artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se recuerda, hace referencia a la obligación en cabeza de las Administradoras de los Recursos del Régimen Subsidiado de Salud, de desarrollar los contratos de aseguramiento suscritos con las entidades territoriales, con estricta observancia de los porcentajes mínimos de contratación con la red pública allí previstos. Si bien, como fue precisado en acápite anterior, se trata de un deber sobre el cual el contratante llama la atención del contratista durante la fase precontractual, su cumplimiento, destaca la Corte, ni es responsabilidad del ente territorial, ni se puede verificar desde ese estadio inicial como de manera equivocada lo señalaron la fiscalía y la segunda instancia.

Lo primero, se enfatiza, porque es la propia norma la que establece quién es el específico destinatario de dicho mandato. El tenor literal de la disposición en comento señala, expresamente, que son las Administradoras de los Recursos del Régimen Subsidiado de Salud, las que en su

calidad de contratistas, tienen el compromiso de ejecutar el objeto contractual con plena observancia de los porcentajes mínimos de contratación con la red pública. No se advierte que su contenido sugiera o permita una interpretación relativa a que tal obligación a cargo de la ARS deba ser desarrollada asocio con el respectivo municipio o alcalde de turno contratante. Por ende, eso está claro, el incumplimiento de tal deber sólo compete a las entidades aseguradoras.

Ahora, es indiscutible también que se trata de un compromiso predicable, tan sólo, de la fase de ejecución contractual. Simple y llanamente porque, es con posteridad a la firma del convenio cuando surge la obligación para la ARS de llevar a cabo las tareas para las cuales fue contratada y de proceder conforme los términos y las condiciones pactadas con el ente territorial. Entre ellos, el de convenir la prestación de los servicios de salud requeridos, con estricta observancia de los porcentajes dispuestos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

En este sentido, los testigos DGA -Secretaria de Salud de [...]-, EATP-Gerente de la IPS María Auxiliadora- y AASG -interventor externo - UNISALUD- explicaron que es durante la fase de ejecución contractual cuando, por ejemplo, se presentan los distintos factores y variables como nacimientos, fallecimientos, ingresos, retiros, entre otros, los cuales, en últimas, son los que determinan la manera como la ARS contratista debe desarrollar el objeto del contrato, realizar los convenios con su red de prestadores y ejecutar los recursos públicos.

Por ende, añadieron, es al término de la ejecución del contrato, o al momento de su liquidación, cuando la entidad territorial efectivamente logra esclarecer, con base en los balances que al respecto le sean presentados, si la ARS contratista respetó porcentajes mínimos de contratación con la red pública (inciso 2º artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003) y si garantizó en forma adecuada los servicios de salud requeridos por la población beneficiaria de dicho sistema. Función que, desde luego, por la línea de tiempo de este caso, se constituye en una tarea jurídicamente imposible de adelantar por parte de CRG, teniendo en cuenta que la liquidación del contrato se realizó el 13 de mayo de 2004, época para la cual el acusado no ostentaba el cargo de Alcalde del Municipio de Garzón [...]. Ya había culminado su mandato.

Vistas así las cosas, es palmario para la Sala que le asiste total razón al impugnante en los motivos de disenso presentados contra la sentencia condenatoria de segunda instancia. Resulta desacertado sustentar un juicio de reproche contra CRG so pretexto de presumir la “falta de controles previos” o la “falta de vigilancia del correcto cumplimiento del objeto contratado”. En realidad, no es posible pensar que al momento de la tramitación o celebración del contrato, el funcionario pudiera prever o anticipar si [...] iba a ejecutar el contrato con estricta sujeción a la ley. Su deber en ese momento era advertir a la contratista sobre el imperativo cumplimiento del mandato previsto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, y así lo hizo. Así mismo, es inadecuado sostener que la existencia de supuestas anomalías advertidas al momento de la liquidación del convenio, le puedan ser imputables al mencionado procesado, teniendo en cuenta que en este asunto se demostró que, para esa fecha, RG no ostentaba la calidad de Alcalde Municipal [...].»

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Porcentaje mínimo de contratación con la red pública, parámetros

«[...] ha de precisar la Corte que, en todo caso, la afirmación de la fiscalía acerca de que C incumplió las obligaciones derivadas del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, es absolutamente desacertada, lo que termina dando al traste con uno de los pilares fundamentales de la acusación endilgada al Alcalde RG.

[...] tal y como fue precisado por esta Corporación en reciente pronunciamiento, CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, para determinar si dicho valor [...] respetó el porcentaje mínimo de contratación con la red pública, se deben tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) No se toma como base el valor total ejecutado del contrato sino el monto mínimo destinado a la prestación de salud por Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, que no puede ser menor al 85% del valor total destinado a la prestación de los servicios de salud. Además (ii) que al valor resultante de la anterior operación se le hace el descuento adicional correspondiente al porcentaje de promoción y prevención establecido en el artículo 43 del Decreto 050 de 2003.

[...] se enfatiza, contrario a las acusaciones de la fiscalía, lo cierto en este asunto es que C ARS sí

acató la obligación prevista en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, como quiera que contrató con la red pública del municipio de Garzón, más del 50% de los servicios de salud.»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Prestación de servicios de salud: práctica insegura, concepto / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Prestación de servicios de salud: práctica insegura, no se configura

«[...] la Fiscalía y el Tribunal de Neiva manifestaron que el Alcalde RG cohonestó y “fue cómplice” del proceder irregular de C ARS, ya que a sabiendas de que ésta había incurrido en una práctica considerada como “insegura” y no autorizada en la prestación de servicios de salud, guardó absoluto silencio. Sin objeción alguna, el funcionario permitió que para dar cumplimiento al contrato suscrito con C ARS, la Clínica Medilaser subcontratara con el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón (contrato Nro. 006-2003) la prestación de Servicios de Salud en los niveles de complejidad II y III. Reproche que, como pasa a explicarse, tampoco es verídico.

Mediante Resolución nro. 488 del 20 de junio de 2003, la Secretaria de Salud Departamental del Huila archivó una investigación administrativa adelantada contra C ARS, entre otros motivos, porque consideró que dicha entidad no había incurrido en ninguna “intermediación o creación de un nuevo eslabón de aseguramiento” [...]

[...] las aclaraciones contenidas en el informe pericial del 14 de febrero de 2017 suscrito por los investigadores del CTI VMBL y MCZC, enervan por completo la afirmación de que C ARS difirió a la Clínica Medilaser, la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud, lo que

impide considerar que, en realidad, se haya presentado el evento de tercerización o subcontratación censurado por la fiscalía.

Resalta la Sala, como se anotó en precedencia, conforme el inciso 3° del artículo 41 del Decreto 050 de 2003, se considera práctica insegura, “la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios”.

A su turno, la Corte, en providencia CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, al analizar un caso similar al aquí examinado, precisó: “El Ministerio de la Protección Social definió en su Circular del 19 de abril de 2001 y en el Decreto 050 de 2003 que la intermediación corresponde a una operación contractual en la que una IPS contratada por una ARS, la desplaza para convertirse en coordinadora de la red y cobra en virtud de tal gestión un valor por administración de los subcontratos, de manera que reduce con ese proceder el monto de los recursos destinados a la prestación de servicios de salud.”

En este caso, sin embargo, no se registró ningún cobro por la supuesta administración de los subcontratos [...]

Por ende, si los medios de convicción aportados al presente asunto no demostraron que Medilaser haya efectuado algún cobro ante C por la administración de los subcontratos, la única conclusión a la que puede arribar la Sala es que la intermediación criticada por la Fiscalía y el fallador de segundo grado no existió. Constatación que termina por ratificar la falta de fundamento jurídico y probatorio de los reproches atribuidos al Alcalde RG».

CONCUSIÓN - Elementos: relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos / **CONCUSIÓN** - Constreñimiento / **CONCUSIÓN** - Elementos: dinero o cualquier otra utilidad indebida / **CONCUSIÓN** - Metus publicae potestatis: demostración / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas, la ley no exige el cotejo de voces para establecer quienes hacen

parte de la conversación / **GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS** - Es legal si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible

La Sala de Casación Penal, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa del ex Juez 8° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ibagué - Tolima, contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que lo condenó por del delito de concusión.

La Corte confirmó el fallo impugnado, al encontrar probado que el acusado, abusó de las funciones nominadoras del cargo al constreñir a la oficial mayor de su despacho, para que obtuviera un préstamo por \$10'000.000 y le entregara dicha suma de dinero, amenazándola con desvincularla del cargo si no accedía a sus pretensiones.

También encontró acreditado que, el constreñimiento desplegado fue idóneo para doblegar la voluntad de la víctima y que la obtención del préstamo en los términos propuestos por el Juez constituía una utilidad indebida.

De igual manera, la Sala consideró que, entre el acto de constreñir y la utilidad indebida existía un claro nexo relacional antecedente consecuente y que la conducta típica determinó en la víctima un temor fundado de perder su empleo si no accedía a las pretensiones del titular del despacho.

SP340-2023(55668) de 16/08/2023

Magistrado Ponente:
Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 21 de marzo de 2013, el entonces Juez 8° Penal Municipal de Control de Garantías de Ibagué, constreñió a quien se desempeñaba como oficial mayor de su despacho, para que obtuviera para él un préstamo por la suma de \$10'000.000, en una entidad crediticia, y le entregara dicha suma de dinero, diciéndole que si no lo hacía se iba del juzgado.

2. El préstamo finalmente no se realizó porque la empleada se negó a tramitarlo, debido a que anteriormente tuvo problemas con el Juez por un préstamo por valor de \$1'500.000 que ella adquirió en similares condiciones, lo cual determinó a que el funcionario buscara su salida del despacho.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Concepto / **CONCUSIÓN** - Elementos

«El artículo 404 de la Ley 599 de 2000 describe el delito de concusión en los siguientes términos:

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

De acuerdo con esta descripción típica, son elementos estructurales de esta conducta (i) un sujeto activo calificado, servidor público, que actúe con abuso del cargo o de sus funciones, (ii) una conducta alternativa, que se concrete en uno cualquiera de los siguientes verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar, (iii) que la conducta esté dirigida a obtener dineros o utilidad indebidos, y (iv) que exista relación de causalidad entre el acto del servidor público y el efecto buscado de dar o entregar el dinero o la utilidad indebidos (Cfr. CSJ SP154-2023, rad. 57366)».

CONCUSIÓN - Elementos: verbos rectores, constreñir / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores, inducir / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores, solicitar

«En cuanto a los verbos rectores que definen la acción típica, ha señalado que constreñir significa «obligar, precisar, compeler por la fuerza a alguien a que haga y ejecute algo», inducir es «mover a alguien a algo o darle motivo para ello», mientras que solicitar alude a «pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado». Sobre las particularidades de cada de estas modalidades conductuales, ha dicho:

«(...) El constreñimiento será idóneo si se emplean medios coactivos que socaven la voluntad del sujeto pasivo, o se le obligue con actos de poder para obtener la utilidad pretendida. En la inducción el resultado se concreta por un exceso de autoridad oculto, para mostrar como genuino un acto que no lo es y, de paso, generar temor o intimidar al sujeto pasivo para que omita o haga lo que el funcionario quiere, so pretexto de evitar o extender aún más un perjuicio en su contra.

Respecto a la solicitud, ésta debe ser expresa, clara e inequívoca con total abandono de actos de violencia, engaño, artificios y amenazas sobre la víctima, con la intención de vender su función o el cargo, y a través de ello, recibir una suma de dinero u otra utilidad, o la promesa de que así será.» (Cfr. AP, may. 30 de 2012, rad. 33743)».

CONCUSIÓN - Solicitar dinero u otra utilidad / **CONCUSIÓN** - Elementos: relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos

«En relación con el tercer elemento estructural, ha explicado que el dinero es aquel «medio de cambio o de pago aceptado generalmente». La utilidad, es el «provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo». Y que uno y otro son indebidos cuando se carece de «una causa jurídica por la que deba pagarse o prometerse por el particular», o lo que es lo mismo, cuando no tienen «causa o título legítimo alguno» (Cfr. CSJ SP621-2018, rad. 51482 y SP3962-2022, rad. 59740).

Para que se configure el tipo penal de concusión es igualmente necesario, conforme al cuarto elemento estructural, que exista un vínculo de causalidad entre el actuar del servidor público (constreñir, inducir o solicitar) y el acto de dar o prometer para sí mismo o para un tercero dinero o cualquier utilidad indebida, es decir, que entre ellos exista una relación inequívoca de antecedente consecuente (Cfr. CSJ, 7 mayo 2012, rad. 36368; reiterado en CSP SP18022-2017, 1 nov. 2017, rad. 48679)».

CONCUSIÓN - Metus publicae potestatis / **CONCUSIÓN** - Delito de mera conducta / **CONCUSIÓN** - Consumación

«Es igualmente necesario para la estructuración de esta conducta, el concurso del elemento subjetivo predicable de la víctima, denominado por la doctrina y la jurisprudencia «metus publicae potestatis», que no es otra cosa que el miedo que la lleva a acceder a las pretensiones de quien constriñe, induce o solicita, en razón del cargo o las funciones que ostenta o desempeña.

En relación con su contenido, es importante precisar, finalmente, que la concusión es un tipo penal de mera conducta, en tanto basta para su consumación la concreción de uno cualquiera de sus verbos rectores (constreñir, inducir o

solicitar), con independencia del resultado que pueda producir».

INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - **APRECIACIÓN PROBATORIA**: respecto de conversaciones telefónicas, la ley no exige el cotejo de voces para establecer quienes hacen parte de la conversación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de libertad probatoria / **PRUEBA** - **APRECIACIÓN PROBATORIA**: no hay tarifa legal / **GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS** - Es legal si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible / **CONCUSIÓN** - **CONSTREÑIMIENTO** / **CONCUSIÓN** - Elementos: dinero o cualquier otra utilidad indebida / **CONCUSIÓN** - **METUS PUBLICAE POTESTATIS**: demostración

«En el «segundo cargo» del recurso, la defensa afirma que el tribunal dio por acreditada la coacción o constreñimiento mediante unos audios incorporados al juicio oral, acompañados por la respectiva transliteración elaborada por un investigador de policía judicial, sin existir cotejo de voces del acusado que permitieran deducir «en términos de certeza» su participación en dicha conversación, incumpliendo los protocolos establecidos por el ente acusador para el manejo de este tipo de prueba.

Lo primero que se advierte en relación con esta censura es que la conclusión del tribunal sobre la existencia del constreñimiento no se sustentó exclusivamente en los mencionados audios y su transliteración, sino que, con ese propósito, fueron practicadas otras pruebas en el juicio oral, entre ellos los testimonios de YXCG, AMSA y MOOV, cuyo alcance probatorio se analizará en su momento.

En lo que respecta a la prueba de cotejo de voces, el a quo acertó al señalar que el análisis de las grabaciones y transliteraciones incorporados al proceso debe realizarse en el marco del principio de libertad probatoria, reglado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole derechos humanos».

La Sala ha explicado que, aunque el cotejo científico de voces es en principio del «mecanismo ideal para la identificación de los interlocutores de una conversación», esto no excluye que el ente

investigador, al amparo del principio de libertad probatoria, pueda acudir a otros medios de prueba para establecer quién o quiénes intervienen en la conversación determinada (Cfr. SP, nov. 7 de 2012, rad. 37394, SP, oct. 27 de 2004, rad. 22639; AP490-2014, rad. 39069 y SP2348-2021, rad. 49546, entre otras).

Luego nada impide que a este conocimiento se llegue a través de la víctima, cuando ha participado directamente en la conversación, como ocurrió en este caso, en el que YXCG concurrió al juicio para dar a conocer el contexto dentro del cual realizó la grabación donde el juez acusado insistió en la exigencia y las personas que intervinieron en ella.

Se trata, por tanto, de una prueba válida, con vocación probatoria, no solo porque la ley no tarifa la acreditación del hecho, sino porque la grabación obtenida no requería de orden previa de autoridad competente, por haber sido realizada por quien estaba siendo víctima de un constreñimiento indebido, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia, la habilitaba para proceder en la forma como lo hizo:

[...]

Como punto de partida, es del caso precisar que en el proceso no es objeto de controversia que el juez JEPG le solicitó a su empleada YXCG adquirir un crédito por \$10'000.000 (diez millones de pesos) a su nombre, cuyo pago él asumiría.

El debate se presenta alrededor de la tipicidad de la conducta. La defensa asegura que este hecho no actualiza los elementos estructurales del tipo penal de concusión, de una parte, porque no hubo constreñimiento, puesto que en ninguna de las grabaciones el acusado afirmó que despediría a su empleada de negarse a tramitar el préstamo, de otra, porque no obtuvo utilidad indebida, toda vez que él asumiría el pago de la obligación.

De las conversaciones transcritas, se establece lo siguiente:

(i) Los diálogos se desarrollan en un escenario laboral, entre el titular del despacho y su empleada. En la primera grabación, el juez JEPG le asegura a YXCG que ha «beneficiado» a personas nombrándolas en la planta de su despacho, y adicionalmente, que estas personas le han brindado «ayudas» mediante préstamos económicos.

(ii) El funcionario alude en concreto al caso de un expleado al que nombró y mantuvo en el despacho, quien obtuvo un préstamo a su favor por 20 millones de pesos. También refiere que una persona no accedió a tramitar otro préstamo, y acto seguido, confronta a su interlocutora diciéndole «y tú estás igual, quieres beneficios XXXX y no ayudas a nada XXXX».

(iii) En la segunda grabación se evidencia la confrontación entre el titular del despacho y la oficial mayor, por la decisión de esta última de negarse a adquirir un crédito en favor del juez por diez millones de pesos. El entonces funcionario increpa a su empleada ante lo que considera es una falta de «solidaridad», mientras que ella lo confronta por haberle dicho que si no tramitaba el préstamo «se va del juzgado».

Del análisis conjunto del contenido de estas conversaciones la Sala evidencia el alcance interesado que el procesado reclama de la expresión solidaridad, o del hecho de ser solidario, al extenderlo a situaciones que no tienen esa connotación, como exigir a sus empleados cargas personales que no tenían por qué soportar a cambio de garantizar su estabilidad en los puestos. Esto no es solidaridad.

En un apartado de la conversación el juez manifiesta, inclusive, en alusión a la petición de tramitar el préstamo, que lo que reclama es «solidaridad» y que «constreñimiento es otra cosa». Pero resulta evidente que dicho reclamo está ligado al contexto laboral de vinculación y permanencia en el cargo, tanto que en un determinado momento le enrostra a YXCG que, «así como a usted nadie me la puso acá, yo le tendí la mano para que usted sea solidaria conmigo».

Como bien puede observarse, para el funcionario, haber nombrado a YXCG en el cargo de oficial mayor de su despacho, implicaba «tenderle la mano» razón por la cual ella debía ser «solidaria con él», accediendo a sus exigencias de endeudarse con un préstamo de diez millones de pesos, para solventar los problemas económicos del funcionario.

[...]

Entonces, aunque en la conversación el juez no reconoce expresamente haberla amenazado con tener que dejar el juzgado si no accedía a tramitar el préstamo, como lo alega la defensa, tampoco

niega el hecho. Por el contrario, asume que esa puede ser la consecuencia cuando el titular del juzgado se siente traicionado por una persona que no es solidaria con sus problemas.

De esta manera, emerge evidente la configuración del acto de constreñimiento exigido en el tipo penal de concusión, en cuanto la petición, como ya se dijo, estuvo acompañada de presiones indebidas y anuncios de represalias que se materializarían con su desvinculación del cargo, como finalmente ocurrió, según se verá más adelante.

[...]

El presupuesto de idoneidad del requerimiento también se advierte cumplido frente al contexto fáctico que acompañó la exigencia, tanto por la relación laboral existente, como por la forma en que el juez esgrimió sus condiciones de empleador y nominador para presionar y erosionar el margen de discrecionalidad de la víctima.

[...]

La utilidad en este proceso no se vincula con el hecho de que JEPG se haya apropiado de dineros de su empleada, sino con el provecho personal que obtenía al lograr que la suma de dinero ingresara a su patrimonio sin realizar trámites ni asumir riesgos por incumplimiento en los pagos, ni afectar su capacidad crediticia, todo lo cual se erige en un abuso, en una acción indebida, que no desaparece por la promesa de subrogarse en la deuda, como atinadamente lo puntualiza el tribunal.

La Sala encuentra igualmente acreditado el nexo de causalidad que se exige entre el acto de constreñimiento del funcionario y la utilidad indebida, pues en el presente caso, aunque no se obtuvo el resultado que se pretendía obtener, surge clara la relación de causalidad entre el acto de constreñimiento del funcionario y la actitud que frente el mismo asumió la víctima.

En lo que respecta al elemento subjetivo que debe acompañar al sujeto pasivo de la concusión («metus publicae potestatis»), el mismo se

establece de la declaración rendida en el juicio oral por YXCG, donde se refiere a la situación de apremio que debió vivir ante los continuos requerimientos crediticios realizados por su nominador y la actitud asumida por ella frente a los mismos.

La defensa, al examinar este aspecto en la apelación, cuestiona el testimonio de la víctima indicando que ella «creó en su interior un miedo para acceder al favor solicitado» y creyó que negarse a la solicitud de su jefe «le traería consecuencias», por lo que «decidió» grabar la conversación. Además, que tenía un bajo rendimiento laboral, así que la forma que «encontró» para no ser despedida fue «darse a conocer» ante otras personas como víctima de un constreñimiento.

Sin embargo, la Sala encuentra que su declaración es coherente en lo que respecta a los señalamientos que hizo de las solicitudes de préstamo de dinero formuladas por el juez y las consecuencias de no acceder a ellas. [...]

Para la Sala, el testimonio de YXCG, además de circunstanciado y consistente, se complementa y refuerza con el contenido de la conversación que grabó del procesado, la cual, como ya se vio, se cumplió en un escenario de confrontación, por cuenta de su decisión de no tramitar el préstamo solicitado.

Del contenido de estas pruebas no se establece que la víctima haya creído estar coaccionada, sin estarlo, o que haya buscado hacerse pasar por víctima, sin serlo, como lo alega la defensa, todo lo contrario, lo que se concluye es que efectivamente estaba sujeta a un constreñimiento indebido por parte del juez.

Es importante agregar que la credibilidad del testimonio de la víctima no fue impugnada en el juicio, de hecho, el tema de su bajo desempeño laboral quedó en el plano de los señalamientos, pues no se probó la existencia de algún llamado de atención o proceso disciplinario en su contra que permita concluir que este pudo ser un motivo para que se produjera su desvinculación del juzgado».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá