



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Diciembre 03 de 2021 n.º 10

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

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la Fiscalía para elegir cuál mecanismo utilizar

Al resolver de manera simultánea un recurso de casación y una impugnación especial, presentados por dos condenados por trata de personas, la Sala recuerda una vez más la manera correcta de utilizar las versiones previas recibidas antes del juicio y las posibilidades que tienen entre otros la fiscalía, pero en lo que se siguen cometiendo errores que no dejan otra alternativa que disponer la absolución, ante la falta de pruebas y la ilegalidad de las presentadas en el juicio.

SP5102-2021(56323) del 17/11/2021

Magistrado Ponente:

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

RESUMEN DE LOS HECHOS:

En el proceso de restablecimiento de derechos adelantado en diciembre de 2010 por el Instituto de Bienestar Familiar de Acacias, Meta, MDDC manifestó que entre 2007 y 2010 fue explotada sexualmente por su madre, MCB.

En el año 2007 llegó del sitio en donde vivía con una de sus tías a la casa de su mamá, quien trabajaba como meretriz en Mariquita, Tolima. Al enterarse que no era virgen, su madre la llevó a varios establecimientos de comercio sexual de la ciudad, y a otros en Guaduas, con el fin de que hiciera striptease y aprendiera lo necesario para ejercer la prostitución.

[...]

ESM, por su parte, fue quien como administrador de “LB” la recibió en Guaduas, lugar al que la llevó P, hermano de V y ESM, quien también le imponía multas y junto a ESM la rotaba en el “Kiosco”, en Mariquita, y en “Video Show” en Honda, lugares en los que obtenía recursos que le eran entregados a su madre.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como testimonio adjunto, cuando se retracta de manifestaciones previas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la Fiscalía para elegir cuál mecanismo utilizar / **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD** - Se configura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: en casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante contrainterrogatorio

A través de la prueba se busca la realización de uno de los fines esenciales del proceso penal: la aproximación racional a la verdad. Ese objetivo **se materializa en el juicio**, no antes, con la prueba que se practica en el debate oral. En ese propósito, la producción de la prueba no es una secuencia de formas, sino un método en el que **la contradicción y confrontación son presupuesto de su legalidad y validez** (AP 5785 del 30 septiembre de 2015, Rad. 46153; SP del 11 julio de 2018, Rad. 50637 y SP del 20 mayo de 2020, Rad. 52045, entre otras).

Eso explica que **los actos de investigación** que se realizan antes de la audiencia oral **solo adquieren el carácter de prueba en la medida que** se descubran en el escrito de acusación, soliciten y sustenten en la audiencia preparatoria y se practiquen en audiencia con contradicción de las partes e intermediación del juez. **Si se pudiera valorar todos los actos de investigación sin respetar el debido proceso probatorio no habría entonces diferencias con el sistema de permanencia de la prueba**, método en el cual se asume que todos los actos realizados después de la apertura de la investigación, e incluso durante la previa, son prueba.

Claro que **hay formas de que actuaciones anteriores al juicio puedan apreciarse como prueba**: en este sentido, **la Sala ha definido** que las declaraciones entregadas por fuera del juicio **pueden ser apreciadas como prueba de referencia admisible** cuando no es posible su práctica en el juicio (artículo 438 de la Ley 906 de 2004) e incluso si el testigo comparece, cuando es menor de edad, **siempre que así se solicite en la oportunidad procesal correspondiente**.

Asimismo ha precisado que declaraciones anteriores al juicio pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

Igualmente -sobre lo que se volverá después al indicar el tratamiento de la jurisprudencia sobre la retractación y el testimonio adjunto—, **pueden ser utilizadas como testimonio “adjunto” a condición de que se cumplan cuatro condiciones**: (i) que el declarante cambie su versión, (ii) esté disponible en el juicio para ser interrogado sobre lo que manifiesta en ese escenario y lo que dijo con antelación, (iii) haya leído o escuchado su declaración anterior, y (iv), según criterio mayoritario de la Sala, medie solicitud de parte interesada para que esa declaración sea incorporada a la actuación para que el juez la aprecie.

En este sentido, ateniéndose a las particularidades del caso, se debe considerar los requisitos y las consecuencias de optar por estas opciones. Así, **si se decide presentar al menor como testigo en el juicio, se debe evaluar**, entre otras eventualidades, **la posibilidad de que se retracte o cambie la versión**, y tener presente los requisitos para que, ante esa contingencia, la versión anterior pueda ser incorporada como “*testimonio adjunto*”.

Con suficiente ilustración, **acerca de la retractación y el testimonio adjunto como medio para sortear esta posibilidad, la Sala en reciente decisión reiteró lo siguiente**:

“i) se trata de un fenómeno de frecuente ocurrencia en los ámbitos nacional e internacional; ii) naturalmente, solo puede hablarse de retractación o cambio de versión cuando el testigo ha rendido declaraciones anteriores al juicio oral; iii) cuando ello ocurre, la parte tiene la opción de pedir la incorporación de la declaración anterior, a título de “testimonio adjunto”, siempre y cuando se cumplan los requisitos que permiten mantener el equilibrio entre las garantías debidas al procesado y la necesidad de proteger los derechos de las víctimas en el ámbito de una justicia pronta y eficaz.

En ese mismo contexto, ha resaltado que **la incorporación de una declaración anterior a título de testimonio adjunto supone lo siguiente**: i) por razones obvias, el testigo debe estar presente en el juicio oral; ii) como el juez no conoce -ni debe conocer- el contenido de las declaraciones antes de la práctica de la prueba en el juicio oral-, son las partes -especialmente la que presenta el testigo- las que primero detecten el cambio de versión; iii) para ilustrar al juez sobre lo que está sucediendo, se debe demostrar a través del interrogatorio que el testigo se ha retractado o cambiado su versión; iv) hasta ese momento, la declaración anterior no existe como prueba, porque estas versiones, por regla general, solo constituyen actos preparatorios del juicio oral; v) la parte interesada en que se incorpore la declaración anterior a título de “*testimonio adjunto*” debe hacer la solicitud expresa, entre otras cosas, para que la contraparte tenga la oportunidad de oponerse; vi) si el juez decide que es procedente la admisión, debe procederse a la incorporación de la declaración anterior; vi) es requisito esencial que el testigo no solo está disponible físicamente, sino que lo esté para ser contrainterrogado, ya que la posibilidad de ejercer esta faceta crucial del derecho a la confrontación constituye la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto y vii) por tanto, si el testigo no está disponible para ser contrainterrogado sobre lo que testificó en el juicio y lo que declaró con antelación, la declaración rendida por fuera del juicio oral constituye prueba de referencia, sometida a las reglas ya mencionadas (CSJSP, 25 ene 2017, rad. 44.950; CSJ, 20 mayo 2020, rad. 52.045; CSJSP, 4 dic 2019, rad. 55.651, entre otras).

De todas estas alternativas **la fiscalía no utilizó ninguna** pese a que tenía las posibilidades de confrontar a la testigo acerca de la disparidad entre sus versiones anteriores y lo declarado en el juicio. Sobre sus manifestaciones realizadas en la entrevista dada a la sicóloga judicial, lo expresado en las diligencias de reconocimiento fotográfico y lo aseverado en la vista pública.

[...]

Es evidente que **la fiscalía pretendía** con la declaración de la menor, la entrevista ante la sicóloga y las afirmaciones ante los investigadores en las diligencias de reconocimiento fotográfico, **probar la incriminación que en el juicio habría de exponer MDDC**. Sin embargo, ante el abrupto e inesperado comportamiento de la menor, **no solicitó que se tuvieran las entrevistas como testimonio adjunto**, y lo que es más, **no la interrogó sobre ese cambio inesperado** y con lo afirmado en la entrevista ante la sicóloga judicial y en la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Seguramente, **contra lo que ha explicado la Corte** sobre estas materias, **el fiscal pensó equivocadamente que no era necesario impugnar la credibilidad de la testigo o solicitar las declaraciones adjuntas**, bajo el equivocado entendido de que bastaba incorporar declaraciones anteriores al juicio de la menor (la entrevista psicológica y el acta de reconocimiento fotográfico) para que el juez las apreciara, como lo hizo el tribunal equivocadamente, incurriendo en un error de falso juicio de legalidad.

En la audiencia en la cual se recibió la declaración de la menor en la que insistió en que no tuvo ningún acuerdo con VMSM para prestar servicios de tratos sexuales en su establecimiento ni con ESM, sino con sus hermano P y con otra persona, **el fiscal en lugar de impugnar su credibilidad se limitó a preguntar si había sido interrogada sobre esos temas por la sicóloga, pero no indagó qué le dijo, por qué su versión era distinta y qué la había llevado a cambiarla [...]**.

[...]

De manera que **la fiscalía en el directo no empleó las declaraciones anteriores para impugnar la credibilidad, ni solicitó que se las tuviera como testimonio adjunto, o como prueba de referencia admisible**, de modo que, como lo señaló la Sala en la SP del 29 de septiembre de 2021, radicado 59825, desde el derecho a la confrontación, *“la ausencia de*

incorporación en el momento adecuado, esto es, cuando el testigo está declarando, logrando que de viva voz se refiera a lo expuesto con anterioridad al juicio, implica la privación total de la posibilidad de contrainterrogar sobre los aspectos incriminatorios del testimonio.”

En últimas, aunque MDDC entregó múltiples versiones por fuera del juicio, **el fiscal no formuló una sola pregunta orientada a establecer cómo fue captada o acogida con fines de explotación sexual**. En ese sentido, **para nada confrontó a la testigo con el contenido de sus anteriores versiones incriminatorias**. En ese contexto, no se habilitó el escenario para contrainterrogar a la testigo acerca de lo expuesto por fuera del juicio oral.

Se insiste: el hecho que con la doctora SO y con el investigador se hubiera incorporado declaraciones anteriores, **no significa que se pueda sin más acudir a ellas** para probar el supuesto fáctico del tipo penal imputado, **dado que no fueron objeto de confrontación** al no haber sido parte del interrogatorio de la menor en el juicio. De manera que **su apreciación significaría hacerle esguinces al debido proceso probatorio** para incorporar subrepticamente pruebas de referencia inadmisibles, consistentes en relatos ofrecidos por la niña a la sicóloga y al investigador judicial que realizó la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Estas apreciaciones no significan conferirles primacía a las formas o que la aproximación racional a la verdad como finalidad principal del proceso penal ceda a la tramitología procesal, ni que los derechos de los menores no ostenten la reconocida jerarquía constitucional. Por el contrario, **implica asumir que la aplicación del derecho sustancial es legítima si se respeta el método de aproximación a la verdad**. Para eso precisamente se han diseñado alternativas para preservar las garantías del acusado y de la víctima, de todas las cuales la fiscalía ni hizo uso.

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda / **DEBIDO PROCESO** - Derecho a presentar y controvertir las pruebas que se allegan en su contra / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: prueba ilícita o ilegal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, facultad de la Fiscalía para elegir cuál

mecanismo utilizar / **TRATA DE PERSONAS** -
Demostración: ausencia de prueba

[...] se debe ratificar que el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 dispone que **para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda** acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en juicio. En esta disposición se reafirma la contradicción como presupuesto fundante de la prueba y del conocimiento para condenar -por eso **la prueba debe ser debatida**— y se insiste en la legalidad del procedimiento probatorio al señalar que **solo puede ser apreciada la prueba que es legalmente aducida al juicio**.

De modo que **nadie puede ser condenado sin el debido proceso probatorio**. Ni siquiera la gravedad de la conducta puede ser una excusa admisible para desconocer garantías o hacerle esguinces al debido proceso probatorio para probar un comportamiento que podía ser demostrado siguiendo las formas del juicio. Esto para reiterar que **la fiscalía pudiendo utilizar adecuadamente las declaraciones anteriores al juicio** de la menor, **desestimó tantas opciones a su alcance creando innecesarios riesgos de impunidad**.

Sobre esas bases se debe precisar lo siguiente:

(i). **A la doctora SO no le consta directamente los hechos** (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Reiteró lo que le manifestó la menor e incorporó la declaración de la niña, la que no fue solicitada como prueba de referencia admisible, ni utilizada para impugnar credibilidad durante el interrogatorio, ni como testimonio adjunto.

(ii). La declaración de la menor consignada en el acta de reconocimiento en fila de personas es jurídicamente una extensión del testimonio. Desde este punto de vista, **el acta no es una prueba en sí misma** a la manera de un documento. Eso por cuanto, como lo ha señalado la Corte, *“en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede conainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos.”* Por eso **lo que refiera el reconocente se constituye en prueba de referencia**, que **será admisible si se dan las circunstancias señaladas en el artículo 438** del Código de Procedimiento penal y la parte que la aporta lo pide, **algo que en este caso no sucedió**.

(iii). **Las declaraciones anteriores al juicio no fueron utilizadas por la fiscalía** para impugnar credibilidad, refrescar memoria, ni como prueba de referencia admisible o testimonio adjunto.

Como consecuencia de lo anterior, **la única prueba válida es la declaración de MDCC en el juicio**. A dicho testimonio **el Tribunal** no le dio crédito porque consideró que la verdad está en las declaraciones anteriores -las que presentan problemas de legalidad—, es decir, **sustentó su decisión en declaraciones que no pueden ser apreciadas válidamente**.

En el juicio oral, MDCC señaló que con VMSM tuvo una relación de empleada a dueño. De allí y del hecho de que la menor en las declaraciones por fuera del juicio diera detalles sobre su relación como meretriz, del pago y control que aquel ejercía con el cobro de multas, el Tribunal dio por sentado que en verdad el acusado la contrató en su negocio para ejercer la prostitución.

Pero esa sola expresión de patrón a empleada, por fuera del sentido que le confieren las declaraciones por fuera del juicio, **no permite inferir que la relación que subyace en esa expresión indique que haya sido captada por el acusado para prestar servicios sexuales** bajo su mando. En otros términos, **esa alocución por fuera de contexto no dice nada**: no prueba los fines de explotación, porque ese dato es insuficiente para deducir que VMSM haya ejecutado la conducta de trata de personas por la cual fue acusado.

Desde luego que conjugada con declaraciones anteriores, algunos apartes de su versión pueden explicar una realidad y una imputación concreta. Pero separada de las versiones que entregó a la sicóloga y a los investigadores en las diligencias de reconocimiento fotográfico se torna difusa y deficitaria para aproximarse obtener el conocimiento más allá de toda duda para condenar, sobre todo si en el juicio la imputación la enfiló hacia “P”, persona distinta, aun cuando familiar de los acusados.

Además, **al contrario de lo expresado en la diligencia de reconocimiento fotográfico, dijo no reconocer a los hermanos de P, pese a encontrarse en la audiencia. Eso implica que lo manifestado en la aludida diligencia como extensión del testimonio es inútil**, con mayor razón si el fiscal al solicitar la prueba dijo que lo expresado en la diligencia de reconocimiento solo

la utilizaría en caso de que la menor no compareciera al juicio.

Existen otros datos probados que pueden dar lugar a pensar que efectivamente VM y ESM incurrieron en la conducta que se les atribuye. Que el primero era el dueño de LB, por ejemplo. Pero eso y que la menor haya reconocido que existía una relación de patrón a empleada, no dice nada respecto de la relación de imputación que se debe establecer entre la conducta y el tipo penal.

La única manera de encontrarle sentido es a través de la “prueba” que no se puede apreciar.

En esas condiciones **no hay lugar sino a revocar la primera sentencia condenatoria impuesta a ESM y casar la dictada contra VMSM, para en su lugar absolverlo de los cargos que le fueron imputados**, por haberse sustentado la decisión en pruebas que no fueron legalmente allegadas al juicio.

(Texto resaltado por la Relatoría)

USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL - Elementos

Promocionar y vender los mismos servicios que ofrece la marca registrada, con el evidente propósito de generar una falsa idea en los consumidores de que se trata del mismo producto o servicio tipifica la conducta penal reprochada.

Al resolver una demanda de casación por el delito de usurpación de derechos de propiedad industrial, a través de la explotación comercial de un nombre similar al de una marca registrada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, valiéndose de denominaciones parecidas, la Sala de Casación identificó los diferentes elementos que se dan en este delito y la manera como se puede incurrir en dicha conducta, confirmando la condena de segunda instancia.

SP4923-2021(54802) del 03/11/2021

Magistrado Ponente:

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 22 de abril de 2004, quien entonces se identificaba como AEMB, mediante un contrato de transacción cedió la marca registrada «Los Chiches Vallenatos» a la disquera DFE S.A.

Posteriormente, el 21 de mayo de 2014, MB solicitó el registro de la marca «AMÍN MARTÍNEZ

EL CHICHE VALLENATO». Mediante Resolución 00066003 de 31 de octubre de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio -en adelante SIC- negó la solicitud de registro bajo el argumento de que esa expresión se adecuaba a la causal de irregistrabilidad contenida en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486/00 de la Comunidad Andina, en tanto contenía signos que eran idénticos o se asemejaban a la marca registrada «Los Chiches Vallenatos» para identificar productos y servicios relativos a las clases 9 y 41 de la Clasificación Internacional de Niza.

El 5 de junio de 2015, AEMB acudió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y cambió su nombre por el de AECMB.

El 26 de octubre de 2015, DFE S.A. inscribió ante la SIC el traspaso de la marca registrada «Los Chiches Vallenatos» a OOPM, quien adquirió su titularidad y derechos de explotación comercial. En el entretanto, AECMB, utilizando su nuevo nombre, se promocionó como cantante de música vallenata y suscribió contratos de prestación de servicios para realizar conciertos de ese género musical. En particular, el 22 de agosto de 2015 celebró un contrato con CS en virtud del cual cantó en el «Festival Clásicos del Vallenato» que se realizó en la Plaza de Toros la Macarena de la ciudad de Medellín el 31 de octubre de 2015, en donde fue anunciado, según consta en la boletería del evento, como «AMÍN EL CHICHE VALLENATO».

Nota de relatoría: en este extracto se identifican los nombres del procesado por ser uno de los elementos determinantes en el desarrollo de la conducta imputada.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL - Elementos: bien jurídico protegido / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto activo

indeterminado / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto pasivo, la sociedad y el titular de la marca / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: verbo rector, utilizar fraudulentamente / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: tipo penal en blanco / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: objeto material

Elementos: sujeto pasivo, la sociedad y el titular de la marca / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: verbo rector, utilizar fraudulentamente / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: tipo penal en blanco / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: objeto material

Elementos: sujeto pasivo, la sociedad y el titular de la marca / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: verbo rector, utilizar fraudulentamente / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: tipo penal en blanco / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: objeto material

Al desglosar **el contenido de la norma** con el propósito de asignar un correcto alcance de este tipo penal, se advierte que éste, además de contener los elementos objetivos del tipo connaturales a cualquier conducta delictiva (sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, etc.) también **está compuesto por** una serie de elementos normativos que exigen la comprensión de **conceptos propios de la propiedad industrial**, efecto para el cual se realizarán algunas precisiones teóricas.

- El **bien jurídico protegido** es el **orden económico social**, en razón de la importancia que según el legislador tiene la propiedad industrial para la economía nacional e internacional, especialmente, en orden a proteger los derechos de los consumidores y de los titulares de la propiedad industrial, así como regular la leal competencia que debe existir en el mercado.

Respecto al orden económico social, como bien jurídico tutelado, precisó la Sala en CSJ SP, 21 jul. 2004, rad. 19702:

«Trátase [sic] el orden económico social -sin dar por superada la controversia o dificultad de encontrar un criterio unánime para delimitar el bien que es objeto de garantía- de ser comprendido en sus dos diversas connotaciones, esto es, tanto referido a la libertad de competencia económica dentro de los límites que la dirección general de la economía que corresponde al Estado y que ejerce mediante su permanente intervención con miras a racionalizar la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, como también respecto de la actividad económica privada en concreto.

De manera tal que el orden económico social como bien plural, estaría comprendido por la protección del justo equilibrio que debe surgir entre aquellos valores de orden económico privado y aquellos que son de carácter público e interesan al Estado.»

- El **sujeto activo** es **indeterminado**, es decir, cualquier persona puede realizar la conducta punible, sin necesidad de cumplir una cualificación especial.

- El **sujeto pasivo** es la **sociedad**. Sin embargo, al ser la propiedad industrial una variante de la propiedad intelectual, se puede afirmar que el sujeto pasivo de la conducta también puede llegar a ser el respectivo titular de los derechos de propiedad industrial, es decir, el titular de la marca, patente, diseño industrial, etc.

- La conducta se encuentra determinada por el **verbo rector** de **utilizar** cualquiera de los objetos materiales protegidos, a condición de que sea de manera fraudulenta.

- Es un **tipo penal en blanco** que obliga a remitirse a la normatividad que regula la materia tipificada para darle el alcance que le corresponde a la conducta punible. En el caso del delito de usurpación de derechos de propiedad industrial, el significado del verbo «*utilizar*» debe ser extraído de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC), de los Tratados Internacionales y, en general, de toda la legislación que regula la propiedad industrial.

- El **objeto material** está constituido por **determinados derechos protegidos por la propiedad industrial** que, a voces del artículo 306 del Código Penal son: nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o derechos de obtentor de variedades vegetales.

USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL - Demostración: soporte probatorio / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto pasivo, la sociedad y el titular de la marca / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Se configura: cuando genera confusión entre la marca registrada y la que se le asimila

Se configura: cuando genera confusión entre la marca registrada y la que se le asimila

Como prueba documental marcada con el número 1, ingresó al juicio oral el contrato de transacción que se celebró el 22 de abril de 2002 entre AEMB

y OAMM, en su condición de representante legal de DF Ltda. Allí, **MB, identificado como «el artista», cedió la marca «Los Chiches Vallenatos» a la disquera**, conservando aquél la potestad de continuar grabando y explotando económicamente los éxitos musicales obtenidos durante esos años. También se pactó, según así lo corroboró el testigo OAMM, quien fuera el gerente jurídico y representante legal de DF durante los años 1993 a 2003, que **MB no podía hacer alusión a que era ex integrante del grupo ni intentar el registro de dicho sello.**

No obstante el referido acuerdo, el 21 de mayo de 2014, según consta en la «solicitud de registro de marcas y lemas comerciales», **quien entonces se identificaba con el nombre de AEMB solicitó el registro del signo «AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO».**

Al decidir la petición, **la Superintendencia de Industria y Comercio** (en adelante, SIC), tras realizar el examen de registrabilidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 146, 148 y 150 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, **resolvió:** «**ARTÍCULO TERCERO. Negar el registro como marca nominativa del signo AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO para distinguir productos comprendidos en la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza. ARTÍCULO CUARTO. Negar el registro como marca nominativa del signo AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO para distinguir servicios comprendidos en la clase 41 de la Clasificación Internacional de Niza.**».

El fundamento de esa determinación se contrajo a que **el signo cuyo registro se solicitó reproduce la marca previamente registrada y esto representa un riesgo de confusión o de asociación del consumidor entre ambos signos**, como así **lo explicó** la SIC en la Resolución 00066003 de 31 de octubre de 2014, por medio de la cual se decidió la solicitud de registro marcario presentada por AEMB, **en los siguientes términos:**

[...]

Entonces, los consumidores al estar frente del signo solicitado AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO pueden ser inducidos a error al creer que los productos y servicios marcados con dicho signo provienen del mismo origen empresarial del titular de la marca registrada LOS CHICHES VALLENATOS, haciendo énfasis en que el Derecho de Propiedad

Industrial protege, no solamente, los intereses de las empresas, sino de los consumidores, por lo que no puede obviarse que, en el presente caso, existe un latente riesgo de confusión.

Conclusión

De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, el signo objeto de la solicitud de registro en estudio está incurso en la causal de irregistrabilidad establecida en el literal a) de artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.»

[...]

Pese a la meridiana claridad con que la SIC le explicó a MB los motivos por los cuales la marca «AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO» no era registrable por el riesgo de crear confusión en los consumidores, **este optó por acudir a otro medio para poder seguir utilizando la expresión «EL CHICHE»** como signo distintivo de su actividad profesional consistente en ser cantante y realizar presentaciones de música vallenata. Para el efecto, **acudió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y se cambió su nombre original -AEMB - por el de AECMB**, como así se demostró en el juicio a través del testimonio del investigador adscrito al CTI de la fiscalía JMRB, con quien se introdujo el estudio sobre la plena identidad del acusado y los soportes documentales relativos al cambio de nombre.

Con su nuevo apelativo, AECMB se promocionó como cantante vallenato, **exhibió publicidad** por distintos medios (radio, prensa, redes sociales, entre otras) en los que se **siempre se identificó como «EL CHICHE»** y realizó presentaciones de música vallenata, **generándoles a los consumidores de sus productos la idea de que él era «EL CHICHE» vallenato.**

[...]

Según se puede observar, **el proceso que se adelantó** contra AECMB **cuenta con suficiente material probatorio para demostrar que éste utilizó de forma fraudulenta la marca registrada «Los Chiches Vallenatos», pues a sabiendas** de que la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad administrativa autorizada para interpretar y aplicar las normas de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina y demás cánones concordantes, **dictaminó que la expresión «EL CHICHE» -independientemente de cualquier**

otra palabra que la acompañe- es similar a la marca registrada, decidió, pese a la prohibición, **seguirla utilizando** con el propósito de ofrecer y vender los productos o servicios a que hacen relación las clases 9ª y 41 de la Clasificación Internacional de Niza que se refieren la distinción de «aparato para el registro de transmisión, reproducción del sonido o imágenes, soportes de registro magnéticos y discos acústicos» y «servicio de entretenimiento y actividades culturales», respectivamente.

Es por esta razón que **cualquier nombre que contenga la expresión «Los Chiches o EL CHICHE» que sea utilizado para ofrecer los bienes o servicios** ya referidos **está infringiendo el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de 2000**, que a su tenor literal reza:

«No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

a) Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación».

[...]

[...] es claro que al identificarse como AMÍN EL CHICHE MARTÍNEZ, AMÍN EL CHICHE MARTÍNEZ BARRETO, AMÍN «EL CHICHE VALLENATO», «EL CHICHE VALLENATO» AMÍN MARTÍNEZ, AMÍN MARTÍNEZ «EL CHICHE», AMÍN MARTÍNEZ «EL CHICHE VALLENATO» o **cualquier otro nombre similar que pueda conducir a confusión o asociación** de esta persona con la agrupación musical que funciona bajo la marca registrada «Los Chiches Vallenatos», para ofrecer y vender servicios de entretenimiento como conciertos, discos, presentaciones musicales, etc., **el procesado usurpó los derechos de propiedad industrial derivados del registro de la referida marca** de la que, se insiste, no podía hacer uso por expresa disposición legal, **tipificando así la conducta punible** descrita y sancionada en el artículo 306 del Código Penal.

USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL - Elementos: medio fraudulento, diferente a clandestino / **USURPACIÓN DE**

DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL - Elementos: medio fraudulento, concepto

[...] **el hecho de que una conducta sea pública no implica necesariamente que no es fraudulenta.** En otras palabras, **una conducta fraudulenta puede ser pública o privada** porque lo que le da la connotación de tal no es que sea clandestina, sino que **sea mendaz o engañosa**, esto es, que entrañe un **contenido material falso que se use maliciosamente** para sacar provecho ilegal de una situación. Al respecto, la Sala, en CSJ SP7755-2014, precisó:

«De acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, fraudulento es aquello que se hace con fraude. Por su parte, fraude es aquel “engaño malicioso con el que se trata de obtener una ventaja en detrimento de alguien”. En consecuencia, medio fraudulento puede definirse como el instrumento engañoso que se usa maliciosamente para sacar provecho de alguna situación».

En el presente caso, **la sola publicidad de los eventos y la promoción** que el mismo AECMB **se hacía** como «el Chiche Vallenato» para ofrecer sus servicios como cantante vallenato, realizar conciertos, grabar discos y, en general, **producir en el público una noción de identidad o asociación con una marca registrada de la que no era titular, constituye una conducta engañosa** tendiente a producir en los destinatarios una idea falsa y opuesta a la realidad, en detrimento de los intereses tanto del propietario de la marca, como de los mismos consumidores que pueden llegar a creer que ambas agrupaciones de música vallenata -la de AMÍN EL CHICHE MARTÍNEZ BARRETO y «Los Chiches Vallenatos»- son una sola, como así lo anticipó la SIC en la Resolución 00066003 [...].

[...]

[...] partiendo de la base de que AECMB **había sido suficientemente informado** por la SIC sobre **la imposibilidad de usar la marca «Los Chiches Vallenatos» -en singular, en plural o acompañado de otras palabras-** para promocionar y vender los mismos servicios que ofrece la marca registrada, es claro que con su decisión de seguir incurriendo en esa conducta con el evidente propósito de generar una falsa idea en los consumidores, **el procesado configuró el elemento normativo del tipo penal** al que se viene haciendo alusión.

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

- No se configura / **DERECHO AL NOMBRE** - Su cambio corresponde al derecho al libre desarrollo de la personalidad / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Elementos: sujeto activo, quien utiliza fraudulentamente una marca registrada / **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** - Se configura: cuando genera confusión entre la marca registrada y la que se le asimila

Contrario a lo alegado por el censor, **la sentencia impugnada no incurrió en ninguna violación directa de la ley sustancial** pues, como se vio, **el Tribunal no desconoció, inaplicó o interpretó indebidamente el artículo 16 de la Constitución Política** que consagra el **derecho al libre desarrollo de la personalidad**, en tanto el fundamento de la condena no lo constituyó el hecho de que AEMB se hubiera cambiado el nombre para llamarse AECMB. Dicho de otra manera, **el procesado no fue investigado y acusado por ejercer su derecho a identificarse**

como mejor le pareciera, como efectivamente lo hizo.

El reproche penal devino de haber utilizado de forma fraudulenta, entre otras, **la expresión «EL CHICHE» para identificarse a sí mismo y darse a conocer al público consumidor como proveedor de servicios musicales** y, por esa vía, promocionarse como cantante de música vallenata, realizar conciertos, grabar y vender discos musicales, y, en general, **lucrarse de esa actividad profesional bajo el amparo del reconocimiento que gozaba la marca registrada «Los Chiches Vallenatos»**, cuya **similitud con el nombre que de forma artificiosa el procesado quiso utilizar** para los referidos fines fue advertida por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando le negó el registro de la marca «AMÍN MARTÍNEZ EL CHICHE VALLENATO» u otra expresión fonética similar, en aplicación a lo dispuesto en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina.

(Texto resaltado por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral / **DETERMINADOR** - Elementos

Determinador es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente.

Al resolver una impugnación especial, la Sala recuerda los requisitos señalados en el Sistema Penal Acusatorio para que la prueba pueda ser considerada como tal y por ende valorada, de igual manera recuerda los elementos que se deben verificar a la hora de analizar el papel del determinador, esto para verificar si en el caso la imputada pudo sembrar en el autor la idea de apropiarse de un dinero escondido en la casa donde este habitaba y que ella no conocía. Al valorar el caso se revoca la decisión de segunda instancia y se absuelve a la procesada.

SP4813-2021(55836) del 27/10/2021

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 26 de agosto de 2014, TRH recibió \$17.837.898 por un crédito para adquirir un lote. Como el negocio no se concretó, guardó esa suma, junto con otros dineros producto de su labor de conductor, en el segundo piso de su vivienda ubicada en la [...], de Villa de Leyva (Boyacá).

El 8 de octubre siguiente, advirtió la sustracción de \$10.000.000 de su habitación y, días después, de \$8.000.000. Como los inquilinos del primer piso de la vivienda, compraron para la época una motocicleta cero kilómetros, viajes y ropa, pese a no tener trabajo estable, instaló cámaras en el cuarto que lograron captar a YDSS, ingresando el 29 de octubre de 2014, a las 5:00 p.m. para apoderarse de \$1.200.000. El total apropiado, según la víctima, fue de \$19.200.000

Por estos hechos, SS fue capturado y condenado, por preacuerdo, en sentencia del 25 de noviembre

de 2015, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villa de Leyva.

El 16 de octubre de 2015, encontrándose privado de la libertad, YDSS señaló a DGAA como quien lo indujo a cometer el ilícito, pues le contó que en la casa de TRH había un dinero del cual podía apropiarse. Tras tomarlo se lo entregó a ella quien, a su vez, le compró la motocicleta y ropa. Relató, además, que para planear el hurto se reunieron dos veces en la camioneta de AA.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: elementos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisión, procedimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: derecho de confrontación, alcance

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, **se estima como prueba aquel elemento de convicción que, con ocasión del juicio, ha sido producido o incorporado en forma pública, oral y concentrada ante el juez de conocimiento** con la debida observancia de los principios de confrontación y contradicción. De ahí que, según el artículo 379 del mismo cuerpo normativo, el juez debe tener como pruebas únicamente las practicadas y controvertidas en su presencia.

Ahora bien, según el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, prueba de referencia es *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”* Por lo que su admisibilidad procede de manera excepcional.

Sobre los **requisitos que debe reunir un elemento de convicción para ser tenido como prueba de referencia**, esta Corporación señaló:

“...la prueba de referencia, para ser considerada como tal, debe reunir los siguientes elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de

observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).”

Como caso excepcional que es, la admisibilidad de dichos elementos de convicción se encuentra supeditada a la concreción de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, así como a la observancia que para su decreto, práctica e incorporación ha desarrollado la jurisprudencia especializada.

En ese sentido, en diversos pronunciamientos la Corte ha enseñado, **para poder incorporar una declaración previa en condición de prueba de referencia, la parte interesada debe:** (i) descubrirla, junto con los medios que pretenda utilizar en el juicio para acreditar su existencia y contenido; (ii) solicitar en la audiencia preparatoria sea decretada como prueba de referencia y se disponga la práctica de los medios demostrativos sobre su existencia y contenido; (iii) demostrar alguna de las situaciones que de conformidad con el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 facultan la admisión excepcional de la prueba de referencia; e (iv) incorporar la referida declaración a través de los medios probatorios que para dicho objeto haya seleccionado la parte.

Adicionalmente, en caso de presentarse alguna de las circunstancias excepcionales de forma sobreviniente, esto es, luego de culminada la audiencia preparatoria o durante el desarrollo del juicio, la parte interesada deberá hacerlo saber al juez, debiendo acreditar los presupuestos legales aludidos, ello con el fin de que el cognoscente resuelva sobre su admisibilidad.

En este punto, es pertinente recordar que la Corte en diversos pronunciamientos, ha precisado que **en la prueba testimonial cobra especial importancia el derecho a la confrontación**, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, **el cual supone:** (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la

comparecencia de los testigos al juicio, incluso, por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo.

Es por lo anterior que la ritualidad establecida para la incorporación de la prueba de referencia y el limitado valor persuasivo conferido a este tipo de probanzas (artículo 381-2 del C.P.P.), obedece al interés por menguar el impacto que produce la incorporación de un medio de prueba sobre el cual no resulta posible ejercer con plenitud el derecho de contradicción.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance de las declaraciones juradas y versiones recibidas antes del juicio, para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: alcance

[...] tras auscultar el contenido del acta de la audiencia preparatoria realizada el 30 de enero de 2017, así como los registros audiovisuales del juicio oral, puede advertirse que **ni la fiscalía ni la defensa solicitaron las entrevistas de 31 de octubre de 2014 y 22 de octubre de 2015**, rendidas por DGAA y ARSR, como prueba de referencia.

En efecto, **aunque** desde el escrito de acusación y en la audiencia preparatoria, **el ente investigador descubrió y solicitó la aducción de varias entrevistas rendidas por quienes también fueron llamados a declarar en juicio**, entre ellos, por DGAA, no precisó la fecha de ninguna de esas declaraciones y, en todo caso, **aclaró que limitaría su eventual uso para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad**.

Es por ello que, **en sesión de juicio oral** del 31 de julio de 2017, **la fiscalía solicitó la incorporación de la entrevista** rendida por AA el 31 de octubre de 2014 **como prueba de referencia**. Sin embargo, con ocasión de los reparos expuestos por la defensa, **la juez negó** la petición. Los motivos: el ente investigador afirmó en la audiencia preparatoria que emplearía la denotada entrevista **solo para impugnar la credibilidad de la procesada** –si acudía para rendir su declaración, y la ausencia de la encartada en la vista pública no se debía a ninguno de los supuestos previstos en el artículo

438 del C.P.P., por los cuales se admitiría, de manera excepcional, la prueba de referencia.

De otra parte, vale aclarar, con **respecto a la entrevista rendida por ARSR** el 22 de octubre de 2015, que **la defensa solicitó la práctica del testimonio de la ciudadana, pero ninguna mención hizo de la citada entrevista**, y en sesión del 29 de agosto de 2017, **la apoderada de la procesada renunció a los testigos citados** que no atendieron el llamado, es decir, no insistió en escuchar a la mencionada testigo **ni procuró la incorporación de su declaración previa como prueba de referencia**.

Por consiguiente, como **las entrevistas del 31 de octubre de 2014 y 22 de octubre de 2015**, rendidas por DGAA y ARSR no fueron solicitadas y, por supuesto, admitidas como prueba de referencia de las declaraciones previas rendidas por las ciudadanas, **carecen de validez en el presente trámite** y no pueden ser tenidas en cuenta por la Corte en el marco de la valoración probatoria.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: interrogatorio, reglas, consulta de documentos para refrescar la memoria, no implica su ingreso como prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: carácter testimonial, no documental / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, hacen parte del testimonio

Atinente a **la entrevista del 28 de abril de 2015, en audiencia preparatoria la defensa solicitó su incorporación como prueba documental**. En el juicio oral, durante la declaración de YDSS, la abogada requirió fuera exhibida al testigo para refrescar su memoria, a lo que accedió la juez.

Por ello, es del caso señalar que según el artículo 392 de la Ley 906 de 2004, sobre las reglas del contrainterrogatorio, *“el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio se permitirá a las demás partes el examen de los mismos”*.

A su vez, el artículo 403 del C.P.P. precisa que la credibilidad se puede impugnar con relación a *“manifestaciones anteriores del testigo incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o*

interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías”, entre otros supuestos.

Ha sido postura reiterada de esta Colegiatura que **las declaraciones anteriores al juicio por parte del testigo no son incorporadas como prueba autónoma**, ni físicamente (el escrito) ni mediante su lectura integral, cuando se utilizan con la finalidad de refrescar memoria o impugnar credibilidad, con fundamento en el inciso 3° del artículo 347 siguiente, según el cual, **la información contenida en las exposiciones o las declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, no puede tomarse como prueba “por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.**

Asimismo, se ha destacado como **la declaración anterior**, aun cuando haya sido consignada por escrito, **no es prueba documental sino testimonial**. Por ello, **si las entrevistas son descubiertas en el momento pertinente y acceden al debate procesal** en presencia del juez, **por medio de la controversia** surtida a través del interrogatorio y contrainterrogatorio del testigo, su declaración previa **-en lo que de su contenido haya sido público y debatido en el juicio-** se entiende incorporada al testimonio y, en esa medida, **adquiere la calidad de prueba**.

De esa manera se garantiza el cumplimiento de las exigencias constitucionales de publicidad, inmediación, concentración y contradicción, de que trata el artículo 16 del C.P.P., norma rectora del procedimiento, para la validez de cualquier medio probatorio.

En ese orden de ideas, **la Sala advierte que la entrevista rendida por YDSS el 28 de abril de 2015 fue exhibida al testigo para refrescar memoria e impugnar su credibilidad, por consiguiente, aquellos aspectos de la declaración previa materia de debate en curso del testimonio del deponente, ya hacen parte de este, sin necesidad de incorporar físicamente el escrito**, cual si se tratase de prueba documental, como lo extraña el recurrente.

•

DETERMINADOR	-	Concepto	/
DETERMINADOR	-	Elementos	/
DETERMINADOR	-	Inducción	/
DETERMINADOR	-	Dolo: de instigación y de ejecución	/
DETERMINADOR	-	Dolo eventual: alcance	/

El determinador, según el inciso 2° del artículo 30 del C.P., **es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica**, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente.

Como **elementos concurrentes para su configuración**, esta Corte ha señalado: i) la actuación determinadora del inductor; ii) la consumación o tentativa punible del hecho al que se induce; iii) un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia de dominio del hecho en el determinador y v) el dolo en el inductor.

El primer elemento, **puede presentarse por medio de un mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria** entre el determinador y el autor material del delito. Lo relevante, estriba, en que el **inductor realice una contribución idónea y eficaz para lograr que su receptor tome la determinación de ejecutar el comportamiento lesivo** y lo lleve a cabo, sin llegar al punto de doblegar su voluntad o inducirlo en un error esencial, pues devendría en la figura del autor mediato.

El inducido o autor material debe realizar un injusto típico, consumado o que alcance el grado de tentativa, habiendo acogido nuestra legislación el concepto de **accesoriedad limitada**, en virtud del cual, **la punición del inductor deviene del proceder típicamente antijurídico del autor**, dado que, **la conducta del determinador, por sí sola, no constituye delito**.

Es preciso, además, **la existencia de un nexo entre la acción del inductor y el hecho delictivo cometido por el autor**, de manera que este sea el resultado de la influencia del determinador, pues no de otra forma sería posible establecer la efectividad de los medios persuasivos desplegados por el determinador.

El inductor debe carecer del dominio del hecho. Es el autor quien ejecuta la conducta a título propio, establece el cómo, cuándo y dónde de la realización típica. Si aquel desarrolla una actividad esencial para concretar la materialización del plan delictivo, no será ya participe sino verdadero coautor del ilícito.

Y, es menester que el inductor obre con conciencia y voluntad inequívoca de generar en el receptor la decisión de cometer la conducta típica, elemento conocido **como el dolo del instigador o dolo dirigido a la resolución** al hecho.

También **ha sido reconocido por la doctrina un segundo dolo en el determinador**, este **dirigido a la comisión del delito** que ha incitado. Es decir, a que el ilícito se materialice en el marco tangencial representado y comunicado por el inductor. De ahí que no se predique la instigación del delito culposo, pues, el inductor conoce y quiere el hecho punible ajeno, también de manera dolosa incita su comisión, por lo que el autor material obra con conocimiento y voluntad de delinquir.

Al respecto, ha precisado Claus Roxin que *“el primer presupuesto de un dolo dirigido a la comisión de un hecho del autor es que el inductor se represente con suficiente precisión o certeza la acción que debe cometerse; pues sólo si se da ese presupuesto su dolo está dirigido a un “hecho”. De ahí se sigue en primer lugar que la incitación a cometer hechos punibles imprecisos, no indicados con más detalle, no es entendible como inducción, ya que en este caso falta un “hecho” concreto al que pudiera haber determinado el inductor”*.

Sobre lo expuesto, precisa el autor en cita, **basta con que el determinador se represente el tipo con que el autor debe realizar** y *“las dimensiones esenciales del injusto”*, entendidas como **la medida aproximada del daño y la dirección del ataque**, en contraposición a quienes exigen que el dolo del inductor abarque todas las condiciones de ejecución del hecho, el cómo, cuándo y dónde, por estar referidas a un dominio que no es propio del determinador.

Postura compartida por esta Colegiatura, en particular, **tras admitir la imputación del resultado lesivo por dolo eventual al determinador**, cuando el inducido modifica o altera el plan instigado por aquél para ejecutar una conducta diferente o más gravosa que la inducida. Pues, para establecer la desviación en la ejecución por el autor y la atribución al inductor de las consecuencias excesivas **-que pudo representarse como probables-**, es menester partir del dolo directo referido a la concreción del hecho con que el determinador obró al hacer germinar o reforzar la idea criminal.

DETERMINADOR - Demostración /
TESTIMONIO - Apreciación probatoria: interés del testigo en el proceso / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: siempre o casi siempre que se comete un delito se comparte información vital entre los partícipes /

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: miedo del testigo al momento de los hechos

[...] **considera la Sala, la fiscalía no logró demostrar más allá de toda duda** razonable **que DGAA determinó a YDSS para cometer el delito** de hurto calificado, motivo por el cual, desde ya se anuncia que la sentencia condenatoria impugnada será revocada, para confirmar, en su lugar, la absolución proferida en primera instancia.

En efecto, **de las pruebas recaudadas en juicio no surge diáfana la actuación determinadora de la procesada**. Aunque YDSS, supuestamente, comentó a DGAA que quería comprar una moto y ella le contestó podía sacar un dinero de la mesita de noche de TRH, el testigo no fue concluyente sobre si recibió esa sugerencia mientras que aún vivía con la acusada o luego de mudarse a la residencia de la víctima.

Pues, en un comienzo dijo que estando en casa de la procesada, donde vivió por más de un año, ella le hizo la propuesta. Pero luego varió su dicho, para afirmar que ya cuando la encartada supo dónde vivía -en casa de TR- le dijo, entrara y subiera.

Admitir el primer supuesto, implicaría que SS cambió de vivienda con el propósito de apoderarse del dinero de la víctima. Sin embargo, fue claro el deponente al señalar que decidió trastearse para evitar problemas con DAP, esposo de la procesada, dado que ella se paseaba en ropa interior por la casa.

Acoger la segunda acepción del testigo, conlleva aceptar que la procesada sabía que el joven vivía en el barrio Santander de Villa de Leyva, aunque este nunca se lo dijo. Lo cual no supone dificultad alguna si se aprecia que la extensión del mencionado municipio, en comparación con otros de mayor magnitud, puede permitir a sus habitantes conocer aspectos como esos.

No obstante, **resulta de difícil credibilidad para la Sala** asumir, como lo hizo el Tribunal, **que aun cuando DGAA no conocía personalmente a TRH ni a su esposa**, LMMR, **ni había tenido ocasión de ingresar a su vivienda, ni trabajaba en alguna entidad financiera, tuviera la capacidad no solo de representarse que la víctima tenía una suma de dinero** suficiente para pagar la motocicleta anhelada **sino también** que él *“sabía guardar la plata”* en la mesa de noche y que el lugar era de fácil acceso, para luego inducir al joven a realizar la conducta delictiva.

Recuérdese, como lo resalta el apelante, que **TRH dijo haber conocido a la acusada hasta el 29 de octubre de 2014, cuando todos concurrieron a la estación de policía**, tras haber confrontado a SS por el hurto, mientras su cónyuge reconoce a la encartada únicamente por medio del dicho de su esposo. **SS tampoco pudo explicar cómo aquella conocía de la existencia del dinero.**

Ahora, **relató LMMR que le arrendaron a YDSS y a su entonces compañera permanente, MLRT, el primer piso de su casa el 1° agosto de 2014.** Asimismo, acreditado está que el **26 del citado mes y año, la entidad financiera Finamerica desembolsó en favor de TRH, \$17.837.898** y la pérdida sufrida por éste, a causa del hurto, ascendió a cerca de \$19.200.000, tras sumar otros ahorros guardados en la casa.

Quiere decir lo anterior, entonces, que **YDSS arribó a la casa de la víctima semanas antes del desembolso del crédito.** Por consiguiente, **resulta razonable concluir que aquel tuvo mejor oportunidad para conocer la existencia del dinero** y aún, su lugar de ubicación que DGAA. Sin duda, **al convivir bajo el mismo techo pudo advertir comentarios, gestos o incluso conversaciones de sus arrendadores al respecto, con mayor facilidad.** También conocer la estructura de la casa, el acceso al segundo piso, las medidas de seguridad empleadas, como la existencia de un botón de seguridad, y demás aspectos relevantes para cometer el delito.

Por consiguiente, **resulta cuestionable la instigación de la procesada** para realizar la conducta, **cuando en el proceso no se demostró que ella tuviera, si quiera, un conocimiento potencial de los aspectos esenciales del hecho**, cuya ejecución sembró en el aparente inducido. **YDAA, además, en ningún momento dijo hubiese compartido con la encartada pormenores de su convivencia en la casa de TRH, para inferir que de allí DGAA tomó los insumos suficientes para plantar la idea criminal.**

[...]

[...] tras haber sido encarado por la víctima y su hermano por el hurto del dinero, se dirigió a casa de DGAA, **pero no le contó sobre la reyerta ni sobre la entrega de la moto a manera de resarcimiento**, en su lugar, prefirió decirle que TRH le había robado. Relato corroborado por MDGS. Además, dijo este último deponente que su compañero le pidió, **por ningún motivo,**

comentar a aquella sobre el hurto y lo reconvino con la frase: *“usted no sabe nada”*.

Sobre estos dos comportamientos reseñados, considera la Colegiatura, **devienen incoherentes respecto de quienes comparten un designio criminal. Conforme a las reglas de la experiencia**, estos suelen procurar que sus fechorías no salgan a la luz, por ello, **intercambian datos relevantes entre sí para eludir a las víctimas y, en especial, a las autoridades.** Buscan evitar, también, la captura de algún integrante, pues dicha aprehensión puede conllevar una fuga de información perjudicial para los involucrados.

Por ello, **resulta incomprensible para la Sala por qué razón si DGAA y YDSS conocían del hurto, este se abstuvo de compartir con ella aspectos de particular trascendencia**, como haber sido grabado mientras tomaba los fajos de la habitación de la víctima o que fue encarado por el afectado y sus familiares sobre el dinero sustraído, al punto de verse compelido a entregar la motocicleta.

Carece, además, de lógica que el testigo de cargo haya preferido inventar a la acusada que TRH le arrebató la motocicleta. Y, al observar que ella acudió inmediatamente a la Policía para denunciar el reato, no haya hecho nada para impedirlo, cuando tal proceder podría desencadenar una investigación a fondo de lo sucedido -empezando por las grabaciones en poder de la víctima- con los consiguientes resultados adversos para ambos.

Ahora, atinente a la acusada, aseguraron los deponentes, acudió a la estación de policía donde reconoció frente a todos los allí asistentes, haber recibido \$5.000.000 de YDSS porque este los había encontrado en un lugar turístico de Villa de Leyva, frente a lo cual se alegró de su fortuna y accedió a administrarlos, luego de pedirle cierta suma en préstamo.

Proceder que **llama la atención de la Sala, porque la acusada nunca estuvo bajo sospecha del hurto** y, tras la confesión de YD, no fue compelida para hacer declaraciones de ningún tipo, de manera que **sus atestaciones fueron oportunas, espontáneas y, se colige, obedecieron al anhelo de explicar qué había hecho este con el dinero.** De haber instigado en SS la idea criminal o recibido el capital espurio, es probable que no se hubiera hecho visible ante las autoridades y los concurrentes con tales manifestaciones.

No desconoce la Sala que, en juicio, **SS excusó las incongruencias por miedo a la procesada y su esposo**, DAP. Incluso, que por ese mismo sentir sostuvo durante más de un año que la encartada no tuvo relación alguna con el hurto, pues había obrado solo.

Sobre este punto, es del caso resaltar que **el propio testigo reconoció nunca haber recibido amenazas por parte de DGAA o su cónyuge**, ni siquiera antes del 16 de octubre de 2015, cuando cambió su versión. Asimismo, **su progenitor, MFSM dijo tampoco haber sido amenazado**. Y, aunque ambos refirieron al esposo de la acusada para justificar el temor, ninguno precisó cuál era el alto cargo ostentado en la Sijin ni qué incidencia había tenido frente a su seguridad. De hecho, sobre el esposo de AA, afirmó YD que casi no hablaba con este, porque no vivía con ella y aunque a veces se presentaba en su casa, era de vez en cuando, es decir, poco era su conocimiento sobre este.

[...]

[...] **considera la Sala que el temor respecto a la encartada es incompatible con la relación de amistad y fraternidad que sostuvo con YD durante más de un año**. Mientras que la prevención hacia su esposo, se cimienta en señalamientos prejuiciosos desprovistos de alguna referencia objetiva que permita advertir un peligro real contra este o su familia.

Si bien es cierto, YD refirió dos sucesos en los que fincó su temor, ninguno es, a juicio de la Sala, inequívoco de que la acusada buscó amedrentarlo para no involucrarla en el delito.

El primero. Estando privado de la libertad, fue abordado por dos sujetos que lo arrinconaron y amenazaron con un cuchillo para que *“se quedara callado”*. Luego, los desconocidos le exigieron que les entregara parte de las cosas que compraba o conseguía en la cárcel. Dijo el testigo que solo DGAA y su esposo tenían interés en que guardara silencio, por ello entendió que la advertencia provenía de ellos.

Sin embargo, suele ser una práctica conocida y recurrente, por demás reprochable en los establecimientos carcelarios, que los reclusos antiguos exijan a los recientes, beneficios o encargos, como los referidos. Sumado a que, **si Y había sido reiterativo por más de un año en cuanto a su autoría exclusiva en el hurto, no surge diáfano por qué motivo, de repente,**

surgió en ella la angustia de ser incriminada, al punto de enviarle una sola advertencia a la cárcel.

El segundo. DGAA asistió a todas las audiencias realizadas en su proceso penal. Según el testigo para verificar que no la incriminara, pues le parecía extraño que ella supiera, incluso en lugar de su padre, cuándo tenía diligencia.

Al respecto, es preciso destacar, no solo, que YDSS reconoció el 29 de octubre de 2014 en la estación de policía que la acusada no sabía del hurto dinero a su arrendador, también que, los concurrentes ese día, fueron contestes en relatar cómo AA manifestó no saber nada al respecto, salvo que el entonces señalado le había entregado un dinero hallado en un lugar turístico para ser administrado.

Igualmente, sobre lo sucedido ese día, el patrullero Carlos Andrés Pérez Chivirí vio salir a la procesada de la estación, muy consternada, porque se había enterado que a YD no le habían robado la moto, sino que estaba vinculado en un hurto. Por su parte, GCL narró que para ella SS era buena persona, pero tras lo sucedido pudo advertir cómo era en realidad.

Por lo anterior, **si la encartada estuvo al tanto del proceso penal seguido contra su protegido, pudo ser a causa del afecto aparentemente filial profesado** o, porque **habiendo conocido la proclividad de este a la mentira**, pues el dinero prestado, en realidad, fue hurtado, **surgió en ella la preocupación de recibir alguna sanción, a causa de su desmedida confianza**. Uno u otro supuesto son más plausibles, de cara a lo demostrado en juicio, en comparación con la versión del implicado.

Por consiguiente, considera la Sala que **la exculpación aducida por el principal testigo de cargo para, supuestamente, callar la verdad de lo sucedido por más de un año, carece de fundamento**.

[...] **coincide la Colegiatura con el recurrente, en cuanto al aparente beneficio obtenido por YDSS a cambio de inculpar a DGAA**, contrario a la ausencia de este, señalada por el Tribunal.

En efecto, TRH interpuso denuncia por la pérdida aproximada de \$18.000.000, en octubre de 2014. El 13 de noviembre de 2015, **SS suscribió un preacuerdo con la fiscalía**, comprometiéndose, no sólo a *“informar la participación en el hurto de DGAA”*, también, a indemnizar a la víctima con la entrega de \$3.000.000 y el traspaso de la moto,

cuyo valor ascendía a \$3.900.000, con el fin de acceder, también, a la rebaja de pena del artículo 269 del C.P.

Acuerdo avalado por el denunciante, al recibir lo ofrecido, y por el juez de conocimiento, en sentencia condenatoria del 25 de noviembre de 2015, en la que, además, concedió el denotado descuento punitivo por indemnización integral a la víctima.

Sin embargo, en el caso que concita la atención de la Sala, **TRH dijo haber sido parcialmente resarcido de la afectación en su patrimonio económico con el denotado convenio, dado que YDSS comprometió la entrega del resto en cabeza de DGAA**, porque “era quien la había cogido”.

Por lo expuesto, más allá de los desaciertos del preacuerdo y del correspondiente fallo condenatorio –que no son objeto de revisión en este escenario- **surge para la Sala evidente que de no ser por la sindicación que YDSS hizo de DGAA, no habría podido declararse culpable de complicidad en el hurto agravado.**

Además, **accedió a la rebaja por indemnización integral**, de que trata el artículo 269 del C.P., **tras comprometer a la encartada como garantía del dinero** que aquel no estaba en capacidad de restituir al afectado, es decir, cerca de la mitad de

lo apropiado, sin lo cual, la víctima pudo haber truncado el beneficio.

Aunado a que, para la celebración del preacuerdo, según el artículo 349 del C.P.P., era necesario que el procesado asegurara el recaudo del citado remanente, además de haber reintegrado, por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido, esto es, los \$6.900.000 que sí entregó.

Así las cosas, **ante las denotadas inconsistencias y la manifiesta ausencia de prueba con respecto a la instigación para cometer el hurto**, se pregunta la Sala, si pudo YDSS inculpar a la ahora procesada, a sabiendas que su caso no tendría un final favorable y ante el apremio de estar privado de la libertad por más de un año, con el único fin de acceder a los beneficios que, de otra forma, no habría logrado obtener.

En conclusión, **como el órgano persecutor no logró desvirtuar la presunción de inocencia de la enjuiciada, con fundamento en el principio de in dubio pro reo** consagrado en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004, **la Sala revocará la sentencia condenatoria** impugnada y, en su lugar, confirmará la absolutoria de primera instancia.

(Texto resaltado por la Relatoría)

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, abogado que traspasa los límites de su profesión

Es dable afirmar con certeza que el acusado, sin perjuicio del ejercicio de su cargo de defensor y asesor legal de paramilitares - actividad del todo legítima-, traspasó los límites de su actividad profesional y se adhirió a la organización criminal liderada por sus clientes, a quienes, pese a defender en los estrados judiciales, también servía a través de las acciones delictivas que fueren necesarias para librarlos de responsabilidades penales.

Resuelve la Sala el recurso de casación presentado contra la decisión de segunda instancia, que condenó a un abogado en lo que respecta al delito de concierto para delinquir, identificando los casos en que se sobrepasan los

límites de la profesión y se hace parte del proyecto paramilitar, fenómeno que no solo integró combatientes, políticos e ideólogos, si no otro grupo de colombianos que de una u otra manera apoyaron este proyecto ilegal.

SP4543-2021(59801) del 06/10/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Según la resolución de acusación -confirmada en segunda instancia-, quien se llamaba AGG (cuyo nombre cambió a CJGG) y se desempeñaba como abogado de integrantes de los Bloques Centauros, Héroes del Llano y San José del Guaviare de las

AUC, liderados por alias CUCHILLO y JORGE PIRATA, contactó en febrero de 2006 a RSDA y MRJ -conocidos como alias JOTA y WILSON W, respectivamente-, para encomendarles el homicidio del procurador judicial TGR, a cambio de \$10.000.000.

En ejecución del encargo criminal, el 14 de marzo de 2006 RSD atacó al prenombrado funcionario - con una pistola suministrada por el abogado GG-, propinándole disparos en la cabeza que le causaron la muerte, mientras se desplazaba en un vehículo por el barrio Siete de Agosto en Villavicencio.

Ese crimen habría sido ejecutado en el marco de pertenencia del abogado GG a los referidos bloques de las AUC, comandados por los alias JORGE PIRATA y CUCHILLO, con quienes, desbordando su rol como defensor, se habría concertado para cometer delitos indeterminados, entre ellos, cohechar a funcionarios judiciales.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO PARAMILITARISMO - Alianzas con particulares

DETERMINADOR - Demostración / **DETERMINADOR** - Homicidio / **PROCESO PENAL** - Principio de preclusión: etapas delimitadas y progresivas

En relación con el homicidio, en síntesis, la hipótesis delictiva validada en los fallos de instancia se refiere al **funcionario asesinado como un “estorbo” en múltiples procesos en contra de diversos miembros de la organización**, incluidos los comandantes MDJP, alias JORGE PIRATA, y OG, alias DIDIER o CUCHILLO.

Además, trayendo a colación lo declarado por el señor P, el a quo destacó que la insistencia del acusado para asesinar al procurador se justificaba en la eventual participación de éste en otra instancia procesal en la que *“iba a ser un obstáculo”*, así como que estaba *“apelando mucho en los procesos”*. Esa insistencia, según el fallo de primer grado, se dio porque los cabecillas de la organización no querían ejecutar el homicidio, dado que estaban próximos a someterse al proceso especial de justicia y paz, por lo que en un inicio dispusieron *“sobornarlo”*, pero dada la negativa del funcionario -a quien abordaron por interpuesta persona, distinta al aquí acusado-, **alias CUCHILLO y JORGE PIRATA** dieron la

orden de matarlo, **luego de tres reuniones con el abogado GG. Éste, incluso, se encargó de conseguir armas y personas externas a la organización para matar al funcionario.**

En las instancias se acreditó que **la razón para asesinar al procurador TGR fue su labor como agente del Ministerio Público. El abogado GG no sólo instigó el atentado, sino que lo planeó, pagó a los sicarios, contribuyó con armas y coordinó la ejecución del funcionario**, la cual se llevó a cabo sorprendiendo al hoy occiso mientras conducía, sin posibilidad de defensa alguna.

En esa dirección, tanto a quo como ad quem pusieron de presente que MRJ, alias WILSON W; RSDA, alias JOTA; VHGA y MDJP, alias JORGE PIRATA, **señalaron de manera conteste y creíble al aquí acusado como la persona que convenció** a los alias CUCHILLO y PIRATA de la necesidad de matar al procurador GR, así como, dado *“el aval por aquéllos”*, **consiguió, pagó y armó a sicarios** externos al grupo paramilitar, a fin de evitar señalamientos de cara al sometimiento al proceso de justicia y paz.

Esa estructura probatoria -se reitera- **es inamovible**, porque **el acusado fue sentenciado como responsable de homicidio agravado en dos instancias** y el cargo formulado en sede de casación para derruir la condena y lograr la absolución por ese delito fue inadmitido (CSJ AP3130-2021).

Bajo ese entendido, **los reproches elevados** por el procesado, **para trastocar la condena por homicidio agravado, son extemporáneos** y, en consecuencia, no pueden ser estudiados de fondo.

Al plantear que los juzgadores de instancia valoraron indebidamente las pruebas testimoniales de cargo y que *“lo probado”* es que no *“ordenó, determinó, hostigó ni materializó el homicidio de TGR y, mucho menos, consiguió sicarios ni proveyó armas de fuego para ejecutar los hechos motivo de este proceso”*, así como que el móvil del homicidio *“quedó sin piso”*, el acusado pretende revivir etapas procesales precluidas.

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN - Imputación fáctica y jurídica: debe ser clara y concreta / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con particulares / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Elementos

[...] la Sala constata que, contrario a lo alegado por el defensor y el agente del Ministerio Público, la acusación sí fijó enunciados fácticos adecuados y suficientes para convocar a juicio al procesado como coautor de concierto para delinquir agravado. Si bien en la resolución de acusación de primera instancia la imputación se focalizó en los pormenores del delito de homicidio agravado, al resolver los cuestionamientos efectuados por la defensa en punto de la atribución de coautoría en el delito de concierto para delinquir, el fiscal delegado ante el tribunal señaló:

ANCIZAR y/o CJGG no solo actuó como defensor de los paramilitares, lo que se enmarca en la legalidad, sino que se desbordó cuando acudió a concertarse con los máximos cabecillas de la organización al margen de la ley para cometer otros delitos, tales como sobornar a los funcionarios públicos que tenían a su cargo investigaciones contra integrantes de dicho grupo irregular.

[...]

El rol de abogado defensor, ejercido por el sindicado, se desnaturalizó a tal punto que se pasó de los sobornos y las dádivas al empleo de métodos violentos, con la pretensión de quitar del medio a quienes actuaron de manera proba y con apego al rol que les correspondía, en pro de que se aplicara debida justicia a quienes tanto mal causaron a la sociedad con su actuar violento.

Entonces, hubo un acuerdo criminal entre los cabecillas de las autodefensas y el abogado para cometer delitos indeterminados, como sobornos y hasta homicidios, razón por la que resulta procedente el llamado a juicio por esta conducta punible (art. 340 inc. 2° C.P.).

Esas proposiciones fácticas, ciertamente, se ajustan al comportamiento típico descrito en el art. 340 inc. 1° del C.P., norma acorde con la cual incurrirá en prisión quien se concierte para cometer delitos indeterminados -aunque puedan ser determinables en su especie- (cfr. num. 4.1.1. supra). Y, como “la asociación criminal paramilitar regularmente ha tenido por fin la comisión de los injustos relacionados con el inc. 2° ídem” (CSJ SP3240-2015, rad. 36.826), la pertenencia a dichos grupos organizados al margen de la ley, a cualquier título, se adecua en dicha hipótesis agravada del concierto para delinquir.

Ese delito, tiene dicho la jurisprudencia (CSJSP8786-2015, rad. 38.464), **requiere:** i) un acuerdo de voluntades entre varias personas; ii)

una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque puedan ser determinables en su especie; iii) la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada y iv) que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer que se pone en peligro la seguridad pública.

De suerte que, **al atribuirle la Fiscalía al señor GG el haberse concertado con los cabecillas de una organización paramilitar para cometer delitos indeterminados**, aunque determinables en su especie -entre ellos cohechos por dar u ofrecer y homicidio-, **hay una imputación fáctica adecuada y suficiente para convocarlo a juicio por concierto para delinquir agravado**, por cuanto tales proposiciones de hecho, teniendo en cuenta la naturaleza de la organización criminal, encuentran correspondencia -en abstracto- en los referidos elementos de la conducta típica. Cuestión distinta es que, en juicio, la Fiscalía haya cumplido o no con las cargas probatorias necesarias para acreditar, con certeza (art. 232 inc. 1° C.P.P.), que el acusado es responsable como coautor de dicha conducta punible [...]

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Demostración: se prueba a partir de la ejecución material de conductas ilegales cometidas en el tiempo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Demostración: acuerdo de voluntades y conexidad de hechos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Empresa criminal: diferencia con la figura de la coautoría

[...] ha de destacarse que la Fiscalía, desde la acusación, optó por acreditar indirectamente la vinculación del acusado como integrante del grupo criminal liderado por alias CUCHILLO. **La hipótesis delictiva consiste en que el abogado GG, paralelamente a su legítima actividad legal como defensor y asesor jurídico de paramilitares, se adhirió -infringiendo la ley penal- a un grupo de autodefensas, adscribiéndose al propósito común de cometer delitos indeterminados que favorecieran a la organización.**

Para acreditar tal proposición fáctica, la acusación propuso una estrategia inductiva de demostración, cifrada en identificar una pluralidad de sucesos delictivos en los que efectivamente tuvo intervención el señor GG para, a partir de ellos, inferir que éste se concertó con sus clientes, líderes de bloques paramilitares,

para delinquir indeterminadamente en beneficio de éstos.

Desde esa perspectiva, carecen de solidez las críticas consistentes en que **la ausencia de pruebas sobre el momento en que los prenombrados cabecillas paramilitares y el acusado acordaron expresamente cometer delitos indeterminados**, comporta la inexistencia del concierto para delinquir. Si bien **una de las maneras de acreditar** la pertenencia a una empresa criminal **es mediante evidencia atinente a cuándo y cómo se fundó o alguien se adhirió a aquella** -como en episodios de pactos conocidos dentro del fenómeno de alianzas entre paramilitares y funcionarios públicos, en el contexto de la llamada “Parapolítica”-, también es verdad que **la ejecución de múltiples delitos puede ser indicativa de la existencia de un consenso para delinquir indeterminadamente**. En esta última hipótesis, como lo ha formulado la jurisprudencia (CSJ SP 29 sep. 2010, rad. 29.632), “los delitos ejecutados en función del acuerdo son manifestación del consenso ilegal”.

En ese marco de análisis, desde luego, la simple pluralidad de delitos o la mera concurrencia de personas en la ejecución de éstos no implica, per se, la existencia de un concierto para delinquir. No. **La verificación** de la existencia de éste por vía inductiva supone comprobar algo más, a saber, que **a la multiplicidad de conductas delictivas** cometidas por el sujeto activo o a la concurrencia de personas en ello **subyace una conexión interna**, que permita entenderlas como pertenecientes al **propósito común perseguido por la empresa criminal** en particular y explicarlas como **manifestación de la voluntad común de delinquir** abierta e indeterminadamente, que es el sustrato de amenaza al bien jurídico de la seguridad pública.

A ese respecto, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de “*empresa criminal*” a fin de precisar los contornos del concurso de personas y de delitos, de cara a la concreción del delito de concierto para delinquir, diferenciándolo de supuestos de coautoría. Sobre el particular, mediante SP 25 sep. 2013, rad. 40.545, la Sala puntualizó:

No necesariamente el simple y llano concurso de personas en la comisión de uno o varios delitos, o el concurso material de dos o más punibles estructuran un concierto para delinquir, pues tales circunstancias pueden ser también predicables del instituto de la coautoría, motivo por el cual se

impone precisar el ámbito de ambas figuras a fin de evitar que se viole el principio non bis in ídem, al asumir indebidamente a los coautores de cualquier delito como sujetos activos del concierto para delinquir.

En efecto, tanto en la coautoría material como en el concierto para delinquir media un acuerdo de voluntades entre varias personas, pero mientras la primera se circunscribe a la comisión de uno o varios delitos determinados (coautoría propia: todos realizan íntegramente las exigencias del tipo; o coautoría impropia: hay división de trabajo entre quienes intervienen, con un control compartido o codominio de las acciones), en el segundo se orienta a la realización de punibles indeterminados, aunque puedan ser determinables.

A diferencia del instituto de la coautoría material, en el que la intervención plural de individuos es ocasional y se circunscribe a acordar la comisión de delitos determinados y específicos, en el concierto para delinquir, a pesar de también requerirse de varias personas, es necesario que la organización tenga vocación de permanencia en el objetivo de cometer delitos indeterminados, aunque se conozca su especie, v.g. homicidios, exportación de estupefacientes, etc.

[...]

Adicionalmente, en tanto la coautoría no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, pues una vez cometida la conducta o conductas acordadas culmina la cohesión entre los coautores, sin perjuicio de que acuerden la comisión de otra delincuencia, caso en el cual hay una nueva coautoría, en el concierto para delinquir tal elemento de durabilidad en punto de los efectos del designio delictivo común y del propósito contrario a derecho, se erige en elemento ontológico dentro de su configuración, al punto que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que es imprescindible su persistencia y continuidad.

En la coautoría material, el acuerdo debe ser previo o concomitante con la realización del delito, pero nunca puede ser posterior. En el concierto para delinquir el acuerdo o adhesión a la empresa criminal puede ser previo a la realización de los delitos convenidos, concomitante o incluso posterior a la comisión de algunos de ellos; en este último caso, desde luego, sólo se responderá por el

concierto en cuanto vocación de permanencia en el propósito futuro de cometer otros punibles, sin que haya lugar a concurso material con las conductas realizadas en el pasado.

Aunque indistintamente la doctrina y la jurisprudencia utilizan la expresión “empresa criminal” para referirse tanto a la coautoría material como al concierto para delinquir, lo cierto es que si se define la empresa (del latín *empndere*) como una unidad económico-social de personas, bienes materiales y técnicos, y recursos financieros, con ocasión de la cual varios individuos se unen con el fin común de perdurar y consolidarse, mediante el desarrollo de actividades colectivas organizadas para obtener beneficios, es claro que **resulta más apropiado utilizar tal vocablo para aludir al concierto para delinquir**, en cuanto supone estabilidad, permanencia y durabilidad, y no a la coautoría material que como se dijo se agota en cada delito realizado.

En el mismo sentido se tiene que si no resulta apropiado llamar empresario a quien junto con otras personas realiza una operación, una o dos transacciones, tampoco es pertinente tener como concertado para delinquir a quien comete uno o varios delitos definidos y específicos, pues en tal caso se trata del instituto de la coautoría.

Ahora, si es empresario quien adelanta múltiples negocios diversos o signados por una misma especie, en el marco de un proceder con pretensiones de permanencia, todos ellos orientados por una finalidad de beneficio, **cometerá el punible de concierto para delinquir aquél que mancomunadamente con otros planea la ejecución de diversos delitos indeterminados**, siempre que esté presente la vocación de durabilidad de tal asociación.

Por antonomasia **el concierto para delinquir es ejemplo de delito de carácter permanente**, pues comienza desde que se consolida el acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados, y se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa tal propósito. Bien puede ocurrir que los asociados deciden finalizarlo porque consiguieron sus objetivos o se ha dificultado la realización de los delitos propuestos; las autoridades desmantelan la empresa criminal; o por otra razón que cierra la vocación de permanencia del propósito ilegal.

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con particulares / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferente a la coautoría en la comisión de cualquier delito / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferente al concurso de conductas punibles / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, abogado que traspasa los límites de su profesión

[...] **la Sala constata que**, ciertamente, **es dable afirmar con certeza que el acusado, sin perjuicio del ejercicio de su cargo de defensor y asesor legal** de paramilitares -actividad del todo legítima-, **traspasó los límites de su actividad profesional y se adhirió a la organización criminal** liderada por sus clientes, a quienes, pese a defender en los estrados judiciales, también servía a través de las acciones delictivas que fueren necesarias para librarlos de responsabilidades penales.

Su incursión en múltiples delitos, la naturaleza de éstos y la manera en que participó en actividades delincuenciales en favor del grupo armado ilegal **permiten inferir que se adscribió a éste y actuó como un miembro más de las autodefensas**, ya no al servicio de sus integrantes desde la perspectiva jurídica, sino en beneficio de los propósitos criminales de la organización, en la que **se subordinó a la jerarquía de sus comandantes y contribuyó a la causa delincencial**, desde su particular rol.

En primer lugar, la reconstruida estructura probatoria en que se soporta la declaratoria de responsabilidad por concierto para delinquir agravado muestra que **en manera alguna el tribunal confundió los actos preparatorios del homicidio con los elementos constitutivos de dicho delito contra la seguridad pública**.

No es cierto que el ad quem, simple y llanamente, hubiera argumentado que el acusado se concertó con los paramilitares porque, además del homicidio, incurrió en el delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones, al suministrarle al sicario la pistola con que fue asesinado el procurador GR. Tal proposición fragmenta indebidamente las razones probatorias expuestas por **el tribunal**, que no invocó una lógica meramente cuantitativa para denotar la existencia de un concierto para delinquir, sino que **analizó un curso de conducta desplegado por el acusado** para inferir que estaba concertado con los cabecillas

paramilitares, a fin de cometer delitos indeterminados.

Falta al principio de honestidad argumentativa sostener que la condena del acusado por concierto para delinquir deriva, sin más, de que aquél incurrió en un concurso de delitos constituido por homicidio agravado y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones. La estructura probatoria es algo más elaborada: la probada comisión de esos delitos, más la evidencia de que el señor GG participó de otras conductas delictivas contra la recta y eficaz impartición de justicia, así como **la manera en que el procesado interactuaba en el marco del aparato organizado de poder** (planeando crímenes, intermediando para la consecución de sicarios y subordinado a la autoridad de los jefes paramilitares) son situaciones que, valoradas articuladamente, permiten concluir que **dichos comportamientos no son aislados, sino reflejo de un consenso para delinquir de forma abierta e indeterminada.**

De suerte que, ante dicha estructura probatoria **es infundado alegar que el ad quem confundió los elementos definitorios del concierto para delinquir con un supuesto de concurso de conductas punibles y coautoría.** La multiplicidad de conductas punibles, junto a otros factores que más adelante serán analizados por la Sala, muestran que, desde la perspectiva del concierto, **al procesado no se le reprochó por una o dos “operaciones o transacciones”** definidas o específicas que se agotaron con su realización, **sino por haberse adherido a los propósitos criminales de la organización paramilitar,** prestándose para cometer cuanto delito se requiriera para librarlos de responsabilidad penal y, por esa vía, permitir la continuidad de su actividad delincencial.

Tampoco es cierto que el tribunal hubiera afirmado pertenencia del acusado a la organización por el hecho de trabajar como defensor de paramilitares. En aparte alguno del fallo impugnado se advierte tal conjetura, sino que, como pasa a verificarse, el curso de conducta desplegado por el señor GG muestra que no sólo acordó con los líderes de la organización la ejecución del procurador, sino que **este delito es manifestación de su adhesión al grupo paramilitar,** marco en el cual ejecutó otras conductas ilícitas integrado a la estructura de la organización, **respetando las jerarquías del**

aparato organizado de poder y cumpliendo encargos criminales de sus jefes.

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con particulares / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, soporte probatorio / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, abogado que traspasa los límites de su profesión / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: Antiguos miembros de organizaciones al margen de la ley / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando el testigo se autoincrimina frente al hecho investigado / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: se configura

[...] **de lo declarado por el excomandante** del Bloque Centauros MDJP, alias JORGE PIRATA, **puede afirmarse que el abogado AG no sólo se reunía con aquél y alias DIDIER o CHUCHILLO,** máximos líderes de esa organización en los llanos, a fin de discutir asuntos inherentes a sus labores como mandatario judicial, **sino con el propósito de sugerir a sus jefes la comisión de delitos, obtener aprobación de ellos para su ejecución y discutir la manera en que habrían de ejecutarse.**

Ese tipo de reuniones, los temas conversados y la dinámica en la que se desenvolvían ponen de presente varios aspectos relevantes de cara al juzgamiento del procesado por concierto para delinquir agravado, a saber: i) **al margen de sus actuaciones como abogado, el señor GG estaba dispuesto y disponible para cometer diversos delitos en beneficio de la organización;** ii) **para ejecutar acciones delictivas, requería del aval y orden de los líderes del grupo armado ilegal,** mostrando subordinación a la jerarquía de aquéllos; iii) **rendía cuentas a aquéllos** de las gestiones delictivas que le encomendaban y iv) **interactuaba con otros integrantes de las autodefensas,** como vocero de sus jefes, para la comisión de delitos.

[...]

El señor P enfatizó en que *“ANCIZAR fue muy insistente para que se matara al procurador”* y agregó que, pese a la instrucción que se le dio al *“doctor”* para que no participara ningún miembro activo de las autodefensas en el homicidio, aquél contactó a MRJ, alias WILSON W, quien a su vez lo puso en comunicación con alias JOTA, quien

cuando ejecutó el atentado ya estaba fuera de la organización, pues era un “*muchacho retirado*”.

Entre la primera reunión atrás mencionada, en la que se dio la instrucción al acusado de “*sobornar*” al procurador, y el tercer encuentro con los cabecillas de las AUC, en el que se dispuso su ejecución, ciertamente hay evidencia de que **el abogado GG si intentó abordar al procurador TG, por interpuesta persona, para ofrecerle dádivas ilegales.**

En ese sentido, además de lo expuesto por MP, quien escuchó a ANCIZAR decir que “*intentaron sobornarlo a través de alguien, pero que no había sido posible*”, se cuenta con la declaración (rendida el 8 de mayo de 2013) del primo del procesado, VHGA, quien como su conductor y “*hombre de confianza*” no solo percibió cómo aquél participó en la planeación y ejecución del procurador TG, encomendándole incluso la consecución y suministro del arma homicida, sino en otras conductas delictivas en las que se inmiscuyó en beneficio de la organización paramilitar. Entre otros aspectos, al señor GA le consta que su primo buscó los medios para “*arreglar*” al procurador.

[...]

La prueba sobre los encargos e intentos para “*sobornar*” al procurador, entonces, no es débil. Alias JORGE PIRATA fue enfático al relatar que tanto él como DIDIER se opusieron en un inicio a que se asesinara al funcionario, dando la directriz de que primero “*le llegaran*”. Y del acatamiento de esa instrucción da cuenta VHG, quien constató las gestiones que su jefe hizo a ese respecto.

Al valorar las referidas declaraciones hay que destacar que el último de los nombrados era el conductor de A, pero no integraba las AUC. En palabras de RSD, aquél “*no era paraco*”. Ello es del todo relevante, pues sin existir nexo alguno entre VHG y alias JORGE PIRATA, sus versiones en punto de los “*sobornos*” son coincidentes. Además, como lo destacaron los juzgadores de instancia, **el señor G es primo del acusado y en él no se advierte motivación para incriminarlo falsamente**, máxime que aceptó su participación en el homicidio del procurador GR y, agrega la Sala, **al no haber integrado las filas de las AUC, ningún beneficio de postulación en el proceso de justicia y paz podría recibir** del excomandante alias JORGE PIRATA.

Con dichos testimonios puede darse por probado, entonces, que el procesado cumplía con los

encargos criminales de sus jefes, entre ellos, cohechar funcionarios públicos, así como planear la ejecución de homicidios. En este aspecto cabe adicionar que **en la actuación no sólo existe evidencia del intento de “soborno” al procurador TG, sino que el abogado GG interactuaba con servidores judiciales corruptos a fin de beneficiar a los miembros de la organización**, especialmente a su jefe alias CUCHILLO.

Sobre ese particular, **el conductor del procesado señaló que su primo A solía entregar**, por sí mismo y a través de su conductor, **dinero a un fiscal** (que trabajaba en la sede de la Fiscalía donde fue indagado), así como que, **en una oportunidad, observó cuando A recogió un expediente en un caso seguido contra CUCHILLO, de un empleado judicial al que le entregó una suma de dinero.**

[...]

[...] en lo que toca con los intentos de “*soborno*” del procurador, así como en las demás conductas de corrupción judicial a las que se refirió el testigo G, tales aserciones serían insuficientes para declarar responsable al acusado por cohecho por dar u ofrecer u otro delito contra la administración pública o la recta impartición de justicia, entre otras razones, por cuanto la Fiscalía no investigó ni acusó al señor GG por ese delito.

No obstante, de cara a la acreditación de la responsabilidad del procesado por concierto para delinquir agravado, están probadas situaciones del todo pertinentes para demostrar que aquél se adhirió a la organización criminal liderada por sus jefes, pues recibía y cumplía con variados encargos criminales de éstos. Ese es, sin dudarlo, un hecho indicador de la existencia de un consenso ilegal para ejecutar delitos indeterminados, el cual concurre con otros aspectos que -como pasa a analizarse-, valorados en conjunto corroboran que el acusado se concertó para delinquir con las autodefensas.

[...]

Lo probado, entonces, es que tanto CUCHILLO como JORGE PIRATA **emitían instrucciones al acusado** para que cohechara funcionarios, asimismo que **aquél posteriormente rendía cuentas a sus jefes** sobre esos encargos, en los cuales fue visto por su conductor, a quien AG también le hacía cometarios sobre los resultados de los “*sobornos*”. Ello es del todo pertinente para

demostrar que al comportamiento delincriminal del procesado **subyacía un acuerdo para delinquir**, por entenderse adherido a la organización criminal. Exigir que la Fiscalía hubiera demostrado que el señor GG pertenecía a una “red de corrupción” de funcionarios judiciales es desatinado, pues ese no fue el objeto del presente proceso, demarcado por la acusación por concierto para delinquir agravado.

[...]

Según MRJ, conocido como WILSON W, **las directrices de las AUC prohibían, en principio, la ejecución de servidores públicos, algo que solo podía ejecutarse por orden de un comandante.** Ello explica por qué AGG, **pese a estar en posibilidad de conseguir sicarios para asesinar al procurador TG** por su propia iniciativa y cuenta, **se vio en la necesidad de convencer a alias CUCHILLO y JORGE PIRATA para que ellos ordenaran la muerte del funcionario**, a lo que él procedió a coordinar una vez contó con el “*visto bueno*” y las instrucciones de aquéllos.

[...]

Recapitulando, el abogado GG, más que interactuar en una relación mandante-mandatario, acorde con la legalidad, i) participaba de reuniones en las que discutía y sugería la comisión de delitos, en los que también tenía intervención; ii) carecía de autonomía para cometer homicidios que le beneficiaban a la organización, los cuales solo podían ser ordenados por los comandantes; iii) requería del aval de éstos para ejecutar ciertas acciones

delictivas que, en efecto, se llevaron a cabo; iv) era encomendado para atentar contra la recta y eficaz impartición de justicia, actividades en la que fue visto por su conductor, por medio de quien entregó dinero a funcionarios; v) atendía órdenes y encargos de connotación criminal de los cabecillas de la organización; vi) era emisario de instrucciones delincuenciales de sus jefes; vii) entregaba dineros que le suministraban integrantes del grupo armado a sicarios para “vueltas” y viii) en medio de ese curso de conducta, no solo era percibido por miembros de las autodefensas como abogado de paramilitares, sino como alguien que “*trabajaba para la organización*”, cuyas jerarquías respetaba.

Todas esas circunstancias, debidamente probadas y valoradas articuladamente, en un solo tejido, **acreditan indiscutiblemente que el acusado se adhirió a las autodefensas en el propósito común de cometer delitos indeterminados** en beneficio del grupo armado ilegal. De esa manera, su conducta se adecúa en el art. 340 inc. 1° y 2° del C.P. y ha de ser declarado responsable como coautor de concierto para delinquir agravado. Con la comisión de múltiples conductas de connotación delictiva, así como con la forma en que interactuaba en la estructura del aparato de poder, se constata su adhesión al grupo armado ilegal, cuyo operar delictivo mostraba permanencia, estabilidad y durabilidad en la comisión de delitos indeterminados.

(Texto resaltado por la Relatoría)

TENTATIVA DE HOMICIDIO - Producida con arma de fuego: identificación del arma / **PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Vulneración

No es, desde luego, que para sostener la condena sea necesario lograr una explicación lógica y suficiente de todos los sucesos fenomenológicos que rodearon el delito [...], sino que aquéllos que se dan por demostrados deben explicarse en condiciones mínimas de coherencia a partir de las pruebas practicadas.

Al resolver la demanda de casación contra una condena por porte ilegal de armas y tentativa de homicidio, la Sala analiza el cumplimiento del principio de *razón suficiente*, que logre explicar cómo se dispara un arma automática, sin agotar la carga y sin que queden municiones en la recámara; esto para determinar la veracidad de los hechos y la responsabilidad del imputado. Finalmente, ante la duda probatoria se dispone la absolución del demandante.

SP4531-2021(58165) del 06/10/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

De acuerdo con la acusación, en la noche del 25 de septiembre de 2016, los patrulleros de la Policía Nacional Fray Eduar Salazar Paz y Cristian Alfonso Cardona Forero, quienes en ese momento realizaban labores de vigilancia en Pradera, Valle del Cauca, fueron alertados por la comunidad sobre unas detonaciones de arma de fuego en inmediaciones de la carrera 10 con calle 1° de ese municipio, a donde entonces se dirigieron.

En el sitio encontraron a OIMT, quien al percatarse de su presencia les disparó en ráfaga con una subametralladora Uzi calibre nueve milímetros. Cardona Forero recibió dos impactos en el torso, que sin embargo fueron detenidos por su chaleco antibalas y no le ocasionaron lesiones de gravedad.

Seguidamente el atacante se dio a la fuga, pero los uniformados, tras una breve persecución, lograron reducirlo y capturarlo.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Concepto / **PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Vulneración / **TENTATIVA DE HOMICIDIO** - Producida con arma de fuego: identificación del arma / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por cercenamiento: se configura / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: por violación al principio de razón suficiente / **TESTIMONIO** - Credibilidad / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda / **IN DUBIO PRO REO** - Se debe aplicar si no hay certeza de la responsabilidad del procesado

[...] **le asiste razón al Procurador que intervino en esta sede al plantear que el ad quem desconoció el principio de razón suficiente** y, por ende, **que violó** – aunque por razones diversas de las censuradas por el actor – **la sana crítica**. Sobre dicho principio, pertinente recordar, para comenzar, las siguientes consideraciones:

«La Sala, en sentencias como CSJ SP, 13 feb. 2008, rad. 21844, y CSJ SP, 12 sep. 2012, rad. 36824, ha definido al **principio de razón suficiente** como **«aquél que reclama, en aras de**

reconocer el valor positivo de verdad de un enunciado, un motivo apto o idóneo para que ello sea así y no de cualquier otra forma». En otras palabras, es el que *«alude a la importancia de establecer la condición –o razón– de la verdad de una proposición»* o *«a la aserción que requiere de otra para ser reconocida como válida»*.

Adicionalmente, ha dicho la Corte que la vulneración de este principio se debe establecer en cada caso, de acuerdo con la lógica de lo razonable.

[...]

[...] **al tener por ciertas únicamente las proposiciones de los testimonios de los patrulleros** que encontraron respaldo en la prueba técnica, **el fallador colegiado realizó una valoración que**, si bien no encierra contradicciones lógicas, **no se explica a sí misma y tampoco resulta suficiente para explicar racionalmente, en el caso concreto, los hechos que dio por probados**. Puesto de otra manera, las premisas fácticas que el Tribunal declaró como verdaderas, aunque no se contradicen mutuamente, son incapaces de ofrecer una elucidación lógica, plausible y suficiente de cómo ocurrieron los hechos que en la sentencia de segundo grado declaró ajustados a la realidad.

La precariedad lógica de la postura probatoria del Tribunal deviene evidente porque no da cuenta, menos aún en términos racionales, de **cuál es el origen de la bala de pistola que se encontró en el chaleco del patrullero afectado**, explicación que resultaba necesaria para la suficiencia lógica y epistemológica de la decisión, porque – **se reitera** – **la Corporación admitió que la misma no fue disparada por la única arma que portaba el único individuo presente** (aparte de los patrulleros) en la escena de los hechos.

No es, desde luego, que para sostener la condena sea necesario lograr una explicación lógica y suficiente de todos los sucesos fenomenológicos que rodearon el delito (más allá, desde luego, de los que se subsumen en la descripción típica y acreditan la participación criminal de la persona investigada), sino que **aquéllos que se dan por demostrados deben explicarse en condiciones mínimas de coherencia a partir de las pruebas practicadas**. Ello no sucede si, como en este caso, **se admite que uno de los proyectiles que se atribuye haber disparado al acusado no lo fue en realidad, pero se deja sin un mínimo de**

elucidación la cuestión de dónde provino, máxime que ello atañe al núcleo de la imputación.

[...]

El ad quem, de acuerdo con esas pruebas, **dio por demostrado que el arma incautada a MT efectivamente no tenía ningún cartucho en la recámara** (aunque sí dos balas en el proveedor) y **admitió la afirmación técnica** del experto según la cual «*por ser esta un arma automática, la única forma de que no quede en su recámara un cartucho es que haya sido manipulada manualmente o que su carga se agotó*».

Frente a esa situación, consideró lo siguiente:

«*Se puede advertir que, si el arma fue detonada en ráfaga, impactando un proyectil en el chaleco antibalas de CF, existe la posibilidad de que en el momento en que el enjuiciado decide huir, atraviesa el río, recorre un trayecto para finalmente rendirse durante su persecución, **manualmente pudo manipular (sic) el arma de fuego para retirar el cartucho de la recámara**, lo que puede dar explicación a la versión del perito balístico cuando sostuvo que la única forma de que no quede este tipo de elementos al interior del artefacto bélico es porque se agote la munición o se retire de manera manual, y en este caso el proveedor fue hallado con dos cartuchos...*».

Así, en el cometido de esclarecer racionalmente por qué no había ninguna bala en la recámara de la Uzi de MT si ésta había sido disparada instantes antes de su incautación sin agotar la munición del proveedor, **la Corporación acogió la explicación consistente en que el acusado la extrajo manualmente mientras huía**. Con ello, **sin embargo, incurrió en un error de hecho, pues cercenó proposiciones probatorias que descartan la plausibilidad de esa postura**.

Es que, como ya se reseñó (§ 2), **CACF atestó vehementemente que desde el momento en que observaron por primera vez al acusado hasta el instante en que lo redujeron y capturaron «no lo (perdió) de vista»**. En ello insistió varias veces durante su declaración. No obstante, **el Tribunal, suprimiendo esas afirmaciones**, coligió que OM “*pudo manipular*” la Uzi durante la huida para retirar la bala de la recámara. De haber sido así que acaecieron las cosas, **el patrullero – en tanto, se insiste, no perdió de vista al nombrado – lo hubiese advertido**, máxime que tal operación, al decir del perito PP, requería incluso «*retirar el proveedor*».

Así las cosas, **ninguna de las dos hipótesis ofrecidas por el perito respecto de por qué la recámara de la subametralladora estaba vacía explica lo sucedido**: la del agotamiento de la munición, porque se estableció que en el proveedor había dos balas; la del abatimiento manual durante la huida, porque las pruebas practicadas lo revelan poco plausible.

En esas condiciones - y especialmente en atención a lo analizado en precedencia (§ 5) – **surge como probable que la razón por la cual la recámara del arma estaba vacía es que ésta no había sido montada. Ello significaría**, por consecuencia lógica, **que en los instantes anterior a su incautación no había sido tampoco disparada**. Recuérdesse, en este sentido, que **el perito balístico** que participó en el juicio **no pudo establecer si la bala de Uzi alojada en el chaleco del uniformado atacado provino en verdad de la que llevaba consigo OM** y no de otra subametralladora de la misma marca y modelo, con lo cual **la hipótesis recién señalada no puede tenerse por descartada o desmentida técnicamente**. Ese otro curso causal – que resultaría compatible con la inocencia de OIMT – fue ignorado por el Tribunal, que en cambio optó por la explicación de la manipulación a partir de un supuesto improbable y pasando por alto apartes del testimonio de CAC.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que (i) **el ad quem realizó una valoración probatoria a partir de la cual elaboró conclusiones que no explican racionalmente los hechos que dio por demostrados**, con lo que quebrantó el principio lógico de razón suficiente; y (ii) **de las pruebas practicadas se desprende como posible una hipótesis alternativa compatible con la inocencia** (en relación el delito contra la vida) que la Corporación soslayó equivocadamente, y que no contraviene los hallazgos técnicos presentados en juicio, de los cuales – se reitera – **no puede sostenerse que el arma incautada al enjuiciado hubiere sido accionada**.

Es decir, (i) **la única prueba de que el acusado disparó contra los uniformados**, visto que la pericial no da cuenta de ello, **es su propio dicho**; (ii) **las condiciones en que se incautó el arma** – esto es, con la recámara vacía y dos proyectiles en el cargador – **abre la posibilidad de que no hubiere sido disparada en los instantes previos**, lo cual desmiente las aserciones de los policías, de manera que (iii) **la prueba de cargo, en lo que respecta al delito contra la vida, debe**

admitirse débil e insuficiente, máxime ante la constatación de que los testimonios de los agentes contravienen parcialmente el hallazgo técnico según el cual una de las balas alojadas en el chaleco que vestía CF no provino de una subametralladora.

En esas condiciones, y aunque no cabe duda de la materialidad del delito de homicidio tentado (cuyo acaecimiento se desprende inequívoco del informe médico legal de lesiones personales de

Cardona Forero), **la participación de OIMT en ese hecho no está demostrada en el grado suficiente para proferir condena**. Se impone, por lo tanto, casar parcialmente la sentencia recurrida para, en su lugar, absolver al nombrado de ese cargo en aplicación del principio de duda favorable al reo.

(Texto resaltado por la Relatoría)

FRAUDE PROCESAL - A través de incorporación de información no cierta en concurso de méritos

Aunque la conducta que se analiza se encuentra incluida dentro del título XVI del Código Penal 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 y no solo judicial

Al resolver una impugnación especial, la Sala recuerda que el fraude procesal busca no solo la protección de la actividad judicial, sino de la administración pública en general, ara el caso también aplica cuando se pretende influir en los resultados de concursos de méritos a cargo del Estado (Consejo Superior de Carrera Notarial), como lo son los de notarios públicos de carrera.

SP4701-2021(54750) del 06/10/2021

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

RESUMEN DE LOS HECHOS:

EFM, LAVA, WMD, JAMF y SMCC radicaron solicitud de inscripción de la obra “*Manual de Registro del Estado Civil de las Personas*”, editada en el año 2006, ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, lo que efectivamente sucedió. Como consecuencia, el 23 de febrero de 2007 dicha entidad les expidió el correspondiente

certificado que los acreditaba como autores de la mencionada obra.

Con el propósito de obtener cinco puntos adicionales, los procesados presentaron dicha certificación ante la Universidad de Pamplona, entidad encargada de la logística del concurso público y abierto convocado, mediante el Acuerdo 001 del 15 de noviembre de 2006, por el Consejo Superior de la Carrera Notarial para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial.

Posteriormente se estableció, mediante experticia pericial, que el Manual tenía una reproducción, sin las debidas citas, del 36.1% de la «*Cartilla del Registro Civil de las Personas*», publicada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en el año 2003, sin autorización de su creador AHAP.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FRAUDE PROCESAL - Elementos: elemento normativo (sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley) / **FRAUDE PROCESAL** - Momento de consumación / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Medio fraudulento / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta: no requiere para su estructuración el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley

[...] **la finalidad del sujeto activo es la obtención de una sentencia o resolución contraria a la ley**. Esto quiere decir que, el fundamento material de punición estriba en el quebrantamiento del principio de legalidad, el cual, en tanto pilar del Estado de Derecho, es el referente fundamental

para determinar la compatibilidad de las relaciones jurídicas con el ordenamiento.

La **conducta descrita se perfecciona en el momento en que el sujeto activo** -no calificado-, a través de un medio fraudulento, **pretende inducir en error a un servidor público** con el inequívoco objeto de lograr que éste profiera una decisión contraria a derecho.

Si bien, **la materialización del delito no requiere que el propósito perseguido por el agente sea alcanzado, sí es necesario que el medio fraudulento utilizado por aquél para lograr la inducción en error del funcionario sea idóneo**, es decir, que tenga la potencialidad de conseguir ese fin.

[...]

[...] para que se configure el delito, cuyo objetivo es la consecución de una declaración [judicial o administrativa] ilícita, el actor ha de desplegar una conducta inductora en error, cifrada en **valerse de un instrumento mendaz o engañoso**, esto es, que entrañe un contenido material falso, **apto para provocar en el servidor público una convicción equivocada**, que puede ser determinante para que resuelva el asunto en la forma como se ha buscado.

Pero tal idoneidad, desde luego, debe valorarse en abstracto, pues siendo un **delito de mera conducta y de peligro**, la realización del fraude procesal no depende de la producción de un resultado concreto, **sino de la potencialidad** de éste para lograr una definición contraria a la ley.

FRAUDE PROCESAL - Bien jurídico tutelado: la administración pública, tanto judicial como administrativa / **NOTARIO** - Naturaleza de su función / **FRAUDE PROCESAL** - A través de incorporación de información no cierta en concurso de méritos

Como sustento de una eventual atipicidad de la conducta, en primer término, sostuvo que, en el presente caso se efectuó un inadecuado juicio de subsunción normativa, en razón a que, con el actuar de los procesados no se vulneró el bien jurídico tutelado, manifestación que también fue invocada por la apoderada que representa los intereses de JAMF, por cuanto los hechos por los cuales la Fiscalía General de la Nación realizó la imputación no tuvieron lugar en ninguna actuación judicial o administrativa. Todo giró en torno a la puntuación que los procesados

recibieron dentro del concurso citado y la respectiva conformación de la lista de elegibles en atención a dicha calificación, actos que nada tienen que ver con un proceso judicial.

Frente a este aspecto de discordia, es del caso aclarar a los profesionales del derecho, que tal aseveración ya se encuentra superada por esta Corporación en abundante y reiterada jurisprudencia, que se repite en esta oportunidad, donde se ha establecido que **aunque la conducta que se analiza se encuentra incluida dentro del título XVI del Código Penal 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** y no solo judicial.

Lo anterior, en razón a que la Sala tiene decantado que esta infracción tutela de manera amplia, la administración pública, en cuanto **el sujeto pasivo definido es todo servidor público**, y, adicionalmente, al incluir el legislador como uno de los ingredientes normativos el acto administrativo, **puede recaer sobre cualquier actividad estatal en la que se profiera**.

[...]

[...] **el desconocimiento de la máxima de legalidad afecta la función pública, tanto en la faceta de administrar justicia como en el ámbito administrativo en general**, bien sea poniendo en efectivo peligro la concreción de la legalidad en las decisiones o lesionándola con la producción de una determinación contraria a la ley, debido a la inducción en error de la que es objeto el funcionario decisor.

En el presente caso, como se indicó en la decisión del Tribunal, **si bien la presentación de la documentación se hizo ante servidores de la Universidad de Pamplona**, entidad que hizo el análisis para asignar los puntajes correspondientes, también lo es que, **todo el accionar logístico desarrollado tenía una finalidad y un destinatario, el Consejo Superior de Carrera Notarial, ente integrado por altos dignatarios del Estado**, cuya tarea final era conformar las listas de elegibles para el nombramiento de los notarios del país en carrera. Lo que conllevaba, como lo ha señalado la Corte Constitucional, **el ejercicio de la función notarial que no es más que, el ejercicio de una autoridad, por cuanto comporta el desarrollo**

de una atribución del Estado, esto es, la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública.

FRAUDE PROCESAL - Bien jurídico tutelado: la administración pública, tanto judicial como administrativa / **NOTARIO** - Naturaleza de su función / **FRAUDE PROCESAL** - A través de incorporación de información no cierta en concurso de méritos / **FRAUDE PROCESAL** - A través de la aducción de una obra literaria no propia como si lo fuera completamente / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR** - Plagio: el plagio de una obra que ha plagiado otra no hace atípica la conducta

Como se ha establecido hasta este momento hay hechos que están probados y no generan discusión en este caso. **Los aquí implicados, como aspirantes inscritos en la convocatoria para el nombramiento de notarios en propiedad**, efectuada por el Consejo Superior de Carrera Notarial, a través del Acuerdo 1 de 2006, **a fin de obtener cinco puntos adicionales para quienes acreditaran la autoría o coautoría en una obra en el área de derecho**, allegaron un certificado de registro que los acreditaba como autores de la obra «Manual de Registro Civil de las Personas», expedido, el 23 de febrero de 2007, por la Dirección Nacional de Derecho de Autor .

Igualmente, se conoce que, de un lado, la Fiscalía General de la Nación considera que en este caso **se configura el punible de fraude procesal porque el mencionado registro fue expedido con información no cierta** suministrada por los procesados a la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Así mismo, que **el elemento normativo, medio fraudulento**, que se exige para que se configure este punible, **es el mencionado registro**, principalmente porque **el referido Manual es un plagio en 36.1% de la obra «Cartilla del Registro Civil de las Personas», publicado por la Registraduría Nacional del Estado Civil**, cuyo autor es AHAP. De otro lado, la defensa centra su argumentación en que demostró que no hubo plagio porque, de una parte, la Cartilla no es original, dado que ella es copia de varias obras, y de otra, que se trata de una compilación normativa, en los dos eventos, no hay protección de derechos de autor.

[...]

Pues bien, al contrastar los enunciados fácticos fijados en la sentencia impugnada y las

conclusiones a las que arribaron los litigantes y la delegada de la Procuraduría -como no apelante-, la Sala encuentra que **el fallador de segundo grado no erró al considerar**, sin dubitación alguna, **la existencia del medio fraudulento**, siendo éste, el registro como autores del «Manual de Registro Civil de las Personas», obtenido por los procesados, de fecha 23 de febrero de 2007 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Así las cosas, para la Sala, de la misma forma como lo entendieron la delegada del ente acusador y el Tribunal Superior de Bogotá, el medio fraudulento resulta palpable en el actuar de EFM, LAVA, WMD y JAMF, pues **se valieron del registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor para hacer pasar como suyo, un libro que, en realidad, no es cien por ciento de su autoría**.

Y es que **el dictamen de RO es digno de credibilidad por la seriedad del trabajo y lo notorio que resulta el plagio**, pero además, porque no obstante los ataques de la defensa –en cuestionar la originalidad y autoría de la «Cartilla»- y, que el mismo, al igual que el también perito LFAR, haya aceptado que por la carencia de conocimientos en derecho, no le fue posible establecer cuáles de los apartes de la obra, eran transcripción de preceptos legales, logra determinar, de manera clara, que **a pesar de la existencia de otros textos -anteriores a la obra de AP-**, que también abordan el Registro Civil de las personas, **ésta tiene su propio estilo** –en la forma de organización y de presentación de la información y de las normas- que denomina como neutro, y **que fue el plasmado de manera exacta -copiado-**, en el «Manual de Registro Civil de las Personas». Muestra de ello se constata con la siguiente confrontación.

[...]

[...] **esta transcripción comparativa deja sin sustento la alegación** de que, por tratarse de una compilación de normas, los peritos estaban en imposibilidad de establecer, cuándo se trataba de una reproducción normativa o cuándo se estaban haciendo comentarios, por desconocer el campo del derecho, pues en este recuento histórico de la reglamentación que ha existido en nuestro país en materia de registro civil, **se evidencia que en estas páginas el Manual es una copia idéntica de la Cartilla, incluidos errores gramaticales**, por lo tanto, se considera que la evaluación de los peritos fue acertada.

Adicionalmente, concuerda la Sala con la apreciación del citado profesional, cuando refiere que la transliteración hecha no es una coincidencia, porque **además de la forma, también se duplicó gran parte de la presentación** de la «*Cartilla del Registro Civil de las Personas*» **que había hecho ALMA BEATRIZ RENGIFO, como Registradora Nacional del Estado Civil de la época**, esto es, tres párrafos completos -los dos iniciales y el quinto- y fragmentos de otro -el inicio del sexto- y, este solo hecho, estructura el plagio y **deja entrever en los procesados su intención malsana**, dado que su redacción elaborada por una sola persona y en el Manual **ni siquiera cambiaron la forma como se había dirigido al lector** -de singular a plural-, ni la estructura sintáctica, semántica y el sistema de puntuación. Lo que se constata así:

[...]

[...] **no resulta acertado, con el argumento de una posible falta de originalidad de la obra objeto de plagio** -propia del delito de violación a los derechos morales de autor-, **concluir la ausencia de copia para desestimar el fraude**, cuando el testigo fue enfático y reiterativo en sostener que, **así se determinara que la «Cartilla del Registro Civil de las Personas» tuviera apartes plagiados de otros textos y autores, cuenta con una organización textual que la hace original frente al «Manual de Registro Civil de las Personas»**, y que fue esto lo que se habría replicado en el último.

[...]

Los anteriores apartes **no son transcripciones de leyes o decretos sino comentarios** a la normatividad, **siendo indudable la copia del documento**, tanto en la forma como su contenido, en el que se identifica: **la estructuración temática, un estilo de redacción, la utilización de mayúsculas, de minúsculas, uso de abreviaturas o incongruencias entre artículos, sustantivos y formas verbales.**

No obstante lo expuesto, **la Sala no puede desconocer que la bancada de la defensa probó que la Cartilla contenía copia de varios documentos**, fuentes originales a los que no se hizo referencia, **pero** tal como se ventiló en el juicio y el ad quem acogió, **aun cuando la Cartilla haya sido copia de otros textos**, en parte o eventualmente en su totalidad, **esto no impide predicar que se está frente a un plagio**, porque **plagiar una obra copiándola y que se haga una**

segunda copia por otra persona, no hace desaparecer el plagio, pues este sigue existiendo.

PERITO - Idoneidad / **DERECHOS DE AUTOR** - Ámbito de protección / **DERECHOS DE AUTOR** - Diferencia entre reproducción y compilación de normas / **DERECHOS DE AUTOR** - Compilación de normas: labor intelectual que posee derechos de autor / **DERECHOS DE AUTOR** - Reconocimiento de obras jurídicas

La defensa de MD sostiene que la segunda instancia desestimó el dictamen de la perito LCRT, sin desvirtuar seriamente su contenido, su desarrollo y sus conclusiones. **La Sala considera que**, durante su testimonio, **la perito realizó una serie de afirmaciones**, que independientemente de su formación académica, **mostraron un absoluto desconocimiento de la producción intelectual jurídica y en materia de derechos de autor**, por ello sus criterios son desestimados en esta providencia.

Por ejemplo, entre varias de sus afirmaciones, **identificó la labor de compilador con la facultad que tiene cualquier persona de reproducir las leyes del país**; igualmente **afirmó que, la actividad de compilador no constituye un trabajo intelectual que tenga protección de derechos de autor**, lo cual no es cierto. **La reproducción de las normas, la puede hacer una persona en ejercicio de una facultad**, solamente se necesita tener un interés o hacerlo con una finalidad y disponer de los medios técnicos necesarios, **no requiriéndose conocimiento jurídico alguno. El trabajo de compilador**, dependiendo de la clase de compilación, **conlleva, entre muchas acciones**, la selección de un tema; conocer y estudiar la producción normativa en el área; analizar la normatividad; estudiar la vigencia, derogatoria o modificaciones de las normas; la realización de comentarios o anotaciones de diversa índole, doctrinarios, jurisprudenciales, históricos, etc. **Es decir, el ejercicio de la compilación en el campo jurídico conlleva un conocimiento del derecho y un ejercicio intelectual.** Trabajo que en caso de materializarse en alguna forma o documento **tiene protección de derechos de autor.**

La Sala, en reciente pronunciamiento SP887-2021, 10 mar. 2021, rad. 52344, con base en los principios que rigen los derechos de autor, precisó respecto a las compilaciones normativas:

[...]

Esa condición de obra intelectual no se disipa por la circunstancia de tratarse, como se afirma por el demandante, de una compilación normativa, en tanto se reconoce allí un esfuerzo creativo relacionado con la organización y fundamentación de unos conceptos en torno al tema atinente al menor trabajador, sobre el cual sus autores presentaron una visión de la problemática desde la perspectiva normativa. Para ello, obviamente, debían valerse de las distintas normas expedidas en torno al asunto tratado, lo que implicó de suyo una selección, clasificación y depuración del cuerpo normativo, lo cual le imprimió un sello de originalidad que se materializó en un ensayo en el que se plasmó la idea tutelar del trabajo presentado para optar el título de abogados en la Universidad Simón Bolívar.

Además, **la perito calificó toda forma de producción de compilación jurídica como textos institucionales impersonales**, que no presentan novedades, que no son obras y, por lo mismo, no pueden ser plagiados. **Criterios que están alejados de la realidad.** Muestra de ello es el Manual publicado por los procesados, el que se elaboró con un interés particular y un criterio personal sin un interés institucional. Desconoce la perito criterios decantados por nuestra jurisprudencia; igualmente, **ignora la riqueza conceptual que aporta la doctrina al desarrollo del derecho, con debates intelectuales que pueden limitarse a un artículo.**

FRAUDE PROCESAL - Dolo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisión, procedimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: derecho a la confrontación / **DERECHOS DE AUTOR** - Deber de citar: responsable / **DOLO** - Demostración

[...] el defensor de LAVA refiere la ausencia de dolo o tipicidad subjetiva en el actuar de su representado y en el de los demás compañeros de causa, por la aceptación de responsabilidad que hiciera ante una notaría, el editor de la obra, BMS, en la omisión de las citas de las fuentes que sirvieron de base para la elaboración del libro cuestionado.

[...]

[...] se repite, la conducta por la que se procede es la de **fraude procesal**, la cual requiere como elemento de estructuración la comprobación de la

existencia de un medio mendaz, capaz de desviar el sano juicio del servidor público, para tomar una decisión contraria a la ley, en favor de quien despliega el comportamiento.

De entrada, debe decirse que tal manifestación tampoco tiene vocación de prosperidad, por los planteamientos que a continuación se realizan.

De una parte, porque **la Sala considera que la mencionada declaración de responsabilidad autenticada ante una notaría debe excluirse** por haber sido admitida en audiencia preparatoria y leída en juicio, **obviando por el juez de primera instancia, los requisitos y el procedimiento que debía aplicarse a un documento con características de prueba de referencia**, puesto que **las partes estuvieron en imposibilidad de ejercer contradicción de su contenido.** Para esta judicatura, la argumentación del ad quem es contradictoria y errada al considerar que, aunque el elemento probatorio fue admitido y allegado al juicio de forma ilegal procedía su valoración en conjunto con los restantes medios de prueba allegados al juicio, al haber sido decretado en la audiencia preparatoria sin oposición de los sujetos procesales.

De otra parte, porque **el litigante aduce que el aspecto que se concibe engañoso, no lo es**, en la medida que **la omisión** que se le atribuye **fue de un tercero** que estuvo a cargo de la edición del «Manual de Registro Civil de las Personas», pero contrario a ello, **le asiste razón al ad quem, cuando señaló** que los elementos de convicción obrantes en la actuación -prueba testimonial de la defensa-, determinan **que era al creador de la obra a quien le correspondía consignar las fuentes y las citas de los textos utilizados**, así existiera un acuerdo previo con una persona ajena [editor].

Efectivamente, los expositores CACB y ESVP, de manera concordante, indicaron que **la labor de MS, como editor, se circunscribía a la estética o apariencia del texto, la revisión y corrección de ortografía**, por cuanto, **cuando el trabajo llega a sus manos, debe encontrarse terminado.**

En el mismo sentido, **no se puede aceptar**, como lo pretende la abogada de MF, quien también intenta demostrar la inocencia de su representado por este hecho, **que por la no incorporación del documento** contentivo de la concertación [contrato], entre los procesados y MS, **se puede colegir que, además de corregir los errores de**

redacción y de estética requeridos por el «Manual», también tuviera que poner las citas y fuentes. Por el contrario, **tal afirmación desnaturaliza el trabajo del editor**, y da lugar a que se piense que los que aparecen como autores, no lo son, dado que como lo señalaron los testigos, quienes realizan la obra, son los que saben cuáles fueron los textos y autores consultados.

Ahora bien, **tampoco resulta plausible sostener que, con el acápite de la bibliografía, se podía suplir tal omisión**, como igualmente lo plantean los apoderados de MF y MD, en razón de las llamadas citas indirectas a que hace alusión el perito de la Fiscalía JERO, ya que las mismas no suplen las anotaciones sobre los textos transcritos, pero sí, como lo indicó el mismo perito, queda la sensación de querer hacer pasar como suyo algo que no lo es [...].

[...]

[...] a juicio de la Sala, y en atención a lo citado, **así se hubiese consignado dentro de las referencias bibliográficas el texto de AHAP, ello no desvirtúa la existencia de plagio**, pues se debe revisar la totalidad de la obra, como se hizo en el presente caso, lo cual dio como resultado la comprobación de este hecho, ya que **desde la misma introducción del Manual se observa la copia de fondo y de forma**, repitiéndose el actuar en diferentes partes de la obra, no tratándose de la reproducción de normas, como atrás quedó en evidencia.

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR

- Coautoría: lo son todos quienes se atribuyen la titularidad de la obra

Dando paso a los argumentos de disenso de la defensa de JAMF, tenemos que, adicionalmente a los ya resueltos, cuestiona a la Colegiatura de segundo grado por haber desconocido los testimonios de MNDR y SEAG, personas que dicen haber observado que la única participación que tuvo el procesado en el Manual cuestionado, fue la elaboración del acápite llamado «*Cuestionario de preguntas*» y, el mismo no fue extraído de la «*Cartilla del Registro Civil de las Personas*», porque ésta no contiene un título similar.

A juicio de la Sala, las declaraciones citadas, al igual que otros elementos de prueba señalados en párrafos anteriores, no revisten relevancia alguna para derribar el fallo que se ataca, pues retomando el criterio de los expertos que integran

el acervo probatorio, **por tratarse de una obra colectiva no es posible identificar cuáles son los aportes de cada uno de los creadores**, por tanto, **todos, sin exclusión alguna, son responsables del plagio que en ella se presente.**

Lo anterior, se encuentra plenamente acreditado en el juicio, pues **en la documentación de solicitud del Registro de la obra y en el mismo documento**, expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, **no se especifica a alguien como autor de un aparte de la obra**; así mismo, **el reconocimiento del puntaje que solicitó el procesado MF al ente de la Carrera Notarial no fue por una sección de la obra sino por toda.**

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR

- Plagio: originalidad de una parte de la obra no incide en la tipicidad de la conducta

[...] el apoderado de WMD, expone también los siguientes motivos de inconformidad con la sentencia del 23 de junio de 2018:

Sostiene que, si se acepta que el 36,1% del Manual de los implicados corresponde a una copia de otra publicación, el 63,9% restante es un texto nuevo susceptible de protección de los derechos de autor, en vista del esfuerzo intelectual que contiene.

Efectivamente, tal como lo señala el abogado, si la obra de su representado y los demás compañeros de causa exhibe algún porcentaje que sea de su creación, es susceptible de protección frente a terceros, **pero**, a pesar de ello, **esta situación solo sería atendible frente a las posibles reproducciones indebidas, sobre la misma.** Por tanto, no se entiende cuál es la finalidad de tal afirmación, si ello resulta irrelevante para el asunto que se atiende.

La reglamentación de la carrera notarial no establecía la posibilidad de presentar obras en parte originales y en otra plagiadas o la Dirección Nacional de Derecho de Autor no establece que se registra y se reconocen autoría de obras en esas condiciones.

Además, **el objeto de discusión aquí no reside en si el Manual con la parte plagiada puede ser objeto de protección de derechos de autor o no**, pero, ese argumento va en contravía de lo alegado por integrantes de la defensa, según lo cual, la falta de originalidad de unos apartes de la Cartilla le hizo perder la protección de derechos de autor.

FRAUDE PROCESAL - Delito de mera conducta: no requiere para su estructuración el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley / **FRAUDE PROCESAL** - Tipicidad objetiva: se configura

En cuanto al señalamiento referente a que la conducta punible carece de tipicidad objetiva y de antijuridicidad material porque el procesado MD no requería de la puntuación por haber presentado simultáneamente dos obras o certificaciones, entonces el acto administrativo expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, por el cual se integró la lista de elegibles, no es contrario a la ley.

Se recuerda que, **el delito de fraude procesal es un tipo penal, que**, si bien conlleva de manera implícita la intención de obtener una determinación irregular, **no depende de que el resultado se produzca, sino de la potencialidad del medio -engañoso- utilizado para lograrlo.** Entonces, **así el procesado no hubiera**

necesitado de la puntuación adicional otorgada por el «Manual de Registro Civil de las Personas», para hacer parte de los escogidos a cargos de notario ofertados, dada la alta calificación obtenida en el examen de conocimiento y/o los demás aspectos tenidos en cuenta para ello o, porque su puntuación finalmente sería la misma tras la acreditación de la presentación de otro texto jurídico -«Fundamentos para establecer el Divorcio del Matrimonio Católico en Colombia»-, **con la sola radicación del documento expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor**, que lo señalaba como autor del Manual, **se configuró dicha conducta punible** enrostrada, no siendo necesaria la asignación del puntaje pretendido, pues con dicha actuación se determinó su propósito de engañar al servidor público y de obtener una resolución favorable contraria a la ley.

(Texto resaltado por la Relatoría)

Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá