



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Diciembre 19 de 2019 n.º 22

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>

CAMBIO DE RADICACIÓN - PROCEDENCIA: **Para garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia**

Al decidir sobre la solicitud de cambio de radicación, la Sala consideró que, en el caso particular, resultaba dable su estudio y excepcional decisión favorable, por advertir que la ubicación del Juzgado, respecto a la víctima, el acusado y los testigos, correspondía a un lugar distante, con ostensibles dificultades de transporte terrestre, fluvial y aéreo, así como carente de cobertura de tecnologías de la información y telecomunicaciones, que impedían la aplicación de la garantía del *debido proceso* y, particularmente, del derecho de *acceso a la administración de justicia*. En tal sentido, la Corporación instó al Consejo Superior de la Judicatura a la adopción de las medidas administrativas pertinentes, para que se puedan materializar los citados mandatos constitucionales en la *Amazonía*, región de la que ponderó su relevancia en el contexto del medio ambiente y la necesaria protección que requiere en el ámbito judicial.

AP5169-2019 (56359) del 04/12/19

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia: para garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia || **AMAZONÍA COLOMBIANA - Abandono Estatal** ||

AMAZONÍA COLOMBIANA - Sujeto de derechos: titular de la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado || **DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho de acceso a la administración de justicia** || **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Deberes:** desplegar las gestiones de suministro de medios técnicos, tecnológicos y de talento humano, requeridos para garantizar el servicio de administración de justicia || **CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia:** cuando la víctima, el acusado y los testigos, residen en un lugar distante de la ubicación del juez, con dificultades de transporte terrestre, fluvial y aéreo || **CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia:** ante la carencia de cobertura eficiente e igualitaria de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, en el lugar de ubicación del juez || **CAMBIO DE RADICACIÓN - Procedencia:** constituye excepción a las reglas de competencia por el factor territorial, cuando no existe acceso a la administración de justicia || **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - La Sala de Casación Penal:** lo insta a celebrar contratos y convenios interinstitucionales, para el cumplimiento del deber de garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los habitantes del Amazonas

«[...] se considera que **el cambio de radicación deprecado debe analizarse de cara a la garantía judicial del debido proceso, en su acepción de acceso a la administración de justicia**, porque en el presente asunto ha sido imposible dar apertura al juicio oral, en razón de las serias dificultades en las que se encuentra inmerso el Departamento del Amazonas.

Pues, la víctima, el acusado y los testigos de cargo y descargo residen en un lugar - corregimiento La Pedrera- que, además de distante al sitio donde está ubicado el fallador de conocimiento -Puerto Nariño-, **experimenta las penurias de vías o rutas de transporte para salir y entrar al mismo**, ya que sólo puede accederse vía aérea o fluvial, siendo la primera de alto costo y poca frecuencia; y la segunda regida por el caudal de los ríos, de acuerdo con la temporada de lluvias, y el excesivo tiempo de traslado (8 días por trayecto, aproximadamente, según la Fiscal).

Las circunstancias descritas también fueron dadas a conocer, grosso modo, por la víctima, el acusado y un testigo, incluso desde antes de la audiencia de formulación de imputación y acusación.

[...] A las anteriores manifestaciones se les otorga credibilidad, por cuanto ratifica una situación problemática que es de público conocimiento: esa región del país, donde habitan varios sujetos procesales intervinientes en este asunto, a pesar de ser considerada como “*el pulmón del mundo*” por su abundancia en flora y fauna, así como por la riqueza de sus costumbres, usos y tradiciones ancestrales, ha sido abandonada por el Estado en todos los sentidos, especialmente en ambiente, transporte y acceso a la administración de justicia.

Por ese motivo, la Sala de Casación Civil, en pronunciamiento STC4360-2018, 5 ab. 2018, Radicación n° 11001-22-03-000-2018-00319-01, declaró a la **Amazonía colombiana** como una entidad, “**sujeto de derechos**”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran.

Tal postura es compartida por la Sala de Casación Penal esta vez y por razón del presente asunto, siendo que la deficiencia que se actualiza es precisamente el de la administración de justicia, sin cuya eficacia operativa, la Amazonía, como sujeto de derechos, tampoco tiene oportuna y efectiva defensa, protección y cuidado en favor de sus actuales habitantes y de las generaciones futuras, déficit que si sigue persistiendo se proyecta en desfavor de las necesidades de la humanidad en general, en la medida que la Amazonía es estimada como “*el pulmón del mundo*”.

En el contexto contemporáneo, las necesidades de supervivencia del ser humano y del planeta Tierra tiene por desiderátum no aplazar más la adopción de medidas y regulaciones que eviten la extinción del medio ambiente y, con su deceso, el de la especie humana misma, al punto que ese cometido (preservación de la naturaleza) por supuesto que reclaman el ejercicio de la soberanía colombiana mediante la presencia significativa del aparato jurisdiccional, indispensable para la solución de los conflictos que en torno a temas ambientales que son de gran actualidad, como a los tradicionales de divergencias y disputas entre los ciudadanos como el que reporta el caso analizado, cuyas soluciones no pueden continuar siendo postergadas sino asumidas con la seriedad que demanda el acceso a la administración de justicia de acuerdo con la prestación de su servicio enmarcado en la civilidad pregonada por las democracias que siguen, como la nuestra, el modelo occidental.

[...] Dicha realidad obedece, en gran medida, a que las autoridades no hacen real presencia en esa región para satisfacer las diferentes necesidades de sus pobladores, situación advertida desde cuando grupos armados ilegales han ejercido de hecho poder y control sobre esa zona, inclusive regulando la explotación de la fauna y la flora, siendo imperativo que en los actuales momentos la desidia estatal cese, para que en su lugar, en materia de servicio de justicia, proceda a ejercer la soberanía que ese territorio de plurales y extensas fronteras exige a fin de que a los ciudadanos que allí habitan se les garantice la pronta y cumplida justicia a cargo de la Rama Judicial, cuya implementación corresponde, como deber, al **Consejo Superior de la Judicatura**, conforme al pacto social político dispuesto por el constituyente en 1991.

Se afirma que **el Departamento del Amazonas carece de cobertura en el servicio público de la administración de justicia**, porque el Consejo Superior de la Judicatura, en el informe rendido al Congreso de la República sobre la Administración de Justicia durante el período 2018 y sus perspectivas en el año 2019 y siguientes, sólo mencionó a ese territorio para indicar que existen dos edificaciones donde funcionan varios juzgados: una en Leticia y otra en Puerto Nariño, con lo cual queda desprovisto la mayoría de ese territorio, si se tiene en cuenta su inmensidad geográfica.

En efecto, esta situación si bien es cierto alude a la infraestructura, también lo es que no contempla las circunstancias esenciales requeridas para la prestación del servicio de justicia, pues tratándose de un territorio donde sólo hay dos municipios, situados al sur del departamento, el área restante compuesta por 9 corregimientos departamentales, en la práctica está desprovista del cubrimiento de ese servicio esencial como lo plasma holgadamente el caso de la especie, esto es, el corregimiento La Pedrera, **distante a 8 días de camino a la sede del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Nariño.**

Otro aspecto, no menos importante que el anterior, es el relacionado con el **notorio atraso que padece** el corregimiento La Pedrera y gran parte del Amazonas **en cuanto a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)**, al punto que, según la Fiscal, no ha sido posible establecer “comunicación (...) siquiera telefónica [y] mucho menos virtual [con los sujetos procesales que habitan en ese territorio], que permitan (...) buscar alternativas idóneas y adecuadas para la realización del juicio oral”.

La aludida problemática obedece a que la prestación del servicio de telecomunicaciones, mediante cableado de fibra óptica y de conectividad de alta velocidad, se da particularmente en Leticia y en otros lugares como el corregimiento de Puerto Alegría, lo cual no alcanza la totalidad de ese departamento, situación anómala que contradice el espíritu de la Ley 1341 de 2009, que pretende garantizar una cobertura eficiente e igualitaria a las telecomunicaciones para favorecer a las personas que se encuentran en una situación menos favorable, en aras de “*disminuir las brechas sociales que existen*”.

Empece tales dificultades, a fin de que la soberanía judicial del Estado tenga presencia efectiva en la Amazonía, es por lo que la Corte considera que **el Consejo Superior de la Judicatura debe desplegar todas las gestiones y realizar la contratación pública necesaria para materializar su obligación constitucional de garantizar, con el suministro suficiente de medios técnicos y tecnológicos, de comunicación avanzada y de eficaz y suficiente talento humano, tal servicio.**

Pues, de no hacerlo, ese deber superior de garantizar pronta y cumplida justicia como expresión del poder público seguiría mostrando las deficiencias que hoy acusa en detrimento de los ciudadanos, quienes aspiran a que los conflictos en que se vean inmersos tengan la solución civilizada que la administración de justicia del Estado está encargada de ofrecer, conforme lo establece el ordenamiento jurídico, en orden a quitarle espacio a formas de justicia por propia mano y vindicativa, que en un todo desdican de una organización estatal como la colombiana, sustentada en los valores del Estado Social y de Derecho, incluso con improntas de uno Constitucional de Derecho que tanto se promociona en la jurisprudencia.

En el contexto resaltado, **se advierten los motivos por los cuales la víctima, el victimario y los testigos no han podido desplazarse de su lugar de residencia** - corregimiento La Pedrera- a la sede física del juzgado -Puerto Nariño-, ni accedido a un sistema virtual de administración de justicia (telejusticia), **pues existen serias dificultades en materia de transporte terrestre, fluvial y aéreo en esa zona alejada del centro de poder nacional, así como una deficiente cobertura de telecomunicaciones en esa región**, cuya satisfacción precisamente es la que se demanda implementar por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

Las aludidas limitaciones evidencian la potencialidad de constituir un riesgo cierto a la garantía judicial del debido proceso, en su acepción de acceso a la administración de justicia, porque, desde el 12 de septiembre de 2018 -primera citación a la audiencia de juicio oral- a la fecha, ha transcurrido más de un (1) año -con nueve citaciones para idéntica finalidad-, y, a pesar de tantos llamados realizados por la autoridad competente, ha sido imposible dar apertura a la misma.

Lo precedente impone la necesidad de superar tales obstáculos, **para lo cual y de manera excepcional**, en aras de facilitar el desarrollo del juicio oral seguido a CP, **la Corte procederá a alterar la competencia territorial del asunto**, con el objeto de que la actuación efectivamente avance, en aras de materializar los principios de la igualdad de partes, contradicción, concentración, inmediación y publicidad, a efectos de lograr la eficacia del

ejercicio de la pronta y recta administración de justicia.

Esta solución, se itera, es excepcional, pues con ella no puede sustituirse el deber de implementar en todo el territorio nacional los medios tecnológicos de comunicación para la cumplida administración de justicia que, se repite, está a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, que, además de administrar los recursos destinados al servicio de la justicia, también tiene el deber de implementar con prioridad el cubrimiento físico y/o virtual de las áreas del territorio nacional en los que la realización de audiencias virtuales resulta ser la mejor solución para que la justicia sea constante y permanente, sin alterar principios de competencia anejos al juez natural.

De no adoptarse la medida anunciada, se causaría grave detrimento a los intereses de la víctima y el acusado, quienes están a la espera -desde hace más de 5 años- de que sea resuelto el conflicto que ocasionó el presente litigio. Igualmente, la sociedad en general, la cual tiene derecho a saber la verdad y obtener justicia.

En consecuencia, se estima razonable y proporcional que **se conceda la solicitud de cambio de radicación**. De esa manera, es conveniente que la citada causa sea remitida al juzgado más cercano y menos costoso, en términos económicos y de tiempos de traslado. Así, se pretende lograr la comparecencia de los sujetos procesales a la celebración de la audiencia de juicio oral y conjurar, de ese modo, la dilación que ha padecido el proceso.

Entonces, de acuerdo con lo analizado, se estima que la autoridad judicial llamada a continuar con el curso de este asunto es el Juzgado Promiscuo Municipal de Taraira (Vaupés), dado que, al confrontar lo dicho por la peticionaria con el mapa político de Colombia, resulta ser cierto que es el más cercano al lugar de residencia de la víctima, el victimario y los testigos.

Recuérdese que el desplazamiento del corregimiento La Pedrera a Leticia también envuelve serias dificultades económicas y operacionales, lo cual muy probablemente seguirá redundando en dilaciones como las registradas, dado el alto costo del transporte aéreo, la escasez del terrestre y la tardanza del

fluvial entre los puertos existentes en esas territorialidades, con ocasión del régimen de lluvias, por cuanto el caudal de los ríos es el que determina el tipo de navegación permisible en esa zona, así como las limitaciones tecnológicas, pues donde residen la víctima, el acusado y los testigos es compleja la comunicación.

Por ende, la Corte procederá a cambiar la radicación del presente asunto y, en consecuencia, lo remitirá al Juzgado Promiscuo Municipal de Taraira (Vaupés); insistiendo en que se trata de una medida excepcional aplicable al presente asunto, pues las dificultades que llevan a esta extrema decisión deben ser conjuradas en el menor tiempo posible por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme sus competencias y obligaciones, a fin de que en regiones del país alejadas del centro de poder nacional (como la Amazonía) sus habitantes sientan que existe Estado Judicial con presencia, así sea virtual, de una pronta y cumplida justicia.

Lo analizado conduce necesariamente a la **Corte Suprema de Justicia a instar al Consejo Superior de la Judicatura , para que celebre contratos y convenios interinstitucionales , en orden a que cumpla eficazmente su deber de garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los habitantes del amazonas**, en condiciones acorde con la dignidad humana y la preservación y defensa de la extensa frontera con tres países, que sólo se logra con la presencia real y efectiva del Estado colombiano, para el asunto de la especie, con la garantía real del servicio de justicia dadas las particularidades de esa zona alejada de los centros de poder nacional.

Igualmente, atendiendo las dificultades de acceso a la justicia que tienen los habitantes del Departamento del Amazonas, el Consejo Superior de la Judicatura bien puede considerar la modificación del mapa judicial para que, por ejemplo, el corregimiento de La Pedrera pueda ser servido en su demanda de justicia por el juzgado con asiento en el municipio de Taraira, perteneciente al Departamento del Vaupés».

(Textos resaltados por la Relatoría)

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - MEDIDAS CAUTELARES:

Terceros de buena fe, deben demostrar que obraron respecto del bien, con prudencia, diligencia y cuidado extremos en su conducta

Al confirmar la decisión que denegó el levantamiento de *medidas cautelares*, la Sala recordó que, tratándose del *incidente de oposición* regulado en la Ley de Justicia y Paz, quienes acuden en condición de *terceros de buena fe*, deben acreditar que obraron respecto del bien afectado, con *prudencia, diligencia y cuidado extremos* en su conducta, cuestión que resulta más exigente cuando se trata de predios ubicados en zonas en las que grupos armados ilegales ejercieron actividades delincuenciales.

AP4463-2019 (50712) del 09/10/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares: incidente de oposición (levantamiento de medidas cautelares), terceros de buena fe exenta de culpa, deben demostrar que obraron respecto del bien, con prudencia, diligencia y cuidado extremos en su conducta || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares:** incidente de oposición (levantamiento de medidas cautelares), terceros de buena fe exenta de culpa, deben demostrar que adoptaron precauciones extremas previas a adquirir predios que fueron objeto de actividades delincuenciales de grupos armados ilegales || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares:** procedencia sobre bienes objeto de simulación o testaferrato en favor de grupo armado ilegal

«El objeto de debate consiste en establecer si los argumentos de la recurrente logran desvirtuar los fundamentos de la decisión de negar el levantamiento de las medidas cautelares que gravan el predio “[...]”, ubicado en zona rural del municipio de [...] e identificado con la matrícula inmobiliaria número [...].

De entrada, observa la Sala que en el evento que ocupa su atención, la representante judicial de

los opositores inscritos como propietarios de la finca “[...]”, **no aportó ninguna prueba** que demuestre que aquellos en la compra del inmueble hubiesen desplegado alguna acción tendiente a determinar que no estaban adquiriendo un derecho aparente, con procedencia ilícita o cuando menos que en realidad provenía de sus legítimos propietarios, a pesar de que, como se asegura, aquellos se ocupaban de negocios inmobiliarios desde mucho tiempo antes de adquirir el predio y a sabiendas de que las medidas cautelares se le habían impuesto en razón de su vinculación con organizaciones armadas ilegales.

Se limitó a acreditar mediante prueba documental y testimonial la negociación realizada -confusa compraventa y/o permuta de la finca-; la capacidad económica y antecedentes comerciales y personales de los opositores; los compromisos económicos adquiridos con entidades bancarias y garantizados con el predio a partir de su adquisición, así como las obras que se realizaron en el mismo, pero **ningún elemento de juicio allegó que permita concluir que la conducta de los opositores, a efectos adquirir el inmueble en cuestión estuvo precedida de buena fe exenta de culpa, esto es, demostrando prudencia, diligencia y cuidado extremos.**

En este punto resulta de interés destacar lo afirmado por los opositores OLSH y GWHC, al aducir que mucho antes de comprar el predio, además de ocuparse como comerciantes en ganado también se dedicaban al negocio de la propiedad raíz, no obstante lo cual, al ser cuestionados sobre la gestión que realizaron previa la adquisición del inmueble, dijo la primera: “Nosotros no averiguamos la procedencia anterior [...] conocíamos a la que nos la vendió V que era una persona honesta y de buena familia”, de quien se demostró que no figuraba como propietaria de la finca, y que simplemente actuó como intermediaria en el negocio.

[...] De donde emerge cierto que públicamente se conocía que la región donde estaba ubicada la finca era de dominio de los paramilitares, previa la época de la negociación de la finca por parte de los opositores, tal como lo había informado el postulado JGSP y lo corroboró CFM, alias “[...]”, en la declaración que rindió en el trámite del incidente, [...]

[...] además de indicar, contrario a lo sostenido por la impugnante, que pudo haber conocido la

finca aunque no la tiene referenciada ni recuerda si se incluyó entre los bienes entregados por JN, y que en la zona las autodefensas hacían presencia armada y uniformada en las carreteras públicamente, al punto que hasta la Policía conocía de ello.

Esa sola circunstancia **obligaba, a quienes obraran de buena fe, adoptar precauciones extremas previas a adquirir predios**, como realizar un estudio a fondo de los títulos de propiedad y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se verificaron las transacciones precedentes con el fin de constatar la procedencia y legitimidad del inmueble, en vista de las actividades delincuenciales que los grupos armados ilegales acostumbraban realizar respecto de los inmuebles en las regiones que ocuparon, [...]

[...] Por el contrario, de acuerdo con lo sostenido por HC, consciente de la situación anterior, persistió en la negociación del predio sin haber establecido fehacientemente quien era su legítimo propietario, al cual dijo que conoció el día de la firma de la escritura, conformándose con las consultas que a través de abogados realizó, y no obstante la mediación de personas que alegaban derechos aparentes sobre el inmueble, relacionándose una confusa permuta a la que se opone la prueba documental que acredita la compraventa registrada por la suma de 112 millones de pesos en cabeza de los opositores -según el certificado de tradición y la escritura No. [...] de la Notaria [...] del Circulo Notarial [...], cuando de acuerdo con el propio HC el predio tenía un costo muy superior, todo lo cual va en contravía de la buena fe calificada exigible para proceder a negociar un bien de las características mencionadas.

Lo anterior guarda coherencia con la tesis de la simulación y/o testaferrato aducida por el a quo, pues aquella actitud de parte de opositores que alegan ser conocedores de negocios inmobiliarios de tiempo atrás, **ni siquiera puede catalogarse de mínima prudencia y diligencia, y menos de la extrema requerida en el proceso de adquisición de un predio ubicado en una zona impactada durante largos años por una organización armada ilegal**, pese a la desmovilización efectuada previa la época del negocio.

[...] El análisis conjunto de la prueba allegada al incidente permite inferir que no hay razones valederas para dudar de lo afirmado por el postulado SP en torno a la denuncia que hizo del predio como perteneciente a la organización armada ilegal que conformó, para efectos de la reparación de las víctimas, puesto que sus aseveraciones al respecto han sido corroboradas y no se reporta que pueda obtener algún beneficio en hacerlo, además de que guarda concordancia con sus particulares condiciones y las del grupo de autodefensas que dominaba la región donde se encuentra ubicado el inmueble.

[...] La Sala no encuentra razón alguna para revocar la decisión recurrida, pues en este trámite no se logró demostrar la buena fe exenta de culpa en la compra de la finca “[...]” por parte de los opositores OLSH, GWHC y VHS, motivo por el cual se **confirmará el auto impugnado**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:

Se vulnera, cuando el juez condena por hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la imputación de cargos, que no consten en la acusación

Al casar el fallo del Tribunal y declarar la nulidad parcial del proceso a partir de la audiencia de formulación de la acusación, la Sala encontró fundamental recabar sobre la importancia de respetar el *principio de*

congruencia en el sistema penal acusatorio, el cual puede ser vulnerado, cuando el juzgador condena por hechos jurídicamente relevantes que sí fueron atribuidos en la imputación, pero que no constaron en la acusación, pues una determinación tal desatiende que el último estadio referido, constituye un acto esencial de la estructura del *debido proceso* penal.

SP3831-2019 (47671) del 17/09/19

Magistrado Ponente:

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: es predicable entre la acusación y el fallo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** su ámbito de cobertura se extiende a la formulación de imputación en lo fáctico || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** se vulnera, cuando el juez condena por hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la imputación de cargos, que no consten en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** funciones en el sistema procesal, delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de sentencia condenatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** la ampliación de la garantía hasta la imputación busca reforzar el derecho de defensa sin afectar el debido proceso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** no podrán darse por sobreentendidos los hechos formulados desde la imputación, si no constan en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** es un acto esencial de la estructura del debido proceso

«El alcance de la formulación de la imputación en aras del respeto a la garantía de la congruencia

El principio de congruencia, como se aprecia de la simple lectura del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, **es predicable en principio entre la acusación y el fallo:**

[...] Sin embargo, **la jurisprudencia** tanto de la Sala como de la Corte Constitucional **ha extendido el ámbito de cobertura de este principio a la formulación de la imputación,** hasta el punto de exigir (con algunas restricciones) una consonancia fáctica entre los hechos que se han atribuido en la imputación y aquellos que se formulan en la acusación.

O, en palabras de aquella Corporación, “[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación, es decir, limitándola a la relación

existente entre la acusación y la sentencia”. En todo caso, “*la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico*”.

Esta ampliación, sin embargo, carece de incidencia para los efectos del problema jurídico aquí planteado (1.2). Esto es, **aunque hayan sido formulados de manera correcta los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, cuando estos no obren en la acusación, se violará el principio de congruencia si el juez condena por aquellos referentes de hecho.**

Estas son las razones:

(i) A menos que se trate de una terminación anticipada del proceso, la imputación de cargos no tiene la función de delimitar el contenido fáctico de la condena.

En el reciente fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, la Sala destacó «*tres funciones medulares de la imputación*», a saber: (a) «*garantizar el ejercicio del derecho de defensa*», (b) «*sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares*» y (c) «*delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía*».

Esto último tiene fundamento en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, según el cual “[s]i el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”. Por el contrario, cuando no hay terminación abreviada del proceso, la actuación que define el marco fáctico por el cual el juez de instancia puede condenar en el fallo tiene que ser la audiencia regulada en los artículos 338 y siguientes del Código Procesal (es decir, la acusación). De ahí que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 predique, como criterio general, **la consonancia entre los hechos formulados en la acusación (no imputación) y aquellos que integran la decisión de condena.**

(ii) La ampliación de la garantía que brinda el principio de congruencia hasta la imputación de cargos es para reforzar el ejercicio del derecho de defensa, no para desconocer el debido proceso en detrimento de los intereses del acusado.

La imputación, como garantía del ejercicio del derecho de defensa, exige una consonancia de orden fáctico entre esta, la formulación de acusación y el fallo condenatorio.

Cuando esa concordancia fáctica se quiebra a la altura de la acusación (por ejemplo, no se atribuyeron allí los hechos que a la postre son el soporte de la condena), ya no es posible predicar que hay congruencia, ni siquiera entre la imputación y la sentencia, porque el acto que los vinculaba (la acusación) dejó de mantenerla.

Afirmar lo contrario sería como admitir que en el trámite regular puede condenarse con imputación pero sin acusación, desconociendo que **el acto de la acusación es parte esencial de la estructura del debido proceso**. De hecho, la Sala, en el fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, admitió en teoría lo contrario: la posibilidad de un debido proceso sin audiencia preliminar (*«un sistema procesal que no incluya la formulación de imputación puede desarrollar adecuadamente la garantía judicial [de defensa], siempre y cuando el procesado conozca oportunamente los cargos y cuente con tiempo suficiente para preparar[la]»*). **Lo que es inadmisibles, sin embargo, es un fallo condenatorio por aspectos fácticos que no fueron formulados en la audiencia establecida para delimitar los cargos, es decir, una condena sin previa acusación.**

En este orden de ideas, la garantía de defensa que brinda la audiencia de formulación de la imputación (en eventos en los cuales el proceso no finaliza en forma anticipada) obedece a la necesidad de asegurar, en palabras del fallo CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, *«el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa»*. Y esta se desconoce en los casos concretos si, por ejemplo, en la acusación se opta por *«incluir los referentes fácticos de nuevos delitos»*, o *«introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave»*, o, en cualquier caso, modificar desfavorablemente *«el núcleo de la imputación»*.

La imputación no se hizo, por lo tanto, para subsanar o suplir pretermissiones en la Fiscalía durante la formulación de la acusación, como dejar de incluir los hechos que integran la premisa fáctica, bajo el pretexto de que le fueron comunicados al procesado en la imputación de cargos. Es más, atribuirle al procesado en audiencia preliminar unos hechos que, luego,

no figuran en la acusación, debe entenderse como un cambio que habrá de repercutir siempre a su favor.

Y (iii) condenar por hechos que no consten en la acusación constituye, además de un error de garantía, uno de estructura. Por lo tanto, es irrelevante que el procesado haya logrado tener un conocimiento de la premisa fáctica de la condena previo a la acusación que no obre en tal diligencia pero sí en la sentencia condenatoria.

Como se indicó (2 ii), la irregularidad analizada equivale, en la práctica, a una condena sin acusación. Se trata esta de una afectación sustancial de la estructura del debido proceso. Y esta, a su vez, es un yerro de garantía, en tanto la defensa no puede preparar su caso si no conoce de qué se le acusa.

Es un sinsentido, por lo tanto, aducir que el yerro no es relevante porque, a pesar de todo, la defensa pudo enterarse antes (en audiencia preliminar) de los hechos que a la postre sustentaron el fallo de condena. De ser así, la discusión ya no giraría alrededor de la garantía de la defensa, sino de la etapa esencial que integra el proceso penal y que se pretermitió. En todo caso, afirmar que en una tal situación no se desconoció el derecho de defensa es bien relativo. Así como en CSJ2042, 5 jun. 2019, rad. 51007, se sostuvo que *«no puede darse por «sobreentendido» un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos»*, **tampoco podría darse por «sobreentendidos» los hechos, a pesar de que no constan en la acusación, con el argumento de que habían sido formulados desde la imputación.**

La defensa, en este caso, pudo haber supuesto aquellos hechos no incluidos en la acusación recordando los atribuidos en la audiencia preliminar, pero dicho acierto no pasa de ser un dato inane. Esto no suplía el deber de la Fiscalía de definir los hechos en la acusación. Tampoco subsana la irregularidad el que la defensa, en el juicio, haya actuado positivamente a raíz de esa suposición. El ejercicio del derecho de defensa, en todo caso, tiene que asegurarse a partir de actuaciones claras y precisas por parte del acusador, no de figuraciones acerca de lo que en últimas hizo o no hizo.

En síntesis, **jamás será posible condenar por hechos que no consten en la acusación, aunque hayan sido atribuidos en la imputación de cargos».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

ESTAFA - DELITO MASA:

La cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas

En la decisión, a través de la cual se casó parcialmente la sentencia impugnada, la Sala tuvo ocasión de recordar algunos de los parámetros básicos del denominado *delito masa*, modalidad que fue aplicada, en el caso concreto, al tipo penal de *Estafa*. Además, precisó que en estos eventos la *cuantía* se determina por el incremento o beneficio económico y no por la afectación individual de cada una de las víctimas.

SP3997-2019 (47203) del 17/09/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - No se configura || DELITO MASA - Acción única con pluralidad de actos ejecutivos || **ESTAFA - Delito masa:** la cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas

«la segunda censura se manifiesta contradictoria en la medida en que por una parte admite la viabilidad de la agravante que por la cuantía prevé el artículo 267 del Código Penal en relación con el delito de estafa acá imputado, pero por otro pretende que cada aporte de las más de 48.000 víctimas se aprecie en una cantidad que no supera el equivalente a 10 salarios mínimos mensuales legales, contradicción que se acentúa aún más si se advierte que por igual se acepta

fenomenológicamente cometido un **delito masa** que en sentir del recurrente no excluye la aplicación del inciso 3° del artículo 246 idem.

A no dudarlo, la imputación y la acusación comprendieron fácticamente la descripción de un **delito masa** en la medida en que se señaló que, por medio de artificios y engaños se obtuvo de cada una de las más de 48.000 víctimas una cantidad de dinero que no superó el 10% de un salario mínimo de 2007 y 2008, solo que jurídicamente no se hizo la indicación respectiva, lo cual motivó a que con sujeción al axioma de congruencia, no fuera posible, en las sentencias de instancia, deducir la agravante que así se configuraba en términos del parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Descrito, por tanto, de un lado, fácticamente esa clase de delito y, de otro, admitido por el censor, que la relación de hechos en torno al punible de estafa así ejecutado “*sin duda alguna corresponde a la descripción del llamado **delito masa***” mal puede arribarse a las conclusiones que en relación con la cuantía del ilícito pretende el censor.

Es que, **si tal tipo de ilicitud se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal**, dentro de un plan con el que se afecta el patrimonio económico de un número indeterminado de personas, **la cuantía del mismo no se determina por cada una de las conductas individualmente consideradas, sino por la suma de las mismas, pues** aunque en su ejecución se producen defraudaciones con relación a una cantidad de individuos diferenciados en relación con quienes el sujeto activo pretende extraer dinero en diversas cuantías, **el propósito de enriquecimiento deviene unitario.**

[...] Por demás, no es posible, como lo propone el censor, desnaturalizar el delito de estafa a partir de fragmentar el aporte económico de cada uno de los vinculados al programa de beneficios sociales de F, lo cual en sí mismo puede considerarse relativamente ínfimo a juzgar porque se trataba del 10% de un salario mínimo

mensual de los años 2007 y 2008, pues, el beneficio patrimonial obtenido por quienes cometieron el punible, que a la vez perfecciona la ilicitud, lo representa la suma de todos esos pagos individuales. **La cuantía se determina precisamente por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas.**

[...] Por tanto, como **la cuantía del punible de estafa**, objeto de este juicio **se congloba en un solo monto**, constituido por el total recaudado por los procesados a través de la fundación, forzoso es concluir que no se incurrió en la violación directa de la ley denunciada, lo cual implica que tampoco esta censura puede prosperar».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PREVARICATO POR OMISIÓN - NO SE CONFIGURA:

Cuando no se acredita la carencia de razonabilidad de la conducta endilgada

Al confirmar la absolución emitida por el Tribunal, respecto de la acusación de presunta incursión en el tipo penal de *prevaricato por omisión* inferida a un *Fiscal*, la Corporación estimó importante precisar que este delito no tiene configuración cuando no se demuestra la falta de *razonabilidad* de la conducta de pretermisión de los deberes funcionales endilgada, de manera que, en el caso particular, no se podía predicar ni siquiera la tipicidad objetiva del comportamiento.

SP3702-2019 (53976) del 06/09/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR OMISIÓN - No se configura: por atipicidad objetiva || **RECURSO DE APELACIÓN - Desistimiento:** constituye un acto facultativo de los sujetos procesales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento:** en casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad, tiene lugar sólo si hubiere mérito para su imposición || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Detención preventiva:** requisitos, inferencia razonable de autoría o participación || **PREVARICATO POR OMISIÓN - No se configura:** cuando no se acredita la

carencia de razonabilidad de la conducta endilgada

«Deficiencias de la hipótesis fáctica de la acusación, por las cuales no satisface la tipicidad objetiva del delito imputado.

Como viene de verse, la Fiscalía en la acusación reconoce que **el desistimiento del recurso es un acto facultativo de los sujetos procesales**, cuyo ejercicio trae implícito la adopción de un criterio diferente al acogido al momento de su interposición.

Sin embargo, el desistimiento del recurso manifestado por el acusado, lo señala de prevaricador sólo a partir del mismo criterio que impulsó a su antecesor a promover la alzada -lo cual per sé nada informa respecto de la **razonabilidad** del desistimiento-.

Ciertamente, como se adelantó, la sindicación se centró en que a OM, contrario a su proceder, le correspondía no desistir del recurso de apelación, por cuanto a FS. le fue decretada medida de aseguramiento de detención domiciliaria, a pesar de que la imputación formulada en su contra fue por una conducta atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de edad, por lo cual, *“en rigor jurídico”* la medida de aseguramiento procedente no era otra que la detención en establecimiento carcelario, como lo ordena el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Sin embargo, la acusación pretermite mencionar si la **medida de aseguramiento intramural pretendida** por el fiscal DC, sin dubitación alguna satisfacía todas las exigencias legales para su imposición, pues **guarda silencio respecto de la inferencia razonable de autoría o participación** de FS en la conducta que le fue

imputada, así como sobre la necesidad de la medida, urgencia y proporcionalidad.

De este modo, **la Fiscalía en la estructura fáctica de la acusación se sustrajo de señalar si la conducta endilgada a OM carecía completamente de razonabilidad, sin lo cual no hay manera de considerar que su proceder fue contrario a sus deberes funcionales.**

En consecuencia, **la hipótesis fáctica de la acusación**, per se, **deviene atípica**, lo cual resulta suficiente para **confirmar la sentencia absolutoria.**

No obstante, en consideración a que la Fiscalía en la apelación pone en entre dicho fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia absolutoria, que de todos modos se mantendrán en este fallo y demuestran la inocencia del procesado, la Sala dará respuesta a sus inconformidades».

(Texto resaltado por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - RECURSO DE APELACIÓN:

Interés para recurrir, de la Fiscalía y el Ministerio Público, cuando en la decisión de preclusión se modifica la causal invocada

Por vía del recurso de queja, la *Sala de Casación Penal* revocó la decisión de la *Sala Especial de Primera Instancia* de la Corporación, consistente en denegar el recurso de apelación respecto de la decisión de preclusión de la actuación, y en su lugar concedió la alzada. En este sentido, explicó que a la Fiscalía y al representante del Ministerio Público, sí les asiste interés jurídico para recurrir la determinación preclusiva, cuando se fundamenta en una causal distinta de la invocada, pues en tal evento, el sujeto procesal ostenta legitimación en la causa, derivada del cambio de sustento legal de la solicitud.

AP4096-2019 (56161) del 25/09/19

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSOS - Legitimidad para interponerlos
|| **RECURSOS - Legitimación en el proceso** ||
RECURSOS - Legitimación en la causa ||
RECURSO DE APELACIÓN - Interés para recurrir: diferencia entre legitimación en el proceso y en la causa || **RECURSO DE APELACIÓN - Interés para recurrir:** el recurrente debe haber sufrido un agravio ||
SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de

apelación: interés para recurrir, de la Fiscalía y el Ministerio Público, cuando en la decisión de preclusión se modifica la causal invocada

«En el sub examine, el problema jurídico se contrae a resolver si los mencionados delegados de la Fiscalía y Procuraduría están legitimados para interponer recurso de apelación contra el auto del 22 de julio de 2019, a través del cual la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación **precluyó la indagación** que se adelanta en contra de AOM, en su calidad de Procurador General de la Nación, por el delito de calumnia, a efectos de que el mismo sea concedido

[...] debe resaltarse que la presente problemática convoca a un aspecto fundamental a la hora de examinar la procedencia de un medio de impugnación, como lo es el interés para recurrir.

Sobre ese tema en particular, en el ordenamiento procesal en efecto, subsisten dos clases de **legitimación**. A saber: **legitimación en el proceso** (o legitimatio ad processum) y **legitimación en la causa** (o legitimatio ad causam). Sobre estas figuras, la Corte comentó lo siguiente en sentencia de casación del 23 de febrero de 2005:

La legitimación en el proceso constituye uno de los presupuestos de procedencia de la impugnación de las providencias judiciales, en virtud de la cual, es preciso que el recurrente ostente la condición de sujeto procesal habilitado para actuar.

Adicional al anterior también se encuentra la legitimación en la causa, supuesto que exige de manera imprescindible que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído,

esto es, que la decisión le cause perjuicio a sus intereses, pues no hay lugar a inconformidad frente a providencias que le reporten un beneficio o que simplemente no lo perjudiquen. Sobre la particular, el artículo 186 del estatuto procesal penal dispone que 'los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico.

[...] La diferencia entre las dos figuras estriba en que cuando no se da la primera el recurrente carece en absoluto de la calidad de sujeto de la relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en la segunda sí tiene esas condiciones sólo que, por no haber sufrido un perjuicio concreto con el fallo, no está autorizado para interponer el recurso.

Al aplicar tales derroteros al actual asunto, desde ya **se advierte que tanto el ente acusador como la agente ministerial, ostentan tales requisitos.** Así, no se discute que ambos hacen parte de este asunto (legitimación en el proceso), por lo que, el punto neurálgico es la legitimación en la causa para impugnar.

En lo que respecta a la Fiscalía, ésta ha venido insistiendo en que, **aunque el auto de 22 de julio de 2019 acogió la postulación de preclusión, lo hizo por causal diferente a la pretendida,** lo que supone, en otras palabras, que su solicitud basada en el artículo 227 del C.P. -por calumnia recíproca- fue rechazada. Ello porque, **a pesar de que el interlocutorio en mención haya precluido en favor del procesado, lo fue producto de negar la postulación planteada por la Fiscalía,** para luego dar por demostrada la cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 (atipicidad del hecho investigado).

Significa lo anterior que, bajo su entendimiento, **la aspiración del acusador** (coadyuvada por el Ministerio Público) **incluyendo los fundamentos fácticos y probatorios que la soportaban, fue desatendida al interior del trámite.** Luego entonces, para esta Sala el interés jurídico (perjuicio que el auto ocasiona) se explica desde la siguiente óptica:

Recuérdese, que el presente asunto desde sus inicios involucraba a la ex Senadora PEC, bajo el entendido que ella también profirió manifestaciones agraviosas en contra de AOM. En ese sentido, el interlocutorio de 22 de julio de 2019, incide en dicha teoría del investigador,

pues, en su comprensión de los hechos, este asunto convoca a una reciprocidad de manifestaciones ofensivas entre tales personas. Por lo que, la decisión adoptada sobre la causal cuarta (atipicidad del hecho), afecta la hipótesis colateral y compromete a la otra persona involucrada, en tanto, trastoca el equilibrio de ofensas que pretende defender el ente acusador.

Por lo tanto, **el proveído en mención le representa un perjuicio al Fiscal,** pues de prosperar la preclusión en los términos planteados por la Sala de primer grado, se vería abocado a modificar su planteamiento generalizado y, con ello, desdibujar la compensación de calumnias de que habla el Código Penal.

A su vez, la determinación adoptada no puede representar un beneficio a sus intereses cuando en ella fue cuestionada su labor argumentativa y probatoria, al indicarse que la causal invocada no podía darse por sentada, ante las deficiencias de la Fiscalía. Lo expuesto, le ocasiona al acusador interés para rebatir tal afirmación y acreditar por qué sí colmó los requisitos del precepto 227 del Código Penal.

De otro lado, **la decisión preclusiva se fincó en la atipicidad del hecho investigado, la cual no fue propuesta por el promotor de la solicitud, dado que se trata de una causal diferente a la incluida en el canon en mención.** Por ello, no hubo debate, ni posibilidad de controversia, hasta el punto que, en caso de mantenerse la improcedencia de la apelación, no existiría otro medio de impugnación para refutar, con argumentos propios, y debatir si la variación efectuada se conserva dentro del estándar permitido, o supone un desbordamiento de las facultades asignadas al operador judicial de conocimiento.

Es, entonces, **la posibilidad de objetar el acierto de la modificación de la causal,** otro motivo de interés jurídico en sí mismo considerado, porque dicha circunstancias convoca a un examen del debido proceso, de cara a los sujetos e intervinientes involucrados en el caso.

En esa medida, **tanto Fiscalía como la agente del ministerio Público,** -ésta última al compartir los planteamientos del Fiscal-, **pueden apelar la determinación mencionada,** pues sobre ellos recae legitimación procesal y en la causa, al ser sujetos procesales dentro del

asunto y ostentar interés jurídico conforme se explicó».

(Texto resaltado por la Relatoría)

ERROR DE TIPO – INVENCIBLE: NO SE CONFIGURA

El conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales

Al decidir no casar la sentencia impugnada, que impuso condena por los delitos de *falsedad ideológica en documento público* y *peculado por apropiación en favor de terceros*, la Sala tuvo ocasión de referirse a la causal de exclusión de responsabilidad, referida al *error de tipo*, todo para indicar que en el caso concreto, no tuvo configuración, en el entendido que el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra de la normatividad, no exige en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales, en tanto como parámetro general, la ley se presume conocida y su ignorancia no sirve para excusar su incumplimiento.

SP3477-2019 (45367) del 27/08/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ERROR DE TIPO - Invencible: no se configura, el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales || **ERROR DE TIPO - Invencible:** no se configura, la ley se presume conocida por todos los asociados y su ignorancia no sirve de excusa para su incumplimiento || **FALSEDADE IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros:** se configura

«[...] en cuanto al no reconocimiento de la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 32, numeral 10, la Ley 599 de 2000, se impone precisar que esa pretensión está

soportada, en esencia en los mismos errores de estimación probatoria denunciados en el anterior reproche, los cuales, como ha quedado establecido no tuvieron efectiva configuración.

Además, en la disertación ofrecida por el actor es palmario que el argumento nodal de la queja se apoya en que por las características especialmente técnicas de la función que debía cumplir la torre de aireación en la planta de potabilización de agua y por la **falta de conocimiento del acusado en esa materia**, al firmar el acta de recibo final de la obra contratada no tuvo conocimiento y conciencia actualizada de que estaba consignado un hecho falso en ese documento —la construcción de la torre de aireación que no fue entregada— y que con el mismo propiciaba o favorecida la apropiación de recursos públicos en favor de terceros.

De cara a lo anterior baste con señalar que **el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales**, o una particular instrucción, **pues por principio general la ley se presume conocida por todos los asociados y su ignorancia no sirve de excusa para su incumplimiento.**

Ahora en el caso del aquí procesado, aun aceptando que carecía de formación académica en el área de ingeniería o en otra a fin al objeto del Contrato [...], lo cierto es que se trata de un profesional del derecho, condición que le permitía avizorar que en razón de sus obligaciones constitucionales y legales por el cargo que desempeñaba como alcalde [...], debía extremar los controles para estar al tanto de la correcta actividad contractual del municipio, y en razón de ello no podía simplemente firmar sin ninguna consideración cualquier documento que le fuera presentado para esos efectos.

Un proceder semejante no se compadece de una persona en las condiciones en las que se desenvolvía el enjuiciado, y por lo mismo es apenas elemental colegir que aquél estuvo en condiciones de saber y conocer que la torre de

aireación no se había construido, de hecho el propio TG refirió en su testimonio que aun cuando no le comentó al entonces burgomaestre la decisión en el comentado sentido, la ausencia de ese elemento era evidente cuando fueron a ver la puesta en marcha de la planta de tratamiento de agua potable .

Por lo anterior es indiscutible que BC **no obró amparado por la causal de ausencia de responsabilidad deprecada** por su defensor, y en consecuencia está censura tampoco tiene vocación de prosperidad».

(Texto resaltado por la Relatoría)

PECULADO POR APROPIACIÓN - SE CONFIGURA:

Mediante la apropiación por parte del contratista de los dineros públicos entregados a título de anticipo

En la sentencia, en virtud de la cual se *casó parcialmente* el fallo del Tribunal, la Corporación consideró importante recordar los eventos en los que el particular es considerado jurídicamente como servidor público, con la responsabilidad inherente a esa calidad. Bajo esta óptica, indicó que el tipo penal de *peculado por apropiación*, se configura cuando el *contratista* se apropia de los dineros públicos que le son entregados a título de anticipo.

SP3463-2019 (55033) del 27/08/19

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos ||
PECULADO POR APROPIACIÓN - Sujeto activo calificado: servidor público ||
SERVIDOR PÚBLICO - Contratista, interventor, consultor y asesor: circunstancias en que se consideran servidores públicos, administración de recursos públicos ||
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Anticipo: las sumas entregadas son recursos públicos, de propiedad de la entidad contratante que no entran al haber patrimonial del contratista ||
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Anticipo: naturaleza ||
PECULADO POR APROPIACIÓN - Disponibilidad jurídica de los bienes y recursos del estado || **ABUSO DE CONFIANZA**

CALIFICADO - No se configura || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura:** mediante la apropiación por parte del contratista de los dineros públicos entregados a título de anticipo

«[...] la Sala evidencia que los errores que predica el actor por haberse dado aplicación a la norma penal que consagra el delito de **peculado por apropiación** y desconocerse aquella que contempla el **abuso de confianza calificado**, debieron ser atacados con fundamento en la causal primera de casación -violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida- y no por la causal tercera; no obstante, en cualquiera de los casos, no se configuraron en el presente asunto, como pasa a explicarse:

RVC fue acusado y condenado como autor responsable del delito de **peculado por apropiación** previsto en el artículo 397 del Código Penal, [...]

[...] **Los elementos que configuran el tipo penal referido**, han sido precisados por la Sala en diferentes pronunciamientos:

- i)** Un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público,
- ii)** El abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares,
- iii)** La tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones.

En relación con el primer elemento, sobre el cual se detendrá la Sala para dar respuesta a los planteamientos del casacionista, la cualificación del sujeto activo, cuando se trata de servidor público, debe partir de la definición consagrada en la Carta Política -artículo 123- y en la ley -artículo 20 del Estatuto Punitivo-, en

cuanto, definen quiénes han de ser considerados servidores públicos y en qué casos los particulares desempeñan una función pública, de forma permanente o transitoria.

Específicamente, para los particulares que contratan con el Estado, referencia obligada es el artículo 56 del Estatuto General de la Contratación Pública - Ley 80 de 1993-, según el cual para efectos penales, quienes actúan como contratistas, consultores, interventores y asesores, se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Sin embargo, no en todos los eventos en que el particular contrate con un ente estatal, per se, adquiere o se le extiende la calidad de servidor público.

Se requiere, para ese efecto, determinar si por razón del convenio celebrado, al particular contratista se le está transfiriendo una función pública, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998 [...]

[...] Deviene entonces de lo anterior que **el manejo de bienes públicos** por parte de particulares, lleva implícita la delegación de la función pública que radica en cabeza del Estado, y consecuentemente **durante el tiempo que se ejerza esa función, el particular asume la calidad de servidor público para efectos de responsabilidad penal.**

[...] Entonces, si al **particular que celebra un contrato con el Estado**, se le entrega el manejo, administración, disposición o custodia de bienes públicos, **asume una función de igual naturaleza y responde penalmente por su indebido ejercicio en las mismas condiciones de un servidor público.**

Ello, en palabras de la Corte Constitucional para garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan cabalmente *“la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”*.

En el caso presente, los hechos investigados y por los cuales fue acusado RVC, indican que el 27 de marzo de 2006, en representación de la Unión Temporal San Luis, celebró con [...], el contrato No. 016, para realizar *“obras de reposición del centro de salud de San Luis de Palenque del departamento de Casanare, en cumplimiento del Convenio Interadministrativo [...]”*.

[...] No obstante, aunque el objeto del contrato celebrado fuera la ejecución de una obra material, RVC, asumió en desarrolló del convenio una función de naturaleza pública que incide en la determinación de su responsabilidad en el campo penal. **El ejercicio de una función pública de manera transitoria permite atribuirle la calidad de servidor público y por esa vía demostrar la configuración del elemento del tipo penal de peculado por apropiación, referido al sujeto activo cualificado.**

En efecto, RVC, como representante legal de la Unión Temporal San Luis, recibió de [...] recursos públicos para adelantar las obras de reposición del Centro de Salud en el municipio de San Luis de Palenque en ese departamento.

La naturaleza de los dineros entregados para la construcción del inmueble no ofrece discusión alguna. El ente contratante es una Empresa Social del Estado a la cual la Gobernación del Casanare, a través del convenio interadministrativo 8772 de 2005, le entregó recursos públicos que debían ser invertidos en la ejecución de varias obras de infraestructura, entre ellas, el Centro de Salud de San Luis de Palenque.

[...] En relación con el **anticipo**, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece:

“En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

[...] Entonces, las sumas **entregadas por este concepto son recursos públicos, de propiedad de la entidad contratante, no entran al haber patrimonial del contratista**, tienen una naturaleza especial que deriva de su entrega bajo la condición de destinarlos específicamente a la ejecución de la obra, lo que traduce su sujeción a criterios de buen uso y manejo que se

garantiza mediante póliza; pues en esas condiciones se obliga a cumplir la función de manejo y correcta administración de dineros públicos.

El contacto directo del contratista con los dineros públicos, cuyo manejo se le encomienda por razón del contrato de obra, coloca de inmediato a ese particular en la posición de cuidar, resguardar e invertir esos caudales en los fines oficiales anejos al contrato estatal, función que correlativamente demanda una protección más amplia y eficaz del bien jurídico tutelado mediante imposición de pena mayor y restricción de subrogados al agente que transitoriamente facultado de funciones públicas, atenta contra los fondos públicos destinados taxativamente al desarrollo social o al cubrimiento de necesidades dirigidas a la realización del interés general.

[...] Los anticipos que recibió RVC por razón del contrato celebrado con [...], como se señaló líneas atrás, eran dineros públicos que debían ser destinados a la ejecución de la obra bajo un régimen de buen uso y manejo, garantizado mediante la constitución de póliza [...]

La propiedad de los recursos entregados a título de anticipo permanecía en cabeza del ente estatal, hasta tanto se cumpliera el objeto del contrato, o se fuera amortizando su valor por entregas parciales de obra.

[...] Ese rol que asume RVC como representante legal de [...], al administrar los recursos recibidos por concepto de anticipo bajo pautas previamente establecidas, al tiempo que se van adelantando las actividades propias de ejecución del contrato, se traduce en ejercicio de una función estrictamente pública, de administrar o manejar pulcramente en el marco del objeto contractual esos bienes públicos - recurso que conserva ese rasgo distintivo a pesar de aplicarse a la ejecución de un contrato celebrado con un particular-, como si se tratara de un órgano directamente estatal, para que sean adecuadamente destinados en el servicio público, motivo por el cual, en estos casos, no obra como simple particular que adelanta una obra para obtener un beneficio económico.

Por tanto, **la responsabilidad penal que le asiste ante el incumplimiento de la función pública asignada, al apropiarse de los dineros entregados a título de anticipo, debe guardar correspondencia con la de funcionarios**

públicos que incurren en los mismos comportamientos, asimilación a través de la cual se busca cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia y publicidad, que se persiguen con la contratación administrativa.

[...] En ese orden de ideas, **la decisión de declarar responsable a RVC, a título de autor, por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, fue ajustada a derecho**, en tanto, de acuerdo con lo expuesto, a él se le encomendó el manejo de los anticipos constituidos con recursos públicos, función propia del poder público que asumió cuando se le encargó el manejo y administración de esos bienes.

Aquí el procesado RVC al fungir como contratista con el ente oficial para realizar la obra de restauración del centro de salud, asumió transitoria y excepcionalmente funciones públicas por cuanto por virtud del contrato le fue encomendado el manejo de bienes públicos, como lo son los dineros del anticipo, cuyo siguiente **apoderamiento la realizó con evidente abuso del destino público encargado**.

[...] De acuerdo con lo anteriormente expuesto, **se demuestra que los falladores de instancias no incurrieron en violación directa de la ley sustancial**, menos aún en nulidad, **al condenar a RVC por el delito de peculado por apropiación agravado** tipificado en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal.

Lo aquí decidido constituye desarrollo de la configuración del delito de **Peculado cuando el particular contratista asume funciones públicas por razón del contrato estatal**, puntualmente, en este caso, por habersele encomendado, acorde con el objeto y fines del convenio oficial, el manejo de dineros públicos, situación en la cual *“adquiere automáticamente la investidura de servidor público y, por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios”*, como lo resaltó la Corte el 13 de mayo de 2006, dentro del radicado 2483, anteriormente citado».

(Texto resaltado por la Relatoría)

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - CAPTURA
EN FLAGRANCIA:**

***La atribución de responsabilidad fundada
exclusivamente en tal hipótesis, es
insuficiente para emitir fallo condenatorio***

Al casar parcialmente y de oficio el fallo condenatorio impugnado, la Sala encontró preciso resaltar cómo en el sistema penal acusatorio, la atribución de responsabilidad fundada de manera exclusiva en la hipótesis de la captura en flagrancia, no es suficiente para emitir fallo condenatorio, habida cuenta que resulta irremisible que el juzgador ostente el *convencimiento más allá de toda duda* respecto a los elementos objetivo y subjetivo de la conducta penalmente relevante, en respeto de los principios de *debido proceso, in dubio pro reo* y *presunción de inocencia*. Por tal motivo, absolvió a los procesados en lo que atañe a la acusación por el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*.

SP2288-2019 (45272) del 26/06/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura en flagrancia:** la atribución de responsabilidad fundada exclusivamente en tal hipótesis, es insuficiente para emitir fallo condenatorio || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Corresponde desvirtuarla al estado:** carga de la prueba || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS - No se configura** || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - No se configura**

«[...] **la atribución de responsabilidad a los procesados PE, OO, PV y CF, soportada exclusivamente en su captura bajo una hipótesis válida de flagrancia, deviene insuficiente para superar la exigencia legal consistente en el conocimiento más allá de duda razonable**, como condición sin la cual es imposible emitir fallo condenatorio como coautores en los delitos endilgados (Ley 906 de 2004, artículo 372 y 381).

No se acreditó en la actuación que los citados tuviesen alguna facultad, así fuera transitoria, de uso o disposición sobre el inmueble en el que se hallaron los referidos elementos, pues tal requisito fue adjudicado, conforme al testimonio de CAS, exclusivamente, en ACV, en relación con el cual ningún vínculo se estableció para con los arriba citados; antes bien, el aludido testigo de cargo fue enfático en que tres meses antes del suceso CV ya había estado antes en esa misma cabaña del condominio (la N° 16), pero con unas personas (mujeres y hombres) diferentes de las que llegaron entre el 22 y 28 de julio de 2011.

Tampoco se demostró si PE, OOPV o CF estuvieron presentes o tomaron parte en el acto de llevar las armas a la cabaña y dejarlas en la habitación donde fueron encontradas por las autoridades, o si con posterioridad al arribo de aquéllos al inmueble, en los términos que lo informó CAS, ellos en efecto actualizaron algún conocimiento cierto e inequívoco sobre la ubicación y existencia de tales objetos, conforme al cual hubieran expresado actos voluntarios de adhesión al designio de otro, u otros, consistente en conservarlos o tenerlos en ese lugar.

Enfrentada a esa débil prueba de cargo, obra la plausible explicación que ofrecieron los aludidos procesados acerca del motivo por el cual estaban en el inmueble cuando se llevó a cabo el operativo y sobre su ausencia de conocimiento de la tenencia o conservación en ese lugar de los elementos incautados, y sin desconocer que en aspectos como el relacionado con el momento en que llegaron a la cabaña 16 y con quien lo hicieron se advierten divergencias con la declaración de CAS, esa circunstancia no es suficiente para restarle mérito a sus manifestaciones de ajenidad con los comportamientos delictivos, en contraste con el

carácter deleznable del fundamento de la atribución penal.

Es doctrina serena de esta Corporación en su Sala Penal el reconocimiento de la indemnidad de la garantía superior (C.P. Art. 29) según la cual toda *“persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”* *“con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, derecho fundamental que encuentra desarrollo en principios rectores de los ordenamientos sustantivo y adjetivo penal, por cuya virtud está proscrita *“toda forma de responsabilidad objetiva”* (Ley 599 de 2000, art. 12) y constituye imperativo jurídico la resolución de toda duda *“a favor del procesado”* (ley 906 de 2004, art. 7).

En acatamiento de ese entramado de garantías el sistema de juzgamiento por el que se adelantó el presente asunto prevé (Ley 906 de 2004, art. 372) que el objeto de las pruebas es el de *“llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable”* los hechos y circunstancias constitutivas del delito y *“de la responsabilidad del acusado, como autor o partícipe”*, de manera tal que el funcionario, se reitera, por mandato

legal (Ley 906 de 2004, art. 381) **solo podrá condenar si objetivamente obtiene “conocimiento más allá de toda duda” acerca de los elementos objetivo y subjetivo del injusto.**

[...] Por virtud de lo anterior, en aplicación del aforismo de ***in dubio pro reo*** y con base en la prosperidad del cargo propuesto en nombre de la procesada MPE (supra 15.1), la Sala Penal **casará parcialmente** el decisión censurado **y en su lugar la absolverá de los delitos formulados en la acusación**, determinación que hará extensiva de oficio (Ley 906 de 2004, art. 187) respecto de MOO con base en las mismas consideraciones, así como respecto de HAPV y DFCF, pues el soporte de la atribución penal para los tres últimos tiene el mismo carácter deleznable y en el análisis de sus situaciones particulares los falladores incurrieron en los vicios de estimación probatoria reseñados en los respectivos acápite (supra 15.2 y 15.3).»

(Textos resaltados por la Relatoría)

FRAUDE PROCESAL - SE CONFIGURA:

Cuando se utilizan medios fraudulentos para inducir en error al servidor público que selecciona al contratista

En la decisión, a través de la cual *no se casó* el fallo impugnado, la Corte recordó que el tipo penal de *fraude procesal*, puede efectivamente tener configuración, cuando se utilizan medios fraudulentos en orden a inducir en error al servidor público encargado de seleccionar al contratista, tesis vigente que se acompasa con la circunstancia consistente en que esta conducta punible no está limitada al ámbito judicial, sino que, bajo su conceptualización extendida, puede también tener ocurrencia en la actividad administrativa.

SP3361-2019 (53770) del 21/08/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FRAUDE PROCESAL - Configuración || FRAUDE PROCESAL - Elementos que lo estructuran || FRAUDE PROCESAL - Se estructura: ocurre dentro de una actuación judicial o administrativa || **FRAUDE PROCESAL - Se configura:** cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en el marco de cualquier actividad judicial o administrativa || **ACTO ADMINISTRATIVO - Lo constituye la acción de adjudicar un contrato estatal || FRAUDE PROCESAL - Se configura:** cuando se utilizan medios fraudulentos para inducir en error al servidor público que selecciona al contratista

«Incorre en **fraude procesal** *“el que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley”*, según establece el artículo 453 del Código Penal.

Constituyen elementos estructurales de esa conducta delictiva, (i) el uso de un medio fraudulento, (ii) la inducción en error a un servidor público a través de ese medio, (iii) el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley y, (iv) la idoneidad del medio para inducir en error al servidor público.

Y aunque se trata de un delito incluido en el título XVI que tipifica los delitos que atentan contra la eficaz y recta impartición de justicia, **también puede cometerse cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones en el marco de cualquier actividad administrativa, no solo judicial, [...]**

[...] La **comprensión amplia del objeto de tutela jurídico penal del delito de fraude procesal permite avalar la postura del Tribunal de declarar la tipicidad del**

comportamiento desplegado por los procesados en el transcurso del proceso contractual desarrollado por la Administración Judicial de la ciudad de Villavicencio, **pues de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción de adjudicar un contrato estatal constituye un acto administrativo. [...]**

[...] Entonces, **si para obtener la adjudicación de un contrato de esa índole se utilizan medios fraudulentos con la capacidad de inducir en error al servidor público que selecciona al contratista, se incurre en el delito de fraude procesal**, pues el propósito del sujeto activo pasa por alterar la verdad para acreditar una realidad distinta a la verdadera que le permita obtener la adjudicación del contrato».

(Textos resaltados por la Relatoría)

ESTAFA - CONFIGURACIÓN:

El hecho de que el ejecutor del delito no ostente la posición de garantía respecto del sujeto pasivo, no descarta la imputación objetiva del resultado

En la providencia, a través de la cual *no se casó* el fallo impugnado, la Sala tuvo ocasión de precisar, en punto a las alegaciones del recurrente sobre la posible configuración de un evento de *autopuesta en peligro* en el delito de *Estafa*, que el hecho consistente en que el agente no ostente *posición de garantía* respecto del sujeto pasivo, no descarta la *imputación objetiva del resultado*, menos si se considera que el comportamiento de este último no hace parte de la descripción típica de dicho tipo penal.

SP3339-2019 (50870) del 21/08/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

AUTOPUESTA EN PELIGRO - Elementos || ESTAFA - Elementos: artificio o engaño, debe ser precedente o concurrente al error de la víctima que la lleva a disponer de su patrimonio || **ESTAFA - Elementos:** artificio o engaño, deber de autoprotección de la víctima, no es elemento del tipo, explicación || **ESTAFA - Configuración:** el hecho de que el ejecutor del delito no ostente la posición de garantía respecto del sujeto pasivo, no descarta la imputación objetiva del resultado || **ACCIÓN A PROPIO RIESGO - No se configura || ESTAFA AGRAVADA - Se configura**

«El segundo punto de inconformidad radica en el desacuerdo del censor con haberse calificado los hechos como **estafa**, pues en su criterio las pruebas no comprobaron la existencia de un engaño en contra de la víctima.

No se equivocó el Tribunal en la aprehensión de los hechos, ya que existe claridad en torno a que el negocio en el que se le prometió participación al ofendido fue el asociado a la conformación de la sociedad “[...]”, tal como lo entendió la Corporación Judicial al apreciar la carta de intención, cuyo contenido no ofrece duda acerca de que la compañía en la que URL invirtió sus recursos era esa y no otra diferente.

Es cierto que en el párrafo tercero de la página 12 se indica que al “denunciante se le ofreció convertirse en socio [...]”, pero luego la argumentación del Tribunal es diáfana al sostener que los recursos que entregó la víctima estaban destinados a conformar una nueva sociedad, “[...]”, que sería dirigida por URL. Todo apunta a que la alusión a la primera de las empresas obedeció a un error mecanográfico que en nada incidió en la apreciación de las pruebas por parte del fallador de segundo grado, cuyo contenido valoró correctamente, sin la tergiversación o distorsión que denuncia el defensor.

La restante argumentación de la demanda se centra en la ausencia del artificio engañoso, en tanto para el recurrente el presunto engaño como causa del fallido contrato, se confunde con el riesgo de la inversión que es inherente a toda transacción comercial del que es consciente la persona que decide emprender un negocio.

Sin mencionarlo, **el demandante pretende que se descarte la imputación del resultado al tipo objetivo bajo la teoría de las acciones a propio riesgo o auto puesta en peligro**, cuando afirma que URL decidió invertir su dinero a sabiendas de todas las condiciones de la transacción, de modo que la pérdida de la inversión fue simplemente el resultado de las contingencias inherentes al mercado de bienes y servicios.

La teoría de las acciones a propio riesgo ha sido acogida por la Corte en anteriores oportunidades para resolver casos de estafa.

En casación del 12 de septiembre de 2012, radicación 36824, se indicó que **la acción a propio riesgo como criterio excluyente de imputación al tipo objetivo, contempla tres elementos:**

“(I) conocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo de la conducta (o capacidad para conocerlo), (II) Poder de control de esta persona acerca de la asunción de dicho riesgo y (III) ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente”

[...] En relación con **la posición de garante**, la Sala ha indicado que, para efectos del delito de estafa (en el cual la víctima coopera en forma voluntaria al menoscabo patrimonial que constituye el resultado lesivo), los negocios

jurídicos pueden ser fuentes de mentiras u ocultamientos relevantes para la configuración del elemento típico del engaño, pero cuando las partes están en igualdad de condiciones, ninguna tiene el deber de evitar el daño económico que la realización del contrato le represente a la otra

[...] En este asunto, las circunstancias en las que tuvieron lugar los hechos no permiten desligar la conducta de los procesados del resultado configurativo del daño al patrimonio económico de la víctima, puesto que los señores R ejercieron maniobras que impidieron a US conocer y controlar el riesgo de su inversión.

En efecto, desde un principio se otorgó información a la víctima indicativa de que sus recursos iban a ser administrados por personas con reconocimiento y experiencia en el campo comercial, pues se trataba de ampliar un negocio que ya estaba funcionando, el cual se le mostró como próspero y rentable. A ello se suma que la oficina de la empresa se instaló en un prestigioso sector de Bogotá caracterizado por ser un gran centro de negocios ([...]); según el dicho de la víctima allí había una maqueta de gran tamaño representativa del proyecto que funcionaría en la ciudad de Santa Marta para la producción de cerveza a gran escala, cuyo gerente era HRS, a quien URL observó en su rol de importante empresario dirigiendo la compañía.

Fue también trasladado por el hijo de aquel, HRB, a las instalaciones de la empresa que ya funcionaba en la ciudad de Miami en donde pudo darse cuenta del movimiento de la compañía y concluyó que se trataba de una empresa sólida, cuya existencia legal fue respaldada con una serie de documentos, algunos de ellos públicos, que HRS le entregó cuando fue a la oficina a indagar sobre los pormenores de la oferta laboral anunciada en un periódico.

Bajo tales particularidades, URL no tenía por qué conocer, o al menos prever, que todo correspondía a una artimaña para despojarlo de sus recursos, mucho menos podía controlar la asunción del riesgo, ya que todas las condiciones para que lograra trabajar en los Estados Unidos como presidente y socio de la nueva empresa pertenecían al ámbito de dominio de quienes le hicieron la oferta de

empleo y la propuesta de convertirse en accionista.

Es desatinado afirmar que como la víctima era una persona profesional y de edad madura, creó el peligro para su patrimonio económico y asumió el riesgo para así atribuir el resultado a su propia conducta, pues para la Corte emerge diáfano que los acusados utilizaron toda una serie de estrategias idóneas para persuadirlo de entregarles su dinero, mostrándole una serie de situaciones que le hicieron creer que la transacción era segura. Además, la víctima adoptó las medidas que estaban a su alcance para verificar que la oferta de negocio era real cuando decidió trasladarse hasta Miami a verificar personalmente el funcionamiento de compañía de la que fungía como propietario HRS, según los documentos que éste le entregó.

Fue después de entregar su dinero que surgieron circunstancias indicativas de que había sido engañado. No de otra forma se explica que una vez URL se despojó de sus recursos, la empresa que funcionaba en Word Trade Center desapareciera de forma intempestiva y la compañía que operaba en Miami ya no lo hacía en las mismas condiciones que advirtió cuando se trasladó allí: la planta de personal fue sustancialmente reducida, laboraban medio tiempo, no en las dos bodegas que le habían mostrado, tampoco se observaba la mercancía que había visto, no existían estados financieros de esa empresa que simulaba ser una importante compañía, aunado todo a las insatisfactorias explicaciones que le

suministraron los señores R acerca del destino de su dinero.

No acierta el demandante al aludir a la figura de la posición de garante dentro del contexto de las acciones a propio riesgo, pues el hecho de que el ejecutor del delito no ostente la posición de garantía respecto del sujeto pasivo, como en efecto sucede en este caso, no descarta la imputación objetiva del resultado, pues por las razones ya explicadas no se está frente a una auto puesta en peligro.

De todas maneras, es pertinente aclarar que de acuerdo con la casación 42548 de 2016, SP-488, la Corte aclaró que **incorporar al delito de estafa, la diligencia de la víctima a modo de un elemento del tipo, es un desacierto porque el comportamiento del sujeto pasivo no pertenece a la descripción típica.**

[...] Como se advierte, la tesis acerca de que el caso debe resolverse bajo la teoría de la acción a propio riesgo, no tiene asidero. **El resultado antijurídico es imputable** a HRB, quien **con su comportamiento agotó el delito de estafa**, hizo uso de maniobras para engañar a URL, logrando convencerlo de entregarle treinta mil dólares y su vehículo valorado para la época en \$38.000.000, bajo la falsa promesa de que se convertiría en socio y presidente de la empresa “[...]” con sede en O, todo ello respaldado en un contrato civil que fue justamente utilizado como un instrumento para convencerlo de la seriedad de la transacción».

(Textos resaltados por la Relatoría)

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - CAPTURA:
Derivada del anuncio de sentido de fallo condenatorio, no le es aplicable el término de duración de las medidas de aseguramiento**

Al confirmar el auto recurrido, que denegó la solicitud de *libertad por vencimiento de términos* al sentenciado por el delito de *prevaricato por acción*, la Corte tuvo ocasión de especificar que la *captura* derivada del *anuncio del sentido de fallo condenatorio*, no puede confundirse con aquella que proviene de la *medida cautelar de detención preventiva*, cuya vigencia finaliza con

la referida decisión del juzgador, de manera tal que tampoco le resulta aplicable la invocación del lapso de duración de las *medidas de aseguramiento*, como sustento para incoar la solicitud liberatoria.

AP2553-2019 (55374) del 27/06/19

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Detención preventiva: es diferente a la privación de la libertad originada en el anuncio del sentido de fallo condenatorio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Causal de libertad:** vencimiento de términos, requiere la existencia de medida de aseguramiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento:** detención preventiva, tiene vigencia hasta la emisión del sentido del fallo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura:** derivada del anuncio de sentido de fallo condenatorio, no puede confundirse con la medida cautelar de detención preventiva || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura:** derivada del anuncio de sentido de fallo condenatorio, no le es aplicable el término de duración de las medidas de aseguramiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento:** sustitución, exige que ésta se hubiera impuesto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Causal de libertad:** vencimiento de términos, no se configura

«Como se reseñó en el acápite de antecedentes, luego de formulada la imputación, la Fiscalía se abstuvo de solicitar en contra de SDRD la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, por lo que el acusado acudió al proceso -dentro de esta actuación- gozando de tal garantía fundamental.

Empero, en la audiencia de sentido de fallo, el tribunal dispuso su detención por considerarla necesaria para el cumplimiento de la condena, en los términos del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, ante la imposibilidad de concederle algún subrogado penal por mandato del artículo 68A del Código Penal.

Así, a partir del análisis de los dos supuestos en lo que, dentro del marco del proceso penal puede restringirse la libertad personal, fácil es colegir que **resulta improcedente aplicar en favor del enjuiciado la causal de libertad del parágrafo del artículo 307 de la Ley 906 de 2004**, prevista únicamente para quienes son afectados con detención cautelar, ni las consideraciones que sobre esa norma se hicieron en la sentencia C-221/17, por tratarse de supuestos diversos a los aquí analizados.

No se puede perder de vista, que **las causales de libertad** establecidas en el artículo 317, así

como lo normado en el artículo 307, parágrafo 1, adicionado por la Ley 1760 de 2015, que establece que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año; lapso que también lo consagra el parágrafo 3 de la misma norma, adicionado por la Ley 1786 de 2016, **parte precisamente de este supuesto, esto es la existencia de una medida de aseguramiento, circunstancia que no acaeció respecto del imputado SDRD.**

En ese sentido, el inciso segundo del parágrafo tercero establece que vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de víctimas, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras de aseguramiento no privativas de la libertad de que trate el presente artículo; pero si ese fuese el camino a seguir, en este caso ello no sería posible, en virtud a que **no se puede sustituir una medida de aseguramiento privativa por una no privativa de la libertad, toda vez que ello exige como presupuesto que se hubiese impuesto previamente la de detención preventiva**, lo cual en este caso no es posible en razón a que nunca se impuso la cautelar de carácter personal.

Así las cosas, debe quedar claro que **una es la privación de la libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento**, la que está sometida a un plazo razonable, el cual no puede exceder de un año, **y otra muy distinta la que procede como consecuencia de que se profiera una sentencia condenatoria**, caso en el cual la persona se ve abocada a la privación de la libertad para darle cumplimiento a la sanción que se le impone al haber sido encontrado penalmente responsable, que es precisamente el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

Igualmente, debe señalarse que el autor de un delito puede estar en relación con el proceso legalmente adelantado en cuatro situaciones distintas: **a)** En estado de libertad, como ocurrió en este evento, dado que a lo largo de todo el proceso el acusado gozó de este derecho fundamental, **b)** En estado de detención preventiva, que no se produjo en el presente proceso, **c)** En estado de captura según las

reglas del procedimiento establecidas en el artículo 297 y demás normas concordantes de la Ley 906 de 2004 y finalmente **d)** En situación de captura en virtud de la condena proferida, para el cumplimiento de la sentencia condenatoria, que es precisamente la que se produjo en el caso en estudio, y que implicó la privación efectiva de la libertad del señor SDRD.

Al proferirse el sentido del fallo condenatorio, el Tribunal libró *“la orden de encarcelamiento”* - como se prevé en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 -, de la persona procesada que hasta ese momento se hallaba en libertad. Aunque el mismo artículo considera, que el Juez puede librar la orden de encarcelamiento bajo el supuesto de *“si la detención es necesaria”* a juicio del sentenciador, es ostensible que esa orden de encarcelamiento no es una detención preventiva ni formal ni sustancialmente, según las reglas del Código de Procedimiento Penal vigentes.

En efecto, si se lee el artículo 299 de la Ley 906 de 2004, dicha norma reza: *“Proferida la orden de captura el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física.”*

Luego, **lo que se profiere** bajo el concepto de *“orden de encarcelamiento”* **una vez anunciado el sentido del fallo, o proferida formalmente - sin ejecutoria-, la sentencia de condena no es una medida cautelar de detención preventiva sino una orden de captura para el cumplimiento de la sentencia** proferida.

El mismo sentido tiene en el artículo 298, parágrafo 1, la expresión *“Lo aquí dispuesto no se aplicará a los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia”*.

De manera que **la sentencia, desde el anuncio del sentido del fallo**, pasando por su lectura, comprendiendo la impugnación hasta el momento de la ejecutoria, en caso de su confirmación, **reclama el acto físico de aprehensión material de la persona condenada, que obedece al concepto de captura**. Esto muestra que **la medida de**

aseguramiento de detención preventiva, si la hubiere, cesa como acto provisional de cautela, al momento de que se emita el sentido del fallo.

No se puede perder de vista, que las reglas anteriores se hallen en el capítulo del código de procedimiento penal, que se refiere a la captura *“Capítulo II Captura”* y este se halle antes del *“Capítulo III Medidas de aseguramiento”*, en segmentos completamente diferenciados y separados como reglas de CAPTURA y reglas sobre MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO y que, además, las órdenes que expida el Juez de Conocimiento (Tribunal Superior [...] Sala de Penal en este caso), para hacer efectiva la sentencia que profiere el Juez o cuando anuncia el sentido del fallo, hipótesis esta última precisamente planteada en el caso, se hallen, en el acápite del código que se ocupa de las órdenes de captura para el cumplimiento del fallo, muestran que no es correcto partir de la existencia de una medida de aseguramiento como la detención preventiva.

En este aspecto, **la solicitud de libertad confunde la detención preventiva con la situación de captura, y es evidente que el término de un año invocado por vía del artículo 307 parágrafo 1, no puede aplicarse**, pues, ya dejó de existir la medida de detención preventiva y no existe el estado del procesado como detenido jurídicamente.

Ahora, en la teoría del proceso, se distingue claramente la captura, como fenómeno de aprehensión física que hacen las autoridades de policía, el de detención preventiva, que es una decisión judicial, que bajo ciertas exigencias, mantiene privado de la libertad al imputado y la situación de condenado que reclama nuevamente la captura para su ejecución material. En esta última circunstancia, ya no existe más la detención preventiva, porque es claro que cesando la misma, que es una medida cautelar cuyo objetivo es llegar al cumplimiento de la sentencia por parte del procesado, una vez proferida ésta carece de su propia finalidad que ahora se torna en la necesidad del cumplimiento de la sentencia. Ya no se requiere medida de aseguramiento como la detención preventiva y procesalmente deja de tener vigencia si la hubo. **A partir de la sentencia, el detenido se mantiene privado de la libertad en estado no de detención preventiva sino de captura para**

someterse a la sentencia de condena que le obliga.

Si ello es válido, dado que no hay medida de detención preventiva como cautela sobre la persona del procesado, es obligado que **la regla de un año, como límite de la medida de aseguramiento, no es aplicable**, pero por razón de que ya no existe detención preventiva -ha cesado la necesidad de cautela o prevención sobre el procesado que ahora es condenado-

Luego, **el pedimento que se resuelve ha partido de un error al confundir la detención preventiva, como medida de aseguramiento, con el estado o situación de captura para el cumplimiento de la sentencia que ocurre a partir del anuncio del sentido del fallo** en que se libra la “orden de encarcelamiento” para que se haga efectiva la sentencia proferida como lo dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

Aceptado que se produce, **al dictarse formalmente el fallo, un estado de necesidad de la captura para el cumplimiento de la sentencia, este no desaparece bajo la regla de la limitación de un año de la medida de**

aseguramiento por sustracción de materia: no hay detención preventiva.

Aclarado lo anterior, y en punto del término de un año de la detención preventiva, como plazo razonable que fue invocado por la defensa, como vencido, la Sala de Casación Penal en la providencia CSJ AP, 24 jul. 2017, rad. 49734, había señalado de manera clara las razones por las cuales ese término razonable de la detención privativa opera hasta el sentido del fallo

[...] en la propia decisión C 221/17, la Corte Constitucional señala que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, no puede exceder de un año, aspecto que esta Sala no discute, pero de ello también se deriva que si nunca se impuso una medida de aseguramiento, no se puede pretender que se otorgue la libertad por el hecho que desde que se emitió el sentido del fallo haya transcurrido más de un año sin que se hubiese proferido sentencia de segunda instancia, en la medida que el presupuesto básico del plazo razonable, radica en la existencia de una medida de aseguramiento que no existe ni ha existido en este proceso».

(Textos resaltados por la Relatoría)

CALUMNIA – NO SE CONFIGURA:

Por atipicidad subjetiva, cuando el sujeto activo obra con la convicción errada y superable de que las sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas

En la decisión, a través de la cual la *Sala de Casación Penal*, por vía mayoritaria, confirmó la preclusión emitida por la *Sala Especial de Primera Instancia* de la Corporación, se efectuó un estudio minucioso de los tipos penales de *calumnia* e *injuria*, denotándose que, en el caso analizado, no tuvieron configuración por atipicidad subjetiva, al tratarse de comportamientos eminentemente dolosos, que no admiten la modalidad culposa. En tal sentido, se explicó, que no es predicable la materialización del proceder atentatorio de la integridad moral, cuando el sujeto activo obra con la convicción errada -así sea superable-, de que las sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas.

AP3639-2019 (54994) del 27/08/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CALUMNIA - No se configura: por el uso de calificativos que no constituyan sindicaciones delictivas falaces, claras, concretas y categóricas || **CALUMNIA - No se configura:** evento en que no se consideró estructurada por la utilización de los calificativos como delincuente, criminal o vándalo || **CALUMNIA – Tipicidad objetiva** || **CALUMNIA – Tipicidad subjetiva:** dolo || **CALUMNIA – Configuración:** es imprescindible que exista ánimo de ocasionar lesión a la integridad moral || **CALUMNIA – Configuración:** es imprescindible que se reproche a una persona su autoría o

participación en una conducta descrita penalmente, a sabiendas de su falsedad || **CALUMNIA – No se configura:** por atipicidad subjetiva, cuando el sujeto activo obra con la convicción errada y superable de que las sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas || **CALUMNIA – Tipicidad subjetiva:** no admite la modalidad culposa || **INJURIA - Elementos:** animus iniuriandi (intención de faltar a la verdad) || **INJURIA – No se configura:** por atipicidad subjetiva

«La situación del Brigadier General MG no es similar y exige un análisis diferente y particularizado que explica la decisión que se adopta en esta oportunidad. Lo anterior, por cuanto lo afirmado por él el 3 de octubre de 2013 reviste las características objetivas del delito por el que fue denunciado y es esa conclusión la que viabiliza el estudio de la **tipicidad subjetiva** de cara a la decisión de preclusión por la causal invocada por la Fiscalía.

Una vez verificada la decisión atacada se concluye que, en efecto, como lo indicó el recurrente durante la sustentación, ni en la reseña fáctica, ni en las consideraciones, la Sala Especial de Primera Instancia estudió el contenido y alcance de las declaraciones rendidas por el General MG, el 3 de octubre de 2013, a La W y a RCN.

Igualmente, en la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía, la mención a esas dos entrevistas fue enteramente secundaria, incompleta y sin mayor análisis concreto de la causal que soportaba su petición pues centró su atención en la falta de intención dañina en la elaboración y publicación del cartel el 30 de agosto de 2013 y lo declarado ese día.

[...] Esta Corporación reitera que, en los cuatro cuadernos puestos a disposición para resolver el recurso, no obra la querrela interpuesta por OC, ni dentro de los 34 EMP facilitados por la Fiscalía General de la Nación, ni dentro de los documentos aportados por los representantes de las víctimas, situación cierta y ajena que impide definir con certeza si, efectivamente, en la denuncia presentada fueron incluidas esas precisas manifestaciones de MG como marco fáctico objeto investigación.

No obstante, el recurrente en la sustentación, afirmó reiteradamente que las declaraciones del General M, del 3 de octubre de 2013, sí fueron relatadas y hacían parte de la querrela, al punto que fue una de las razones esgrimidas para petitionar que fuera esa la fecha a tener en cuenta para calcular la caducidad de la querrela.

Así mismo, el Fiscal Delegado las mencionó y afirmó que no estructuraban la calumnia por ausencia de dolo del autor de las declaraciones, motivo por el cual, para esta Corporación, deben hacer parte del análisis y posterior pronunciamiento.

Definido lo anterior, se considera que las manifestaciones del General MG, expresadas el 3 de octubre de 2013, a través de dos medios de comunicación nacional, constituyen una referencia inequívoca al contenido y publicación del cartel el 30 de agosto de 2013, hecho jurídicamente relevante en la posible configuración del ilícito denunciado, y a lo decidido por un Juez de Control de Garantías, el 2 de octubre de 2013, es decir se trató de nuevas manifestaciones de la opinión que una decisión judicial le merecía en el contexto de los graves desmanes ocurridos en la Plaza de Bolívar de esta capital, durante las marchas relacionadas con el paro agrario, el 29 de agosto de 2013.

Tales expresiones, a diferencia de lo manifestado por PL, sí configuran objetivamente el punible de calumnia, empero no reflejan una intención dañina de atribuir falsamente conductas típicas concretas, específicas y circunstanciadas.

Lo anterior se afirma en el claro entendido que si bien las expresiones del General fueron genéricas y abstractas (esos desadaptados sociales; el cartel no se hizo caprichosamente, el cartel se hace de acuerdo con unas imágenes de bandidos, de delincuentes de criminales), éste sí realizó imputaciones delictivas novedosas, concretas, particularizadas y especificables frente a quien descartó se tratara de un “angelito”.

La jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, tiene establecido que **el uso de calificativos como “delincuente, criminal o vándalo”, empleadas por el General, no estructuran el punible de calumnia mientras**

no se trate de sindicaciones delictivas falaces, claras, concretas y categóricas, no surgidas de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada, que fue lo que tuvo lugar en este caso. [...]

[...] Para la Sala refulge evidente que, si bien MG se refirió indirectamente a OC como **“delincuente, criminal o vándalo”**, esa manifestación genérica fue acompañada de las siguientes sindicaciones delictivas inequívocas, diáfanas y concretas, a saber: **i)** uno de los jóvenes que participó en las manifestaciones que dejaron daños cuantiosos; **ii)** los reales responsables de los daños a la infraestructura; y **iii)** la foto se le tomó en la esquina de la Plaza de Bolívar, cuando estaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo.

En el contexto de lo denunciado por OC y de lo acreditado en esta actuación, refulge claro que, al realizar esas manifestaciones, MG se refería indirectamente al querellado, pues fue él quien acudió ante el Juez Penal con función de control de garantías.

Indirectamente, el indiciado declaró que ese joven generó daños a la infraestructura, agredió a miembros de la Policía Nacional y utilizó armas blancas al ejecutar ese comportamiento.

De esas afirmaciones se desprende que sí le fueron atribuidas por el uniformado al querellante, al menos, los punibles de daño en bien ajeno agravado (artículos 265 y 266.4 del Código Penal) y violencia contra servidor público (artículo 429 ejusdem), lo que se traduce en una sindicación de una conducta típica concreta, clara, verificable, determinable y vehemente, aspecto de la mayor trascendencia, para la tipicidad objetiva de la conducta, si se tiene en cuenta que, conforme a la prueba puesta a disposición no resultan veraces tales expresiones, en la medida en que no se aprecia al querellante ejecutando tales conductas, al punto que no fue judicializado, posteriormente, por tales hechos.

Con sus declaraciones, MG realizó un señalamiento criminal indirecto pero determinable a OC, mas no a los otros dos querellantes, de ser el responsable de al menos dos conducta típicas, concretas y no verificables, pues de su dicho resulta posible extraer la clase de punibles en los que éste habría incurrido con la posibilidad de particular

fáctica y jurídicamente, así como espacial y temporalmente, el contexto caótico en el que efectivamente fueron agredidos miembros de la fuerza pública, ciudadanos, afectados inmuebles y locales comerciales, alterado el orden público, generado temor en la población, empero no por el querellante pues tales situaciones a él atribuidas no fueron debidamente acreditadas.

En últimas, en total rigor, al establecerse las conductas típicas que MG le atribuyó falsa e indirectamente, con sus declaraciones, a OC, es posible afirmar la tipicidad objetiva de su conducta y verificado tal presupuesto dogmático estudiar la existencia o no del tipo subjetivo de la calumnia.

Para que el tipo penal que define la calumnia tenga realización es imprescindible que, en la locución tildada como tal, exista el ánimo de ocasionar lesión y se reproche a una persona su autoría o participación en una conducta descrita penalmente, a sabiendas de su falsedad, como requisito que no se satisface en esta actuación.

En razón de la conclusión que viene de exponerse y vista la insistencia, como no recurrentes, del Fiscal Delegado y de la Agente del Ministerio Público en la atipicidad subjetiva de las conductas, así como la apreciación positiva de tal postulación por parte de la Sala Especial y del correlativo inconformismo del recurrente tratándose de las declaraciones de MG, como planteamiento de la sustentación, es posible afirmar que no se observa la existencia de una actuar deliberado adoptado con la intención de agravar la integridad moral del querellante, en el marco de una reacción espontánea a una decisión judicial.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que las expresiones **“delincuente, criminal o vándalo”**, si bien no comportan una sindicación delictiva concreta y específica, sí constituyen expresiones objetivamente idóneas y con potencialidad de lesionar la honra del sujeto pasivo y causarle daño al patrimonio moral de aquél, tal y como ocurre con los falsos señalamientos de haber incurrido en daño en bien ajeno y violencia contra servidor público.

Sin embargo, tales imputaciones que pudieron menoscabar la honra del afectado, para considerarse típicas, debían ser efectuadas con consciencia y voluntad, con el ánimo de causar

daño a la integridad moral del destinatario de las mismas, es decir deben haberse expresado dolosamente, entendido éste con criterio avalorado en sede de tipicidad y valorado en la fase de culpabilidad.

Al analizar tal arista es posible entender la insistencia del delegado de la Fiscalía en solicitar y priorizar la atipicidad subjetiva de la conducta atribuida a MG.

El recurrente insiste en su particular interpretación de hechos y evidencias, empero no desacreditó fáctica, probatoria, ni jurídicamente el pronunciamiento de la primera instancia que concluyó, con acierto y rigurosidad la inexistencia de una actuar voluntario, de un ánimo específico en afectar a los querellantes.

Ya precisados los términos exactos de las manifestaciones del General MG, con fundamento en las evidencias sobre la publicación del cartel y un fallo de tutela, es viable sostener que todo **lo afirmado en tales declaraciones fue indudablemente motivado por la convicción errada y superable de que tales sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas**, [...]

[...] Constituye un hecho notorio que el 29 de agosto de 2013, la Plaza de Bolívar de Bogotá, así como sus inmediaciones, se convirtió en un peligroso escenario en el que un grupo de encapuchados y desadaptados cometieron graves actos violentos y desproporcionados que causaron lesionados, cuídanos atemorizados, inmuebles afectados, fachadas destruidas, agentes del orden heridos, afectación de la movilidad, daños en bienes privados y públicos, así como las estaciones del transporte masivo.

Por ello cuando los Generales denunciados realizaron unas manifestaciones y dieron la orden de elaborar y publicar el cartel, perseguían el auténtico y real propósito de retomar el orden público, asegurar la convivencia pacífica, garantizar la seguridad de los ciudadanos e identificar, con la ayuda de la comunidad, los videos y la información, a los responsables de los desmanes, empero no afectar la integridad moral de personas que desconocían y con las que nunca habían tenido contacto, en los términos ya expuestos.

En el marco de lo analizado, resulta relevante señalar que los actos vandálicos sí se presentaron efectivamente y que los responsables de tales comportamientos sí existieron, así no hayan sido identificados o se haya podido incurrir en un error, como ocurrió en el caso de los tres querellantes.

Al respecto, debe señalarse cómo los Generales denunciados, los mayores y capitanes entrevistados refirieron que además de identificar a los responsables, el objetivo del cartel *“era que las personas se acercaran y manifestaran su grado de participación o dieran indicios para la identificación de las personas que habían realizado este tipo de desmanes”*

Por lo anterior, la existencia de fotografías e información para la elaboración del cartel, la gravedad de los hechos y el cumplimiento de las funciones legales de la Policía Nacional son elementos que no pueden ser marginados en la valoración de las conductas denunciadas.

Aunque no fue planteado en esos términos y en su intervención de no recurrente el Fiscal Delegado se limitó a afirmar que lo dicho por MG, **aunque podía ser objetivamente típico**, como en efecto quedó evidenciado, **no había sido manifestado con dolo**, pues el propósito era identificar a los responsables, **ahora sí resulta posible advertir la existencia de convencimiento personal, fundado, errado y vencible en el actuar del Brigadier General MG que excluye el elemento estructural tanto del ilícito de calumnia, como de injuria consistentes, respectivamente, en obrar con consciencia de la falsedad en la atribución de un delito a otra persona o de una imputación difamatoria**.

[...] Todo lo anterior, a pesar de no ser concluyente, sí constituía un presupuesto serio para realizar inferencias que, de manera ligera, realizó el General M quien, sin ahondar en más, hizo el señalamiento contra OC, **como actuar que no fue doloso y que puede ser culposo**.

Con fundamento en la información suministrada por sus subalternos y la recaudada por la institución (fotos, videos, correo, trámite de tutela), para el 3 de octubre de 2013, MG estaba convencido de que el promotor de la acción de tutela y de la medida de protección sí estaba involucrado en los desmanes y esa creencia, errónea como se pudo

establecer posteriormente, tenía unos fundamentos que analizados en las condiciones temporales y espaciales, en las que se produjeron las declaraciones, resultan atendibles para excluir la intención de lesionar la integridad moral de los querellantes.

Lo anterior, **desvirtúa el dolo de la conducta**, en tanto el General no sabía, en ese momento, que **i)** la atribución de responsabilidad por cierto delitos y los calificativos difamatorios podían resultar falaces y **ii)** el actor de las acciones judiciales no era responsable de los actos que se investigaban, por lo que su honra podía ser afectada con ese tipo de señalamientos delictivos y deshonrosos.

Lo dicho por MG, objetivamente valorado, no permite afirmar que lo expresado estuvo dirigido a dañar la honra de quien fue señalado como autor o participe de unos delitos por información cierta suministrada por F G al correo de la Policía Nacional [...].

De las evidencias recaudas y de lo alegado por la Fiscalía y el Ministerio público, como no recurrentes, se advierte que la conducta de MG estuvo determinada por una errónea y superable convicción que, a pesar de no haber sido alegada de manera expresa y específica, permite explicar la consideración de aquellos en cuanto a la ausencia de dolo.

Una debida y actualizada consulta sobre las fotos, videos, correos e información judicialmente ventilada, para octubre de 2013, **permiten concluir condición culposa no dolosa de esa convicción** que determinó las declaraciones, pues dada la experiencia del General le era posible superar el erróneo convencimiento al que se le indujo, esto es, sobreponerse a aquella falsa percepción de la

realidad que sus subalternos y los medios de comunicación lo llevaron, de haber obrado con la diligencia y cuidado que le eran exigibles.

Luego, entonces, como se acreditó **la ausencia de dolo por existencia de un error determinante y superable en el actuar del aquí indiciado, el cual elimina el elemento subjetivo dolo en su comportamiento se torna atípica la conducta, pues en nuestra legislación penal no se prevé la conducta de injuria en modalidad culposa**, por lo que **la Sala confirmará la decisión impugnada** por las razones aquí expuestas.

La configuración típica de la conducta no se agota con la sola existencia de imputaciones delictivas o deshonrosas, según se trate, con potencialidad para afectar el bien jurídico tutelado.

En el caso de la **calumnia** se exige, además de su existencia y carácter falaz, un mínimo e especificidad y concreción en el señalamiento y la verificación de un ingrediente subjetivo: el conocimiento de la condición mendaz de las sindicaciones delictivas, la conciencia de su naturaleza falsa y típica, así como la voluntad de exteriorizarlas con la intención inequívoca de agraviar al sujeto pasivo, de causarle daño; mientras que, tratándose de la **injuria**, adicional a la imputación deshonrosa se requiere un **animus injuriandi** acompañado de la conciencia de que lo imputado ostenta esa capacidad lesiva, para menguar o deteriorar la honra de la otra persona.

Tales elementos brillan por su ausencia en la presente actuación, como ha quedado expuesto en precedencia.»

(Textos resaltados por la Relatoría)

DEFENSA TÉCNICA - NO SE VULNERA:
Por el hecho que el procesado se acoja o no a sentencia anticipada

En la decisión, a través de la cual se inadmitió la demanda, pero a la vez se casó oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, la Sala tuvo ocasión de recordar, frente a la procedibilidad de la figura jurídica de *sentencia anticipada*, propia de la Ley 600 de 2000, que la facultad de

renunciar a los derechos procesales y *autoincriminarse* se encuentra radicada exclusivamente en el procesado, razón por la cual la circunstancia consistente en que libremente opte por acogerse o no a esta modalidad, no implica vulneración alguna a su derecho de *defensa técnica*.

SP3949-2019 (55929) del 17/09/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEFENSA TÉCNICA - Nuevo apoderado no puede argumentar la violación a este derecho por disparidad de criterios con anterior apoderado || **NULIDAD - Defensa técnica:** el recurrente debe explicar la trascendencia de los yerros atribuibles al anterior defensor || **NULIDAD - Defensa técnica:** es necesario acreditar que el resultado dañoso para el procesado proviene de abandono, negligencia o manifiesta contrariedad con la lex artis del abogado || **DEFENSA TÉCNICA - No se vulnera:** por el hecho que el procesado se acoja o no a sentencia anticipada || **SENTENCIA ANTICIPADA - Procedibilidad:** es en el procesado en quien recae la facultad exclusiva de renunciar a sus derechos procesales y autoincriminarse

«El recurrente denuncia que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de defensa técnica.

En relación con las deficiencias que puedan aquejar el ejercicio de ese derecho, consustancial al debido proceso, la Corte ha señalado que **la ausencia absoluta de defensor, el abandono de la gestión o la falta temporal en una fase de la actuación, puede conducir a la invalidación del trámite siempre que termine siendo relevante en las circunstancias particulares del caso concreto**, esto es, cuando la deficiencia sea de tal entidad que con la adecuada asistencia profesional durante el respectivo intervalo y con la mejor gestión que del apoderado se esperaba, el resultado del proceso inexorablemente habría sido distinto y favorable al acusado .

En tal sentido, tiene igualmente decantado la Corte, el cargo en casación por deficiente defensa técnica, **no puede reducirse a exponer una crítica simplista a la gestión profesional o de plantear la posibilidad de una estrategia defensiva diferente**, toda vez que esta varía según la percepción jurídica y el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción (CSJ SP del 18 de enero de 2017, Rad. 48128).

Se trata, en suma, de acreditar la transgresión cierta de las garantías procesales del acusado y la necesidad perentoria de restablecerlas, exclusivamente, a través del mecanismo extremo de la nulidad.

La propuesta examinada incurre en el reduccionismo señalado. El actor se empeña en cuestionar la estrategia trazada a lo largo de la actuación por los defensores de confianza y públicos que asistieron a RG en el proceso, para lo cual enumera las solicitudes presentadas, las decisiones que dejaron de impugnarse y la actividad del defensor en la audiencia pública, sin advertir que ese discurso descalificador, paradójicamente, deja en evidencia que **al acusado se le aseguró en el proceso el derecho a la defensa técnica**, y que la misma, además, cumplió los presupuestos que la legitiman, pues la circunstancia de haber contado en las fases instructiva y de juzgamiento con un profesional, inicialmente de confianza, luego uno asignado por el Estado, sumada a la activa participación de los profesionales en el trámite, deja en evidencia que la gestión fue intangible, real o material y permanente, lo que de suyo desvirtúa el fundamento fáctico sobre el cual se propone la anulación del proceso en sede extraordinaria.

El fundamento de la postulación lo centra el recurrente en el hecho de que el procesado no se acogió a sentencia anticipada, omisión que le atribuye al deficiente desempeño profesional, ya que desde su perspectiva no existía opción diferente, merced al cúmulo probatorio allegado en contra del procesado, incluido el dictamen pericial legalmente recaudado el cual refiere que OC, al momento de los hechos, tenía capacidad para comprender y autodeterminarse, de donde concluye que resultaba inútil contrarrestar la pretensión acusatoria alegando inimputabilidad o proponiendo cualquiera otra alternativa jurídica; argumento frágil con el que, en vano, persiste en cuestionar la labor de los abogados anteriores, cuando quiera que no hay forma de saber si hubo o no asesoría profesional en ese sentido y, en últimas, porque **es en el procesado en quien recae la facultad exclusiva de renunciar a sus derechos procesales y autoincriminarse, conforme lo establece el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal (L. 600/00), por lo que resulta un completo sinsentido predicar**

deficiente defensa técnica si el procesado se acoge a sentencia anticipada, como si no lo hace.

De esa manera, surge sin dificultad que el actor no acredita en el reproche formulado la existencia de irregularidades trascendentes que afecten las garantías fundamentales del acusado, razón por la cual **la demanda no será admitida a trámite**».

CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación de la pena || INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS - Legalidad de la pena

«**Casación oficiosa.** En la sentencia de primera instancia, confirmada en su integridad por el Tribunal Superior, se le impuso al procesado, como pena accesoria, la **interdicción de**

derechos y funciones públicas por igual término al de la pena de prisión, es decir, 360 meses; determinación que **desconoce el principio de legalidad de las sanciones** y lo dispuesto por el artículo 51-1 del Código Penal, que prevé para esa sanción un lapso máximo de **20 años**.

En razón de lo anterior, en orden a restablecer la garantía aludida, **la Corte casará, de oficio y en forma parcial, el fallo recurrido**, en el sentido de ajustar a ese monto la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas».

(Textos resaltados por la Relatoría)



Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá