



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Febrero 23 de 2022 n.º 02

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 - Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio, alcance y límites / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: subrogados penales, se determinan con base en la pena de la conducta realizada, no la acordada

Es permitido a la Fiscalía tipificar la conducta con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar, no imputar, excluir, alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darle a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda, la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, en esa medida la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le correspondan al delito realmente cometido.

Al decidir el recurso de casación contra la sentencia a través de la cual confirmó la que halló penalmente responsable al procesado como autor de la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, la Sala recapitula y consolida su posición sobre el alcance y legalidad de los preacuerdos, de igual manera recalca que los subrogados penales deben analizarse a la luz de las conductas imputadas y por las que se profirió sentencia, diferente a que por el mencionado preacuerdo se haya fijado otra para cuestiones meramente punitivas.

SP359-2022(54535) del 16/02/2022

Magistrados Ponentes:

José Francisco Acuña Vizcaya / Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS:

«MAO fue sorprendido (el 16 de enero de 2018), por miembros de la Policía Nacional en posesión de un arma de fuego de defensa personal con dos cartuchos para la misma, sin permiso de la autoridad competente, cuando transitaba por la calle 53 con carrera 53 del municipio de Itagüí, razón por la cual un representante de la Fiscalía General de la Nación lo acusó formalmente como autor del delito previsto en el artículo 365 del código penal, sin que se allanara a cargos.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez, no puede hacer control material / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio, alcance y límites / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de la Fiscalía de actuar con objetividad y protección de los derechos de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: sentencia debe contener la declaración de responsabilidad por la conducta realmente cometida y la correspondiente a la negociada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, aspectos que incluye

El desarrollo jurisprudencial del instituto de los preacuerdos y negociaciones ha estado acompañado de los debates propios en torno a lo que se puede negociar, las formas de declaración de responsabilidad, la necesidad de un mínimo probatorio de responsabilidad, el rol de la

Fiscalía, del juez, la defensa y la víctima y la oportunidad procesal para efectuar la negociación, entre otros.

No ha escapado a la anterior controversia la definición de **cuál es el ilícito o el nivel de participación por el que debe proferirse la sentencia con sus consecuentes efectos en institutos como los subrogados penales**, es decir, si lo debe ser por el punible objeto de imputación o de acusación, o por el pactado vía preacuerdo, sobre todo en aquellos eventos donde se introduce alguna modificación a la calificación jurídica en compensación a la culpabilidad aceptada por el procesado.

La Sala, bien como tribunal de segunda instancia o de casación, **de forma mayoritaria**, ha venido avalando en la práctica los diferentes preacuerdos sometidos a su conocimiento y en esa medida **entendido que la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le sean anejas**, bajo cuatro supuestos: i) **Los preacuerdos tienen efectos vinculantes para el juez** pues, en términos del inciso 4° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, *“los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”*; ii) **el preacuerdo**, en aquellos casos en que se logra después de la formulación de la imputación, **hace las veces de escrito de acusación**, como que de conformidad con el artículo 350 ídem, *“Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”*; iii) **no le es legalmente posible al juez controlar materialmente la acusación**; la calificación jurídica de los hechos y la fijación de los jurídicamente relevantes **corresponde con exclusividad a la Fiscalía**, sin perjuicio de que se examinen los requisitos que le defieren legalidad al preacuerdo, ni aquellos que fundamentan la sentencia anticipada y iv) **como generalmente se advierte que es el procesado quien impugna como recurrente único, opera la prohibición de reforma peyorativa**, de modo que ni aún por vía de nulidad podrían improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.

[...]

A pesar de las argumentaciones que en este asunto expuso la Fiscalía en aras de acreditar un

supuesto cambio de la jurisprudencia, que en realidad no existió, la misma tesis mayoritariamente consolidada a través de las decisiones antes relacionadas, se aplicó en la sentencia SP4225-2020, Rad. 51478, pues a través de preacuerdo **el procesado aceptó culpabilidad por el delito imputado**, esto es tentativa de homicidio simple; **a cambio se le reconoció la pena dispuesta para cuando el delito es cometido en circunstancias de marginalidad**. La Corte entendió que, así como sucedió en la sentencia SP486-2018, Rad. 50000, el fallo se dictó de conformidad con lo convenido, sólo que en eso no hubo cambio alguno de calificación y que la remisión, en aquel caso, a las circunstancias de marginalidad fue solo para efectos punitivos, precisando una vez más la imposibilidad de modificar la sentencia ante la prevalencia de la prohibición de reforma en perjuicio.

Más recientemente, **la tesis jurisprudencial fue mayoritariamente ratificada** en sentencia SP1288-2021, reiterándose la vigencia del acuerdo por virtud de la prohibición de reforma peyorativa.

Como fácil se advierte, a través de todos estos casos **la Sala ha venido consolidando**, eso sí **no de manera pacífica**, una tesis de conformidad con la cual, se reitera, la sentencia originada en un preacuerdo se profiere según lo pactado, con todas sus consecuencias y la ha sustentado, como ya se señaló en precedencia, en el efecto vinculante del convenio, en la imposibilidad de ejercer un control material propiamente dicho sobre los juicios de imputación y acusación y en la prohibición de reforma peyorativa, lo cual **no significa ineludiblemente que ese sea el ideal jurídico** pues también ha entendido, desde aquél mismo momento y a partir de sus propias disquisiciones y de la jurisprudencia constitucional que **los preacuerdos y la actividad de la Fiscalía en ese ámbito se sujeta a ciertos límites** que deben satisfacer los objetivos de esta forma de terminación anormal del proceso.

Por eso, **no ha impedido tal doctrina**, que **en varias ocasiones**, desde los albores de la aplicación del sistema penal oral acusatorio y de los preacuerdos, **se advirtiera y se llamara la atención en torno a la forma como debería adelantarse la respectiva negociación** y plasmarse sus cláusulas a efectos de que **no se llegara**, como ocurrió en la práctica, dados los

supuestos ya reseñados y según se evidencia de la anterior relación jurisprudencial, **a la aprobación de acuerdos sin una base fáctica sólida que atendiesen**, entonces y por demás, **los parámetros señalados en la sentencia C-1260/2005** y ahora en la SU-479/2019.

Así, en fallo del 12 de septiembre de 2007, Rad. 27759, ya avizoraba la Sala:

*“El problema jurídico radica entonces en saber **¿cuál es la circunspección del fiscal a la hora de celebrar un preacuerdo?**, tema que resulta definitivo a la hora de celebrarlos:*

*Cuando **la Corte Constitucional** revisó el numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, referido a los preacuerdos sobre los términos de la imputación, en sentencia C-1260 de 2005, **avaló de forma condicionada** la norma impugnada, **en favor de la legalidad** de los preacuerdos entre la fiscalía y la defensa.*

*El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que **es permitido a la Fiscalía tipificar** [Léase imputar] **la conducta** dentro de su alegación conclusiva de forma específica **con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar** [no imputar, excluir] **alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico**, bajo el supuesto de que **no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda** [Léase imputación jurídica circunstanciada].*

***Se trata** –insiste la Sala– **de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal**, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la Administración de justicia.*

...

*Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) **la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica**, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.*

*Sólo **a partir de ese momento**, tanto el fiscal como la defensa **tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia** (los términos de la imputación), **y cuál es el precio de lo que se negocia** (el decremento punitivo).*

*Por ello, **a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a negociar los términos de la imputación:***

Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a preacordar las exclusiones en la imputación porque ya pueden tener idea clara –uno y otro– de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.

***Establecida correctamente la imputación** (imputación circunstanciada) **podrá –el fiscal–** de manera consensuada, **razonada y razonable** excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas– mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.*

*Todo ello **dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica**, es decir, **sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías** que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, **en un escenario de impunidad**, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.*

***El parámetro** de la negociación de los términos de la imputación **no es la impunidad**; el referente del fiscal y de la defensa **es la razonabilidad** en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.*

*Es **a partir de la imputación fáctica y jurídica precisa**, como referente “obligado” –insiste la Sala– **que pueden los sujetos procesales “negociar”** los términos de la imputación; **la imputación correcta es el único parámetro que permite** establecer los dos factores: **La pena a imponer si no hay preacuerdo y la pena a imponer producto del consenso** (la relación costo / beneficio de los términos de la acusación).*

Y en la sentencia SP13939-2014, Rad. 42184:

*“Entiende **la Corte** que el preacuerdo presentado por la Fiscalía cumple con los presupuestos de legalidad propios del instituto y por ello ratifica su aprobación y la consecuente condena.*

*Empero, **no puede dejar de registrar la manera si se quiere irresponsable en que algunos fiscales**, conforme a los asuntos que día a día examina la Sala, **pasan por alto mínimos***

presupuestos de contención y al amparo de las muy amplias facultades otorgadas por el legislador, **de manera sistemática y reiterada festinan beneficios inmerecidos** en asuntos que no comportan complejidad o dificultad para su demostración cabal en juicio.

Esa manida **forma de asumir el preacuerdo** como especie de tronera **que le permite desahirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración**, ha conducido de manera perversa a que **en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa** a fin de contar con la oportunidad de **mermar su carga laboral**.

...

Pero, **de ninguna manera ello puede justificar tantos y tan gratuitos beneficios otorgados a los acusados**, que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, terminan por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano.

...

Considera la Sala, eso sí, **que al interior de la misma Fiscalía**, conforme su estructura jerarquizada y lo que la constitución y la ley facultan, **es posible adelantar una tarea efectiva de control interno, fijación de pautas y seguimiento**, que limiten al máximo lo que ahora se critica.

...

El llamado es, entonces, **a que la Fiscalía General de la Nación, no solo fije pautas precisas** que permitan a sus delegados ceñirse a estrictos criterios encaminados a cumplir los fines esenciales del instituto premial, con respeto por los derechos de los intervinientes, en particular las víctimas, y de un concepto claro de justicia, **sino que establezca mecanismos internos de verificación y control** dirigidos a hacer efectivas esas directrices”.

O en la del 24 de junio de 2020, SP2073-2020, Rad. 52227, en la cual se precisó:

“...los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que **la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida** – según el estándar previsto para cada fase-

sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, **les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos;**

...el debate gira en torno a dos ideas centrales: (i) **si la Fiscalía puede optar por una calificación jurídica que no corresponda** a los hechos incluidos en la imputación o la acusación; y (ii) **si en el ámbito de los preacuerdos y a través del cambio de calificación sin ninguna base fáctica** la Fiscalía puede conceder cualquier tipo de beneficio al procesado.

Lo anterior, **sin perder de vista otros aspectos** relevantes, entre ellos: (i) la forma como, bajo esas condiciones, podría **garantizarse la igualdad de trato y la seguridad jurídica**, pues una discrecionalidad desmedida implica que cada funcionario pueda optar por la solución que considere más conveniente, sin más sujeción que su propio criterio frente a cada caso; (ii) la posibilidad de que, por esa vía, se eludan las prohibiciones legales de conceder beneficios frente a algunos delitos; y (iii) **ese tipo de acuerdos suelen generar debates sobre la procedencia de los subrogados penales**, lo que se acentúa cuando la calificación jurídica real tiene aparejadas prohibiciones legales, que eventualmente dejarían de operar a raíz de los cambios realizados en virtud del acuerdo.

...

El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los **límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica** realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, **no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están**

demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, o si al incluirlos en la imputación o en la acusación se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. **Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde**, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque **el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje,... las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia.**

Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.

A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, **este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.**

...

En virtud de un acuerdo **no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda**, como, por ejemplo, cuando se pretende **darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica.** En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que

no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) **en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad;** (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual **pueden afectar los derechos de las víctimas**, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos **pueden desprestigiar la administración de justicia**, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados”.

O final y más recientemente (19 de agosto de 2020), en sentencia SP3002-2020 Rad. 54039, donde con sustento en decisiones previas y en similar sentido se sostuvo:

“Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-1260 DE 2005 Y SU 479 de 2019) como la de esta Corporación (52227 de 2020) han aclarado que **las partes**, en virtud de un acuerdo, **no pueden:** (i) **incluir circunstancias de menor punibilidad** u otros cambios de la calificación que no tengan base fáctica y probatoria; (ii) mucho menos, **cuando ello entraña una rebaja de pena desproporcionada;** y (iii) sin que pueda desatenderse la obligación de obrar con diligencia extrema cuando **la víctima pertenece a un grupo poblacional especialmente vulnerable.**

Lo anterior, **sin perjuicio de que el acuerdo consista en tomar como referente una norma penal menos gravosa**, no para que el juez emita la condena a la luz de un referente jurídico que no se ajuste a los hechos presentados por el acusador, sino **para efectos de calcular la pena**, evaluar la procedencia de subrogados penales, entre otros, según los términos del convenio, **como sucede en el caso de quien indiscutiblemente es autor pero**, en virtud del acuerdo, **se le impone la pena que le correspondería al cómplice** (SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020).

En este último evento resulta claro que: (i) **las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta**, siguiendo con el mismo ejemplo, **de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable** –para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los términos del convenio-, **constituye**, precisamente, **el beneficio** por someterse a la condena anticipada; (ii) todo bajo el entendido de que **la condena se emitirá por la calificación**

jurídica que corresponda –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente; (iii) **el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad** –prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, **por excesivo**, resulte contrario a la necesidad de aprestigar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) igualmente, **es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima**, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (ídem).

Lo anterior, sin que pueda perderse de vista que los límites a los acuerdos, establecidos en el ordenamiento jurídico y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, no están orientados a socavar las bases del sistema de tendencia acusatoria regulado en la Ley 906 de 2004”.

Es decir, **la Corte ha advertido de forma categórica que los preacuerdos deben versar sobre una calificación jurídica fundada en la base fáctica** que, apoyada probatoriamente según la estructura propia del sistema, constituyan los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación o en la acusación.

En ese orden, **concierno a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica**, probatoriamente sustentada y que **la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos**, de modo que el procesado comprenda con claridad que **la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna** y que, **salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos**, con sus anejas consecuencias.

En esa misma línea **debe ser el rol del juzgador**, no en fijar una calificación jurídica según su criterio, sino **en advertir que el acuerdo lo sea en esos términos y que en torno a ellos el acusado tenga la claridad necesaria**; por lo mismo **no debe aprobar aquellos pactos que tozudamente varíen la calificación jurídica sin que medie una base fáctica**.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: sentencia debe contener la

declaración de responsabilidad por la conducta realmente cometida y la correspondiente a la negociada / **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - No se configura / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor objetivo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: subrogados penales, se determinan con base en la pena de la conducta realizada, no la acordada

[...] **el preacuerdo celebrado en el presente asunto consistió en la aceptación por el procesado del cargo imputado y objeto de acusación** tal como lo precisó la Fiscalía durante esos actos, esto es, autor de porte ilegal de armas; **como contraprestación** o compensación **la Fiscalía le reconoció la pena propia del cómplice** y así se fijó en 5 años de prisión, **sin que del mismo hiciera parte**, se reitera, **la concesión de la prisión domiciliaria**, la cual, por tanto, **quedaba a criterio del juzgador**.

En esos términos, más allá de que no hubo ciertamente alteración alguna del supuesto de hecho, pero tampoco base fáctica para predicar una complicidad, lo cierto es que **el convenio en manera alguna varió la forma de participación del imputado** por cuanto en virtud de él, “...**MAO acepta los hechos tal y como los ha narrado la Fiscalía y de igual manera acepta la calificación jurídica que le ha dado la Fiscalía a estos hechos...**”, es decir **autor, no cómplice**, del punible de porte ilegal de armas y **a cambio se le reconoció**, a título de compensación **la pena** de éste, **sin que en parte alguna pueda entenderse que la calificación jurídica del tipo subjetivo varió de autor a cómplice**, mucho menos cuando, se reitera, no existía una base fáctica para que se procediera jurídicamente a esa modificación.

Luego, en esas condiciones, finalmente las decisiones de instancia se sujetaron a la reiterada y mayoritaria doctrina de la Corte por cuanto se emitieron en consonancia con lo pactado, es decir que **se condenó como autor**, porque así lo asintió el procesado, **pero se le impuso la pena del cómplice** porque así lo ofreció la Fiscalía y aceptó aquél en compensación, por manera que en tales circunstancias los cargos formulados por el casacionista parten de una base errada al proponer un entendimiento contrario a la literalidad del convenio.

Por lo mismo, ninguna trascendencia podía tener las referencias que los juzgadores hicieron a los votos disidentes que en esa materia existen al interior de la Sala, ni a las decisiones del mismo orden proferidas en el Tribunal que conoció en segunda instancia de este asunto, sencillamente porque la sentencia se profirió de conformidad con lo pactado.

Por tanto, **como se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción del cómplice la cual fue referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad.**

Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, **no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación**, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada.

(Texto resaltado por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: interés para recurrir / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: para obtener fallos judiciales claramente ilegales

El implicado solamente posee interés para controvertir, a través de los recursos legales, la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena siempre y cuando no haya sido preacordado y los aspectos referidos a su consentimiento. Aunque resulte normal o cotidiano que profesionales del derecho masivamente asuman poderes para la interposición de acciones de tutela, llama la atención que las mismas fueran interpuestas en una ciudad ajena a la de los actores y que todas ellas hayan sido falladas a favor de los demandantes, en contravía de doctrina constitucional que informaba de su improcedencia.

Al resolver la impugnación especial propuesta por la defensa de FMGR contra la sentencia CSJ SP364 proferida el 21 de febrero de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual, por vía de allanamiento a cargos, lo condenó por la comisión de los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros en concurso homogéneo sucesivo y prevaricato por acción en concurso homogéneo

sucesivo, afirma la imposibilidad de retractación en los casos de allanamiento o preacuerdo, además valora la responsabilidad que le compete a los jueces a la hora de resolver tutelas que determinan cargas presupuestales para el erario, cuando estas no son legalmente viables.

SP5634-2021(51142) del 09/12/2021

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Entre el 25 de febrero de 2010 y el 24 de junio de 2011, cerca de 542 trabajadores de Ecopetrol, a través de los abogados [...], entre otros apoderados, presentaron ante los Juzgados Laborales del Circuito de Cúcuta 20 acciones de tutela, en las que solicitaban alguna de las siguientes pretensiones: (i) tener como factor salarial un «*incentivo al ahorro*» y en consecuencia, reliquidar el monto de la pensión y pagar retroactivamente los valores dejados de percibir, no obstante que voluntariamente habían aceptado dicha restricción; (ii) reconocer y pagar pensiones dentro del régimen del «*plan 70*», pese a que no cumplieran con los requisitos exigidos en la convención colectiva y (iii) el reintegro, ficto o real a la empresa, luego de haber

sido desvinculados debido al reconocimiento de una pensión gracia o despedidos por la declaratoria de ilegalidad de una huelga en el año 2004, más el pago de indemnizaciones.

[...]

Una vez los actores o el apoderado de Ecopetrol en todos los casos, impugnaron el fallo de primera instancia, las diligencias fueron asignadas a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, compuesta por los Magistrados FCC, FMGR, y AJAC, los dos primeros funcionarios, en 20 fallos aprobados en Sala dual o mayoritaria, sin excepción accedieron a las pretensiones de los actores, ya fuese al revocar, confirmar o adicionar la sentencia recurrida, según el caso. En dichos pronunciamientos de segundo grado, el Magistrado AJAG salvó voto, al considerar que las acciones constitucionales eran abiertamente improcedentes.

Como consecuencia de las referidas sentencias, Ecopetrol, empresa Industrial y Comercial del Estado, tuvo que pagar a los actores cerca de \$109.472.162.193 para el año 2012.

Para el logro de los resultados antes señalados, el abogado [...] y otros dos litigantes, se asociaron con jueces laborales del circuito [de] Cúcuta y con los Magistrados del Tribunal Superior de esa ciudad, doctores FCC y FMGR,, para que a través de fallos de tutela fundamentalmente estos últimos, accedieran a las pretensiones de los empleados y extrabajadores de Ecopetrol.

No obstante, las sentencias de tutela proferidas por el Tribunal Superior de Cúcuta, fueron objeto de revisión por la Corte Constitucional, que mediante 13 fallos las revocó total o parcialmente y en su lugar, denegó los amparos constitucionales, a excepción de uno en que solo consideró desacertada la imposición de la condena en perjuicios.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: interés para recurrir / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, salvo vicios del consentimiento y o violación de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías

[...]

La Corte ha insistido en explicar que **para tener acceso a los recursos es presupuesto indispensable que la parte haya sufrido un agravio o perjuicio en su situación jurídica**, escenario que lo habilita para impugnar la decisión que le es desfavorable.

Por eso, **si las pretensiones de la parte han sido atendidas**, verbigracia, cuando el trámite penal culmina **por virtud de alguno de los mecanismos de terminación anticipada**, al procesado **no le es permitido cuestionar aspectos de responsabilidad penal**, que de manera libre y voluntaria aceptó y consintió declarar.

En estos casos, la Sala tiene dicho que **el implicado solamente posee interés para controvertir**, a través de los recursos legales – apelación, casación o, como en el caso bajo examen, impugnación especial–, **la vulneración de sus garantías fundamentales, el quantum de la pena siempre y cuando no haya sido preacordado y los aspectos referidos a su consentimiento** (Cfr. entre muchas otras, CSJ AP, 14 sept. 2009, rad. 32032).

[...]

En ese sentido, la Corte ha explicado que, **si el encausado acepta los delitos endilgados, se hace vigente el principio de irrevocabilidad y surge la imposibilidad, para quien así actúa, de discutir lo relacionado con la responsabilidad penal admitida**, bien para pregonar su inocencia (retractación total), o en procura de buscar una forma de degradación (retractación parcial), salvo que en ese acto procesal se haya incurrido en transgresión de sus garantías fundamentales, caso en el cual corresponde al afectado la demostración de alguna irregularidad que hubiere viciado su consentimiento o, en general, quebrantado sus derechos (Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40053).

Ya la Sala ha precisado que una interpretación razonable del **artículo 293 de la Ley 906** de 2004, apunta a entender que **la retractación allí regulada sólo procede si se evidencia**: (i) que **la asunción de responsabilidad no correspondió a un acto voluntario**, libre, consciente espontáneo e informado, o (ii) que **en desarrollo de ese acto se vulneraron garantías fundamentales**. De ese modo, sólo excepcionalmente cabe admitir la retractación.

En el caso de la especie, toda la argumentación del recurrente está encaminada, directa (la denominada primera tesis subsidiaria) o indirectamente (las restantes), **a desdecirse de su manifestación de culpabilidad** frente a las conductas delictivas imputadas de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, los dos últimos en concurso.

[...]

El trámite procesal informa, como bien lo refirió la Delegada Fiscal en su intervención en condición de no recurrente, que con la finalidad de aclarar y adicionar la imputación que previamente se efectuara el 3 de agosto de 2017 (en ese momento sin aceptación de cargos), el 27 de septiembre siguiente, **FMGR acudió ante el Magistrado** con Función de Control de Garantías a cargo, **funcionario judicial que preguntó al imputado si entendía el objeto de la diligencia**, respondiendo **afirmativamente**.

Seguidamente, **indagó si comprendía los cargos atribuidos** por el ente acusador (en esencia, circunscritos a los punibles de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar relatadas), **obteniendo por respuesta que sí los entendía**. También, GR **dijo comprender los derechos que le asistían como imputado**.

Finalmente, **el Magistrado le dio a conocer las opciones que tenía en torno a la aceptación o no de los cargos imputados** y, con suma claridad, le explicó las consecuencias que la aceptación conllevaba.

Luego de las debidas advertencias y precisiones, **el servidor judicial con función de control de garantía solicitó a GR su respuesta frente a los cargos imputados**, quien, **sin vacilación alguna, informó que los aceptaba**, razón por la que el funcionario judicial verificó que la manifestación de voluntad respetara los condicionamientos del artículo 131 de la Ley 906 de 2004, constató el cumplimiento de los requisitos para avalar el allanamiento y descartó cualquier vulneración de garantías fundamentales del procesado.

Adicional a lo informado en aquella diligencia preliminar, **la Sala de Casación Penal asumió igual verificación en audiencia celebrada el 30 de octubre de 2017**, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 293 ejusdem, en la cual,

la Magistrada Sustanciadora advirtió que de la **revisión del registro filmico de la audiencia y del escrutinio de la actuación procesal, se podía constatar que el allanamiento a cargos se hallaba conforme a lo dispuesto por el legislador** y los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte, razón por la que la Sala tampoco encontró violación en el trámite surtido.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, exfuncionario judicial no puede alegar desconocimiento del tema y expectativas procesales no alcanzadas como vicio del consentimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, no se configura nulidad cuando es inexistente el supuesto vicio del consentimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: fiscalía, petición de subrogados no es vinculante para el juez

En el presente caso **se afirma que la admisión de responsabilidad de FMGR es ilegítima por vicios en su consentimiento**, por la presión de saber que a su avanzada edad debía purgar la pena en una cárcel y la expectativa de obtener un subrogado penal.

Este argumento no es consistente, porque **contrario a lo afirmado, es la acumulación de años lo que impide tener por justificado algún vicio, toda vez que permite adquirir el suficiente discernimiento para comprender que toda acción delictiva conlleva la atribución de una sanción**, que puede ser intramural, dependiendo de su naturaleza, y que en el presente caso se estaba ante conductas de extrema gravedad.

A esto se suma la experiencia acumulada durante muchos años en el ejercicio de la judicatura y su versación en temas jurídicos, así fuere en un área distinta al derecho penal, lo cual se erige en **criterio diferenciador** respecto de una persona lega en estas materias.

Por ello, **purgar la pena en un establecimiento carcelario resultaba un escenario de alta probabilidad para el procesado, quien, como administrador de justicia, conocía las consecuencias de su proceder, y aunque la posibilidad de obtener un sustituto por un subrogado podía surgir como una expectativa**, lo cual es normal, **ello no es argumento suficiente para sostener que, como las cosas**

no se dieron, su consentimiento estuvo viciado.

Además, GR **contó en todo momento con asistencia letrada de confianza**, la cual **despejó cualquier hipotético vacío informativo** que pudiere tener en punto de las implicaciones del acto de imputación de cargos, **el que definitivamente selló el Magistrado con Función de Control de Garantías cuando realizó el exhaustivo interrogatorio**, a fin de corroborar que la aceptación se ajustara a una decisión libre, consciente, voluntaria, espontánea y debidamente informada por la defensa.

Del diligenciamiento se infiere que **la aceptación de cargos no se debió a un acto repentino o impulsivo de FMGR**, toda vez que **entre la inicial imputación y su aclaración y adición medió un lapso de casi dos meses, tiempo amplio para reflexionar** sobre las posibilidades de afrontar el proceso penal al que se le vinculó, adoptando la determinación de aceptar los cargos en su segunda salida procesal, o enfrentar el juicio, decisión que solo se entiende **luego de un sereno y meditado análisis**.

[...]

Asegurar, asimismo, **que el allanamiento a la imputación se debió a la promesa de la delegada fiscal de apoyar la concesión de un eventual subrogado penal** (a la postre incumplida, según la impugnación), además de constituir una hipótesis factual indemostrada, **desconoce que**, en los términos que se plantea, **la petición del ente acusador no sería vinculante**, por no depender la decisión de la voluntad de los sujetos procesales, **sino del resorte exclusivo del juez de conocimiento**, en este caso, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En otras palabras, **así la fiscalía hubiere apoyado una petición de la defensa respecto de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, ello no implicaba su ineluctable concesión**, pues, en cualquier caso, tratándose de aceptación unilateral o preacordada de cargos, **su otorgamiento se rige por parámetros anejos al principio de legalidad, mismo que informaba su anticipada desestimación por llanos criterios objetivos**, insístase, por la naturaleza de los punibles aceptados, algunos de ellos con exclusión de beneficios por parte del legislador.

Así las cosas, la sola manifestación del procesado, exteriorizada ante un notario casi dos años después de haberse realizado la audiencia de proferimiento de la sentencia ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde debió ser planteada al advertirse que la fiscalía incumplía el supuesto compromiso, no tiene la capacidad de derruir la aceptación de cargos legalmente efectuada.

[...]

En consecuencia, **la nulidad que por esta causa se promueve, no está llamada a prosperar.**

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: presupuestos para dictar sentencia, prueba mínima / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Demostración / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: para obtener fallos judiciales claramente ilegales / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - No se vulnera

Ha de recordarse que **constituye garantía fundamental de quien acepta la imputación** – sin vicios del consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos–, **que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en suficientes medios suasorios que**, junto a su admisión de culpabilidad, **acrediten la materialidad de la infracción delictiva y la responsabilidad**.

En el caso de la especie, **la Sala de Casación Penal valoró la declaración del entonces mensajero de ECOPETROL** para el año 2011, quien **a través de correo electrónico institucional envió invitación a los afiliados del sindicato ADECO**, subdirectiva Bogotá, **para reunirse con un abogado en un hotel de esta ciudad**, con el fin que éste los apoderara en acciones de tutela que se presentarían en la ciudad de Cúcuta, **con resultados positivos**, según se comentaba *«en el voz a voz»*.

A esa declaración se agregó el texto del correo electrónico de fecha 14 de febrero de 2011, del cual la Sala **infirió un lenguaje cifrado que daba a entender que en aquella localidad se tenía el camino allanado para la prosperidad de las acciones constitucionales** tendientes al reconocimiento y pago de prestaciones laborales, **a las que no era viable acceder por vía de tutela, si no fuera a través de medios ilícitos**, los que, por obvias razones, no podían ser expuestos a través de ese medio informativo.

También **contó la Sala con el registro efectivo de las veinte demandas** de amparo, que **aglutinaban a más de quinientos empleados** y extrabajadores de ECOPEPETROL, **ninguno con domicilio en Cúcuta**, las que, en últimas, fueron decididas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, del que hacía parte FMGR en condición de Magistrado, **todas ellas favorables a las pretensiones de los actores, con evidentes visos de ilegalidad** (constitutivos de prevaricato por acción).

De todo lo anterior, **la Sala de primera instancia concluyó que, en el acuerdo principal**, por lo menos, **existió participación de profesionales del derecho litigantes, un juez laboral** que previamente aceptó cargos por estos hechos **y los magistrados aquí acusados**, toda vez que el tercero que conformaba la Sala Laboral decisoria, siempre salvó su voto al considerar la improcedencia de los mecanismos de amparo propuestos.

A ese mínimo probatorio aportado por la fiscalía, el a quo **sumó la aceptación de cargos por parte de FMGR**, conjunto del cual extrajo los contornos constitutivos de la conducta punible de concierto para delinquir.

Esto, por cuanto la **comunidad delictiva daba visos del propósito de ejecutar conductas punibles indeterminadas**, aunque determinables en su especie, **a través del favorecimiento por fallos ilegales** (prevaricato por acción), a un número indefinido de empleados y extrabajadores de ECOPEPETROL, que **por intermedio de abogados presentaban acciones de tutela para lograr el reconocimiento y pago de variadas prestaciones sociales, a las que no había lugar por esa vía jurisdiccional** (peculado por apropiación en favor de terceros).

[...]

Por eso, **aunque resulte normal o cotidiano que profesionales del derecho masivamente asuman poderes para la interposición de acciones de tutela, llama la atención que las mismas fueran interpuestas en una ciudad ajena a la de los actores y que todas ellas hayan sido falladas a favor de los demandantes, en contravía de doctrina constitucional que informaba de su improcedencia**, en virtud de criterios de subsidiariedad, inmediatez y temeridad, aunado a que en tres radicados (T-2000/10, T-2080/10

y T-2122/11), se obvió el reparto a través de la oficina judicial correspondiente.

[...]

Téngase en cuenta que **el estándar probatorio de las sentencias que se emiten en procesos que terminan anticipadamente, difiere del exigido en las actuaciones en las que se agotan todas las etapas procesales**.

Estas últimas demandan la comprobación en grado racional de certeza de la materialidad del delito y de la responsabilidad, a través de pruebas practicadas en el escenario natural del juicio oral, mientras que, **en la forma abreviada**, la sentencia **halla sustento en los elementos materiales probatorios**, evidencia física e información legalmente obtenida, **hasta el momento en que se produce la aceptación de cargos**, unilateral o consensuada (Cfr. CSJ SP708-2020, 17 jun. 2020, rad. 48916).

PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: Trámite de tutela / **ACCIÓN DE TUTELA** - Cosa juzgada / **ACCIÓN DE TUTELA** - Temeridad / **ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de inmediatez / **ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de subsidiariedad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela, se configura

En cuanto al **carácter temerario de algunas acciones de tutela**, la Sala a quo bien explicó la sofisticada argumentación plasmada por FMGR en los fallos tildados de prevaricadores, habida cuenta que desconoció la triple identidad de partes, hechos y pretensiones, en razón a la interposición de recursos de amparo anteriores.

Con la finalidad de dar apariencia de legalidad a la caprichosa decisión de estudiar de fondo tres asuntos particulares (T-2105, T-2111 y T-2113 de 2011), **el procesado acudió a la postura acomodaticia de justificar la existencia de hechos nuevos** –que no ostentaban ese cariz–, **a partir de relacionar documentos no aportados** en los trámites constitucionales previos, para así poder analizar la controversia y acceder a las pretensiones de los accionantes.

En esos casos, **ante la indiscutible existencia de cosa juzgada, GR estaba compelido a rechazar las demandas presentadas**, en lugar de asumir el fondo del asunto, como a la postre ocurrió.

Por eso, en el caso concreto, **la temeridad no admite discusión**, al punto que la propia Corte Constitucional, en sede de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a través de providencias CC T-741-2011 y T-784-2011 así lo dispuso. Con todo, el recurrente insiste en sostener lo contrario.

Por otra parte, la **infracción al requisito de procedibilidad de la inmediatez** se hizo evidente en doce de los fallos cuestionados, pues **el excesivo paso del tiempo entre los hechos** que causaron la supuesta vulneración de derechos fundamentales en cada caso **y la respectiva fecha de presentación de la correspondiente demanda**, resultaba desproporcionada y sin justificación alguna.

Es de recordarse que, si bien, no existe normativamente un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, la doctrina de la Corte Constitucional ha reflexionado con insistencia que, **dada su naturaleza cautelar, la solicitud debe invocarse en un plazo razonable**, según el caso.

En ese orden, **la Sala a quo consideró que las acciones de tutela** T-1828, T-1836, T-2000, T-2038 y T-2071 de 2010 y, T-2080, T-2094, T-2121, T-2122, T-2183, T-2193 y T-2196 de 2011 **se presentaron por fuera del término prudencial** establecido por aquella Alta Corporación, razón por la que el amparo debía declararse improcedente.

Esa consecuencia jurídica fue caprichosamente desatendida por FMGR, so pretexto del carácter actual de la vulneración a garantías fundamentales, sin reparar que el presunto hecho generador de transgresión hallaba su fuente en actuaciones de largos años atrás.

[...]

Por último, el **desconocimiento del principio de subsidiariedad** fue analizado por la Sala **en diecinueve de los veinte fallos** de tutela tildados de prevaricadores. En todos ellos, esta Sala coincide con la primera instancia en que **FMGR desconoció de forma caprichosa que los actores habían demandado sus prestaciones ante la jurisdicción ordinaria laboral**, por ende, **se trataba de asuntos pendientes de resolución**.

Además, que **no eran personas de la tercera edad**, aunado a que **todos recibían un ingreso mensual fijo**, bien por concepto del salario derivado de su vinculación laboral con ECOPETROL, ora en virtud de una mesada pensional por cuenta de la misma empresa, es decir, **no se encontraban en condición de debilidad manifiesta, ni estaba amenazado su derecho al mínimo vital**.

Ciertamente, los actores contaban con la jurisdicción ordinaria laboral a fin de exponer sus pretensiones, la cual resultaba idónea y eficaz para la defensa de los derechos que consideraban vulnerados.

El procesado, sin embargo, desplazó al juez natural para arrogarse la facultad de resolver de fondo los asuntos y con ello beneficiar ilegalmente a los demandantes, superando de forma amañada el requisito de procedibilidad a través de la sesgada citación e interpretación de la jurisprudencia constitucional.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Puede presentarse como delito medio en el peculado por apropiación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Consumación: en casos de pronunciamiento judicial ilegal que ordena pagos en contra del erario / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica: jueces de tutela que ordenan pagos en contra del erario / **PECULADO POR APROPIACION** - Se configura

Para el impugnante, no existe una fuente de desaprobación del riesgo, por la sencilla razón que considera conformes a derecho los veinte fallos de tutela que justificaron las órdenes de pago a favor de los actores, en una suma cuantificada por el ente fiscal en \$109.472'162.193,00.

De ello conjetura que los pagos realizados no podían atribuirse a su prohijado como peculado por apropiación, al estar enmarcados en el riesgo permitido generado por la obligación jurídica de cumplir con decisiones de tutela, insiste, emitidas legalmente.

Pues bien, **no puede predicarse en este caso la atipicidad objetiva esgrimida por el recurrente para el delito de peculado**, como quiera que **FMGR con sus decisiones de amparo ilícitas** (como atrás se dilucidó), **propició** el proceso institucional al interior de ECOPETROL, que concretó **la producción del resultado lesivo y relevante penalmente**.

No debe olvidarse que el **concurso homogéneo de peculados solo son una consecuencia, como delitos fin, de los delitos medio** (prevaricato por acción, en concurso) utilizados para alcanzar el objetivo propuesto, que esquilmo al erario.

Por tanto, la Sala encuentra acertada la argumentación de la primera instancia, cuando indica que **la decisión de la Sala Laboral de asumir en ejercicio de sus funciones el conocimiento de los recursos de amparo, implicaba la facultad de disponibilidad**

jurídica, y que **esto le permitió al procesado disponer de los dineros de ECOPETROL**, de donde se sigue que **su apropiación en favor de terceros se produjo por razón de las funciones judiciales que cumplía**.

Así, de consuno con la decisión de primer nivel, ha de concluirse que **la disposición de dineros de la empresa estatal estructuró el delito de peculado por apropiación**, al concurrir todos los ingredientes objetivos del tipo penal.

(Texto resaltado por la Relatoría)

ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES - Diferente a daños en los recursos naturales y ecocidio

Ambos tipos penales se asocian al mismo bien jurídico –los recursos naturales-, el artículo 333 consagra como elemento estructural la causación de un daño específico (grave afectación), lo que permite catalogarlo como “delito de lesión”, ese requisito no está presente en el artículo 328, que, al igual que los otros punibles incluidos en ese capítulo, tiene el carácter de delito de peligro.

En el fallo que resuelve el recurso de casación interpuesto por el delegado del Ministerio Público en contra del fallo proferido el 4 de agosto de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida el 17 de agosto de 2016 por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito de esa ciudad, por el delito de daños en los recursos naturales, la Sala identifica las diferencias entre los delitos contemplados en los artículos 328 y 333 (actual) de la Ley 599 de 2000, y determina cual se configura cuando no se produce una grave afectación a un ecosistema, sino a algunos especímenes de dicho ecosistema.

SP5664-2021(51380) del 09/12/2021

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 27 de septiembre de 2007, MEGM reclamó una encomienda enviada en un autobús que cubría la ruta Montería – Bogotá, contentiva de diversos animales silvestres, así: (i) una lora real, (ii) tres cotorras carisucias, (iii) 38 pericos bronceados, y (iv) 40 tortugas morrocoy. La procesada no contaba con el salvoconducto único de movilización, ni permiso para la tenencia y transporte de las referidas especies. Los hechos ocurrieron en la zona urbana de la ciudad de Bogotá.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación: no está sometida a control material por parte de los jueces / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez

La Sala ha precisado que **en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004 no se dispuso el control material de la imputación y la acusación**. Al respecto, resaltó que esa posibilidad se incluyó en los proyectos iniciales del Acto Legislativo 03 de 2002, pero, finalmente, fue suprimida, bajo el argumento de que era necesario preservar la autonomía de los fiscales y evitar que los jueces intervinieran en la determinación de los cargos.

Tras referirse a los aspectos que podría incluir el control material a la imputación y la acusación (el contenido de la premisa fáctica, el soporte “*probatorio*” de la misma y la **calificación jurídica**), **resaltó que los jueces pueden intervenir frente a este último tópico, cuando**

la selección normativa sea manifiestamente equivocada (CSJSP3988, 14 oct 2020, Rad. 56505).

Además, **la Sala ha diferenciado el control material a la imputación y la acusación**, entendidas como las actuaciones de parte realizadas por la Fiscalía a la luz de lo dispuesto, en su orden, en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, **de las verificaciones que debe realizar el juez para decidir sobre la pretensión de condena**. Sobre esto último, estableció las diferencias entre el trámite ordinario y el que debe surtirse ante la **aceptación anticipada de responsabilidad penal** (CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007, entre otras).

En lo que concierne a la terminación anticipada de la actuación por allanamiento a cargos o preacuerdo, la Corte ha destacado que **el juez, al estudiar la pretensión de condena presentada por la Fiscalía, debe verificar que:** (i) la aceptación de cargos **haya sido libre y suficientemente informada**; (ii) **las evidencias físicas, los documentos y la demás información aportada le brinden un respaldo suficiente a la premisa fáctica**, según el estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004; (iii) **la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador**; y (iv) en general, que **se respeten los derechos del procesado y las víctimas** (CSJSP2073, 24 jun 2020, Rad. 52227, entre otras).

ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES - Diferente a daños en los recursos naturales y ecocidio / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Delito de peligro / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES Y ECOCIDIO** - Delito de lesión / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES** - Teoría del efecto acumulativo / **TEORÍA DEL EFECTO ACUMULATIVO** – Concepto

El Código Penal, en el Libro II, Título XI, Capítulo I, consagra los delitos contra los recursos naturales. Así, regula el aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables (228), el tráfico de fauna (228 A), la caza ilegal (328 B), entre otros. Igualmente, en el Capítulo II del mismo Título incluyó el delito de daños en los recursos naturales y ecocidio.

Por su importancia para la solución del presente asunto, debe resaltarse que **el artículo 328** sanciona con pena de prisión de 60 a 135 meses al que “*con incumplimiento de la normatividad existente se apropie, acceda, capture, mantenga, introduzca, extraiga, explote, transporte, comercie, explore, trafique o de cualquier otro modo se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, corales, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana*”.

A su turno, **el artículo 333 regula el delito de daños en los recursos naturales y ecocidio**, así:

*El que con incumplimiento de la normatividad existente **destruya, inutilice, haga desaparecer** o cause un impacto ambiental grave o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de sesenta (60) a ciento treinta y cinco (135) meses...*

A primera vista se advierte que: (i) **ambos tipos penales se asocian al mismo bien jurídico –los recursos naturales–**; (ii) **el artículo 333 consagra como elemento estructural la causación de un daño específico**, lo que permite catalogarlo como “*delito de lesión*”; y (iii) **ese requisito no está presente en el artículo 328**, que, al igual que los otros punibles incluidos en ese capítulo, **tiene el carácter de delito de peligro**.

Es sabido que **la lesividad de la conducta constituye uno de los principales fundamentos de la pena**, ya que la misma solo se justifica si resulta útil para la protección de determinados bienes jurídicos. A partir de esta premisa, debe precisarse lo siguiente:

En el ámbito de los recursos naturales y el medio ambiente, como también sucede frente a otros bienes jurídicos colectivos (por ejemplo, el orden económico y social), **la lesividad suele explicarse a partir de la teoría del efecto acumulativo**. Según esta, **aunque la conducta, individualmente considerada, no afecte el bien jurídico, la posible reiteración de ese tipo de comportamientos puede producir efectos nefastos para el mismo**.

La **doctrina especializada plantea ejemplos** como el siguiente para explicar dicha temática:

Los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en

la normativa administrativa, **no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales.** Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. **El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales.**

[...]

En la misma línea ejemplificativa del tratadista Silva Sánchez, en el caso de las tortugas hicotreas (y de las demás especies en peligro), **es razonable pensar que la especie no se vería amenazada y los ecosistemas no sufrirían alteraciones relevantes, si se presentara la extracción aislada de algunos ejemplares.** Sin embargo, **la proliferación de ese tipo de acciones,** que conlleva la caza y aprovechamiento de miles y hasta millones de animales, **puede generar consecuencias inconmensurables para este recurso natural.**

Precisamente, **la reiteración de la conducta regulada en el artículo 328 del Código Penal fue lo que justificó el incremento punitivo previsto en la Ley 1121 de 2021.**

[...]

[...] sin perjuicio de los debates dogmáticos que existen en torno a los denominados “*delitos acumulativos*”, **lo expuesto en precedencia resulta suficiente para concluir que,** por regla general, **los delitos previstos en los artículos 328 y siguientes son de peligro,** al punto que, **en ocasiones, la lesividad solo puede explicarse en virtud del denominado efecto acumulativo.**

De otro lado, debe quedar claro que, en estos eventos, **la afectación del bien jurídico no se establece por el impacto producido sobre un espécimen en particular** (el loro x, la tortuga y...), **sino a partir de los efectos generados sobre las especies,** los ecosistemas, etcétera.

De no ser así, perderían sentido todos los tipos penales consagrados en los artículos 328 y siguientes, pues, a manera de ejemplo, la captura de especímenes -328- siempre implica su afectación, lo que, por razones obvias, también sucede con el tráfico de fauna -328 A-, la caza ilegal -328 B-, la pesca ilegal (328 C), etcétera.

Lo anterior, sin perder de vista que el Código Penal, en el Título XI-A, consagra los delitos contra los animales, y, en el Capítulo Único, sanciona con pena de prisión de 12 a 36 meses

al que “*por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física*” –Art. 339 A-, sin perjuicio de las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 339 B. Estos tipos penales fueron adicionados por el artículo 5° de la Ley 1174 de 2016.

En todo caso, **debe considerarse la posibilidad de que las conductas referidas en el artículo 328 del Código Penal causen alguno de los efectos descritos en el artículo 333** (que, con algunas variaciones, equivale al artículo 331, según la nomenclatura vigente para cuando ocurrieron los hechos). **Ello puede suceder si, por ejemplo, con la captura, explotación o transporte de un recurso fáunico se causa su destrucción o desaparición.**

En ese tipo de casos, según sus particularidades, **debe analizarse si la conducta encaja en el artículo 328 o en el artículo 333.** Para ello, **será determinante la comprobación del daño que reclama el artículo 333 –331 para la época de los hechos-**, lo que suele hacerse a través de un dictamen pericial, que debe ser valorado a la luz de la sana crítica y con apego a la respectiva reglamentación en el ordenamiento procesal, tal y como se explicó en precedencia.

DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES - Elementos: elemento normativo (grave afectación) / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES** - Teoría del efecto acumulativo

No se discute que el 27 de septiembre de 2007, MEGM reclamó una encomienda envidada en un autobús que cubría la ruta Montería – Bogotá, contentiva de diversos animales silvestres, así: (i) una lora real, (ii) tres cotorras carisucias, (iii) 38 pericos bronceados, y (iv) 40 tortugas morrocoy. De ello, da cuenta el informe de la autoridad que llevó a cabo el procedimiento, así como el reporte del estado de los animales recuperados.

En cuanto al impacto de la conducta de la procesada, **la Subdirección de Silvicultura, Flora y Fauna Silvestre concluyó [...]**

[...]

[...] se advierte que en este concepto, para explicar el daño, **se alude a dos situaciones perfectamente diferenciables,** a saber: (i) **el impacto en el ecosistema y en las especies a**

las que pertenecen los animales incautados, y (ii) el daño sufrido por cada animal en particular.

Frente a lo primero, a lo largo del informe se hizo énfasis en la reiteración de conductas como la endilgada a GM, para explicar el daño al bien jurídico [...].

[...]

La conclusión plasmada en el informe, según la cual los animales incautados deben corresponder al 10% de los efectivamente capturados (sobre la base de que solo ese porcentaje sobrevive), **amerita los siguientes comentarios:**

No se discute que **los estudios** mencionados (aunque no desarrollados) **pueden dar cuenta de la muerte del 90 % de los animales puestos en cautiverio**. Sin embargo, **resulta especulativo concluir que la procesada GM realizó otras conductas ilícitas**, al punto que pueda afirmarse que los animales que le fueron incautados corresponden al 10% de los que resultaron afectados con su proceder.

Lo expuesto en el concepto técnico solo es sostenible a la luz del efecto acumulativo, esto es, **sobre la base de la reiteración** de ese tipo de conductas por parte de personas indeterminadas. Al respecto, deben recordarse las estadísticas expuestas como fundamento del incremento de las penas previstas en el artículo 328 del Código Penal.

DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES - Elementos: elemento normativo (grave afectación) / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Elementos: verbo rector, transportar / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES** - Teoría del efecto acumulativo / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Diferente a daños en los recursos naturales y ecocidio: evaluación / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Se configura

Como quiera que los hechos ocurrieron en el año 2007, es necesario traer a colación las normas penales vigentes para ese entonces, frente a las que se ha suscitado la discusión, a saber, los artículos 328 y 331 del Código Penal.

Artículo 328. El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa hasta de quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 331. El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, causándoles grave afectación o a los que estén asociados con éstos o se afecten áreas especialmente protegidas incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres (133) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En primer término, como bien lo señala el impugnante, se advierte que **la conducta de la procesada encaja en uno de los verbos rectores previstos en el artículo 328 (transportar)**, sin que pueda descartarse que los animales recuperados estuvieran destinados al tráfico. Por tanto, **debe evaluarse lo atinente al daño, a efectos de establecer si**, en principio, **la conducta también podría subsumirse en el artículo 331 de la época, que equivale al artículo 333 de la actual normatividad.**

Según se indicó en precedencia, en **el informe técnico** aportado por la Fiscalía **se dejó en claro que la lesividad de la conducta** realizada por la procesada **tiene como principal fundamento la proliferación de este tipo de delitos** y, puntualmente, **el proceso prolongado de extracción de estos animales**, que pone en riesgo la supervivencia de las respectivas especies y, en general, los ecosistemas a los que pertenecen.

Además del daño causado a cada animal en particular, **en el informe no se establece que la conducta de GM, individualmente considerada, haya dado lugar a la destrucción, inutilización, desaparición u otra forma de daño semejante**, según lo previsto en el artículo 331.

Así, por ejemplo, **no se estableció cuál es la población estimada de loras, pericos o tortugas, para precisar el impacto** que sobre

esas especies, y sobre los respectivos ecosistemas, pudo tener la conducta de la procesada. Se aclaró, eso sí, que la proliferación de este tipo de comportamientos puede tener ese clase de impactos, lo que no admite discusión.

Llama la atención que **en el referido reporte se resaltó que la procesada tenía en su poder más de 80 especímenes**, lo que fue reiterado por los no recurrentes. **Aunque ello es cierto, no puede perderse de vista que no todos pertenecen a la misma especie**, lo que, necesariamente, debe considerarse al momento de establecer la afectación de los recursos naturales.

Lo anterior no implica que la conducta de la procesada sea irrelevante de cara a la protección del referido bien jurídico. Por el contrario, tal y como se expuso en las discusiones legislativas previas a la ley 1121 de 2021, la proliferación de este tipo de conductas puede causar graves consecuencias para los recursos naturales, lo que, precisamente, sirvió de fundamento al incremento de las penas previstas en el artículo 328.

Por tanto, **la Sala concluye que la conducta endilgada a la procesada MEGM encaja en el artículo 328 del Código Penal**, bien **porque corresponde a varios verbos rectores consagrados en dicha norma y porque con su comportamiento, aisladamente considerado, no causó un daño específico, en los términos del artículo 331** (vigente para ese entonces).

APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - Se configura / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por cercenamiento: se configura / **FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY** - Se configura / **ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES** - Delito de peligro / **DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES Y ECOCIDIO** - Delito de lesión / **PRUEBA EN EL JUICIO** - Fiscalía: le corresponde la carga de la prueba

El yerro en la selección de la norma aplicable se produjo, en esencia, por la indebida valoración del concepto técnico aportado por la Fiscalía.

Al efecto, en el fallo impugnado se transcribió el aparte del informe técnico, en el que se plantearon las tres formas de afectación de los recursos naturales: (i) al ecosistema, (ii) a las respectivas especies, y (iii) a las loras, pericos y

tortugas transportados por la procesada. Al respecto, el Tribunal relacionó las conclusiones trascritas en los apartados anteriores.

Sin embargo, **no tuvo en cuenta que en dicho reporte: (i) para explicar la lesividad, se hizo énfasis en “la comercialización de que son objeto de manera reiterada e indiscriminada”** este tipo de animales, y se resaltó que **“la actividad adelantada por esta persona causa un grave daño a los recursos naturales debido a la recurrencia del ilícito”**; (ii) **no se incluyeron datos que permitan establecer el impacto** de la conducta de GM, individualmente considerada, **en las especies** a los que pertenecen los animales incautados y en los respectivos ecosistemas; y (iii) **el único daño específico que se relacionó fue el causado a los animales recuperados.**

Lo anterior, constituye un error de hecho, en la modalidad de **falso juicio de identidad**, toda vez que **se dejaron de considerar aspectos relevantes de la prueba.**

Ese yerro se tradujo en la **violación indirecta de la ley sustancial**, porque **se dejó de aplicar el artículo 328 del Código Penal y, en su lugar, se aplicó indebidamente el artículo 331 idem.**

Aunque el error de hecho en mención fue determinante, no puede perderse de vista que **el Tribunal no analizó a profundidad el artículo 328 del Código Penal**, en orden a decidir si la conducta de la procesada podría encajar en el mismo. Puntualmente, **no tuvo en cuenta que se trata de un delito de peligro.**

[...]

En todo caso, **no puede asumirse que las conductas descritas en los artículos 328 y siguientes del Código Penal son irrelevantes de cara a la protección de los recursos naturales.** Al efecto, debe considerarse que el legislador, como ya se dijo, recientemente incrementó las penas previstas en dicha norma, precisamente, por el grave impacto derivado de la proliferación de ese tipo de comportamientos.

De otro lado, **el fallador de segundo grado no tuvo en cuenta que si la Fiscalía optó por el delito previsto para ese entonces en el artículo 331, tenía la carga de demostrar el daño causado a los recursos naturales**, bajo el entendido de que el artículo 328 atañe al mismo bien jurídico, pero en la modalidad de peligro.

Por tanto, **es inapropiado hablar de la “carga dinámica de la prueba”, para concluir que era a la defensa a quien le correspondía demostrar que no ocurrió una afectación relevante** a la luz de lo establecido en la norma elegida por el acusador.

Lo anterior, aunado a **los yerros en la valoración del concepto técnico** aportado por la Fiscalía, **le impidió establecer que la conducta de la procesada se enmarca en el artículo 328, no solo porque reprodujo varios de los verbos rectores allí previstos, sino porque, además, generó un peligro efectivo para los recursos naturales**, bajo el entendido de que la proliferación de este delitos, según se aclara en el referido reporte, hace que comportamientos como el suyo, por la vía de la acumulación, puedan dar lugar a la extinción de múltiples especies y a la afectación de los ecosistemas.

PRESCRIPCIÓN - Variación de la calificación jurídica / **PRESCRIPCIÓN** - Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables / **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - La Corte le hace llamado de atención: para que asuma con la diligencia debida los procesos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la actuación: por prescripción de la acción penal

Aunque el caso se sometió a conocimiento de la Judicatura en virtud de un preacuerdo, lo que, en principio, limitaría la competencia a resolver sobre la procedencia de la condena anticipada, **la corrección de la calificación jurídica obliga a verificar si operó la prescripción de la acción penal**, tal y como lo solicita el impugnante.

No se discute que **los hechos ocurrieron el 27 de septiembre de 2007.**

Para esa época, **el artículo 328 del Código Penal consagraba la pena de prisión de 32 a 90 meses.**

La imputación se formuló el 18 de junio de 2015, cuando habían transcurrido **más de 90 meses luego de perpetrado el delito.**

Por tanto, según lo previsto en el artículo 83 del Código Penal (“*la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a 5 años*”), **es claro que la acción penal había prescrito para el momento en que se formuló la imputación.**

Al respecto, **se hace un respetuoso llamado de atención a la Fiscalía para que proceda con la diligencia debida**, pues **resulta inadmisibles que ante una captura en flagrancia** y frente a un proceso que no acarrea mayores esfuerzos investigativos, **hayan transcurrido casi ocho años** entre la comisión de la conducta y la formulación de imputación.

Por tanto, se casará el fallo impugnado, conforme lo solicita el impugnante, con las aclaraciones hechas a lo largo de este proveído, en orden a declarar que la conducta de la procesada encaja en el artículo 328 del Código Penal y que, **por tanto, operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, razón suficiente para decretar la preclusión.**

(Texto resaltado por la Relatoría)

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura: mediante maltrato psicológico a los hijos

El menor, al ser expuesto forzosamente por su padre para que observe directamente los ultrajes contra su progenitora, genera la concreción de un maltrato psicológico.

Al resolver las demandas de casación presentadas por la Fiscalía –primer cargo– y el defensor de CEDR, contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual

confirmó la proferida por el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Cajicá, que condenó al antes mencionado como autor del delito de violencia intrafamiliar agravada, abordó el tema de la violencia psicológica contra los menores de edad, que se produce en el marco del maltrato físico y moral contra las madres, cuando estos son obligados a presenciarlo.

SP5414-2021(51015) del 01/12/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 28 de marzo de 2010, hacia la 1:30 p.m., cuando CEDR se encontraba con su hijo C.A.D.L. (de 6 años de edad) y una mujer en el restaurante Galápagos del municipio de Chía, observó que su esposa MPLR (con quien se había separado de hecho meses atrás) también se hallaba en el mismo lugar, por lo que decidió tomarle fotos con el celular y, luego de acercarse a la mesa en la que aquélla almorzaba en compañía de una prima y unos amigos, haló al menor y le dijo «*ahí está la P de tu madre, mira la vagabunda esa... P, H*», al paso que le dio una cachetada a su ex pareja y golpeó con una bandeja a uno de los acompañantes.

Mientras MPLR se dirigió al baño para «*evitar más problemas*», el niño llorando le imploró al agresor que no golpeará más a su mamá.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: bien jurídico tutelado, la armonía y unidad de la familia, entendidas como la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Violencia contra la mujer y los niños: legislación internacional / **MENOR** - Principio de protección especial: explicación / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Agravada: cuando recae sobre un menor de edad, solo requiere que se demuestre su minoría de edad

La Constitución Política en sus artículos 5° y 42 dispone que el Estado tiene como finalidad amparar a la familia, sus miembros y las relaciones entre ellos.

En ese sentido, el artículo 42 ibidem impone al Estado y a la sociedad la obligación de garantizar la protección integral de la familia y establece que cualquier forma de violencia, física, moral, psicológica o cualquier otra forma, por acción o por omisión, «*se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley*».

Con ese enfoque se expidió **la Ley 294 de 1996**, la cual no solo reglamentó lo atinente a las medidas orientadas a prevenir, corregir y

sancionar cualquier forma de agresión dentro del contexto familiar, por conducto de las comisarias –o eventualmente jueces civiles o promiscuos municipales–, sino que **elevó a la categoría de delito** (arts. 22 a 25 ibidem) **algunas conductas** que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal de la época, **con el objeto de brindar una mayor protección a quienes eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia.**

La norma que reguló el delito de violencia intrafamiliar en dicha disposición (art. 22 ibidem) fue subrogada por el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, con tutela al **bien jurídico de la familia**, concretamente **su unidad, armonía, honra y dignidad**, de ahí que **el ámbito protector**, como lo ha indicado la Sala, **no es la familia en abstracto** como institución básica de la sociedad, **sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo** que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes (CSJ SP, 7 jun. 2017, rad. 48047).

A dicho precepto **el legislador le ha introducido modificaciones que destacan la protección** que en el seno de la familia **merecen** los adultos mayores, las mujeres y, en formal prevalente, **los menores**, en razón a la debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo.

La previsión anterior fundamenta el **deber de amparo especial por parte del Estado**, la sociedad y la familia frente a los niños, niñas y adolescentes, como lo señala el artículo 44 de la Constitución Política y demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 3-2 dispone que «*los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, **teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas***».

Así, como lo destacó la Corte Constitucional frente a **la obligación de proteger a dicho grupo en el ámbito familiar**, a propósito del incremento de las penas para el delito descrito en el artículo 229 del Código Penal, **el principio de corresponsabilidad**, en virtud del cual cualquier persona puede exigir de la autoridad competente

el respeto de sus derechos y la sanción de quienes los vulneren, **debe llevar a la familia y a la sociedad a solicitar la intervención de las autoridades cuando en el ámbito público y privado, y dentro de éste, el doméstico, se adviertan hechos o circunstancias que pongan en riesgo la vida e integridad de los menores de edad**, ya sea por acción o ante el desamparo (CC C-368 de 2014).

Visión que llevó igualmente a esta Sala a considerar que **la protección reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes implica**, además, que la punición agravada de la violencia intrafamiliar en su contra **carezca de exigencias adicionales a la constatación de su condición de menor de dieciocho años**, puesto que los fines constitucionalmente trazados para ellos, demandan sanciones más severas para los supuestos de violación dolosa de sus prerrogativas (CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 55325).

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura: mediante maltrato psicológico a los hijos / **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN** - Se configura / **VIOLENCIA** - Psicológica: demostración, libertad probatoria / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Demostración / **TESTIMONIO** - Credibilidad / **TESTIMONIO** - Del menor: apreciación probatoria / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Violencia psicológica: se configura

[..] contrario a las apreciaciones de los falladores, **encuentra la Sala que las condiciones en que se desarrollaron los acontecimientos** en el asunto que es objeto de estudio así como el contexto de la relación familiar, **permiten identificar con claridad no solo el maltrato psicológico ejecutado hacia el menor sino el quebrantamiento de la unidad familiar con ocasión del comportamiento doloso del progenitor**.

Para ilustrar de mejor manera el alcance de lo sucedido, se estima de interés recoger los principales apartes de la declaración de los testigos que así lo acreditan.

MPLR declaró que, una vez advirtió la presencia de CDER, en compañía de su hijo de 6 años de edad y una señora en una mesa contigua a la que ella se encontraba almorzando con unos amigos y familiares, observó que aquél les estaba tomando fotografías, luego de lo cual,

*«el señor D **haló al niño**, a la fuerza, lo llevó a la mesa y **empezó a gritarle al niño** “ahí está la p de tu madre, mira la vagabunda esa”, cogió una ensaladera que estaba en la mesa, golpeó a la persona que estaba al lado mío con la ensaladera y después me golpeó a mí en la cara. Nosotros no le contestamos nada porque **el niño estaba en llantos, desesperado** y obviamente todo el mundo se acercó a ayudarme, mi prima se levantó y lo que hicimos fue salir corriendo hacia el baño. Él se levantó, se fue detrás de nosotros a amenazarnos con una pistola y a decir que nos iba a pegar un tiro».*

En cuanto a la reacción del menor, precisó que **el padre lo dejó solo**, *«el niño desesperado no tenía para donde coger, **subía las escaleras, bajaba**», hasta que la señora que los acompañaba lo llevó hasta el parqueadero, mientras que CEDR siguió amenazando en el baño al señor JHGR, a quien igualmente atacó.*

Igualmente, en el sitio de los hechos, como lo precisara la víctima, se encontraba su compañero de trabajo JHGR, su prima ALOR y esposo JACG, quienes, además de presenciar la ejecución de los actos violentos, pudieron constatar cómo afectó la conducta del acusado a su hijo.

El primero de los testigos contó que CDER **cogió al niño del brazo, lo haló** y, al dirigirse a la mesa donde se encontraban comiendo, gritando le dijo: *«mire a la p, p, h **de su madre, su madre es una p, una h, es la peor porquería**».* En seguida, tomó una cacerola de ensalada, *«me la puso en la cara»*, al tiempo que le pegó a MPLR en el rostro. Agregó que los insultos continuaron en el segundo piso del establecimiento, donde reiteró las afrentas contra su esposa, frente a lo que **C.A.D.L. llorando le decía** *«papá, **sáqueme, no le haga daño a mi mamá, por favor, no quiero estar acá**».*

En similares términos se refirió ALOR y JACG. Además de coincidir en las palabras denigrantes de parte del acusado a su esposa, tales como *«p, vagabunda, p»*, así como de corroborar el golpe que igualmente le propinó en la cara, la primera refirió que **el menor «estaba muy asustado, llorando, aterrado de todo lo que estaba pasando»**. Por su parte, JACG dio cuenta que inclusive CEDR **agredió a su esposa «con el niño cogido de la mano»**, **mientras que este le imploraba que no le pegara a la mamá**.

Ahora, **C.A.D.L. también compareció a juicio** y, aunque no mencionó las palabras usadas por

su padre –que extraña el defensor–, **si refirió que aquél lo jaló** hasta donde su progenitora y, luego de tirarle un plato de comida «*al amigo de mi mamá*», le pegó a esta una cachetada y «*empezó a insultarla, a decirle groserías*». Expresiones que sin duda corresponden a las ya descritas, no solo por los testigos en mención sino igualmente escuchadas por el subintendente de la policía Elkin Lenis Peña Matiz, quien se encontraba en el restaurante G departiendo con su familia y tuvo que intervenir ante el llamado de la víctima, porque «*su ex pareja*» le había producido unas lesiones (le observó hematomas en la cara) y le decía «*esta p, qué hace, diferentes cosas, palabras soeces de toda clase*».

Por consiguiente, **de lo revelado por los declarantes se colige sin dubitación alguna que el menor**, al ser **expuesto forzosamente por su padre para que observara directamente los ultrajes contra su progenitora, generó la concreción de un maltrato psicológico**, no solo por el impacto inmediato que la escena tuvo en él y que se evidenció con el llanto y el reclamo al enjuiciado para que detuviera la afrenta, sino el mediato que, necesariamente, produce cualquier escena violenta que involucre o afecte a un miembro cercano de la familia como lo es una madre.

Así se desprende de la **narración del niño**, al describir su reacción frente a lo sucedido:

Cuando yo vi que le empezó a pegar y a tirar el plato de comida, me puse a llorar. A mí me dio como miedo, me sentí mal, a mí no me gusta que le peguen a mi mamá porque es mi mamá, y subimos al segundo piso y ahí yo seguía llorando y después bajamos, como que subimos al segundo piso y por alguna razón él me volvió a bajar y me sacó del restaurante, pero yo estaba llorando...

Adicionalmente, la prueba también da cuenta que el comportamiento violento y oprobioso ejercido por CEDR se extendió a menoscabar la unidad familiar que existía entre este y su hijo.

En efecto, al preguntársele sobre la relación entre sus padres, C.A.D.L. contestó: «*mala, de hecho porque mi mamá le tiene miedo a mi papá y yo también le tengo miedo a mi papá*». Al respecto, explicó que normalmente cuando aquéllos se encuentran, «*mi papá le hace cosas feas a mi mamá y por eso a nosotros nos da miedo, y también cuando lo vemos, por eso nos vamos*». A la vez, refirió que **CEDR lo «obligaba»**

a ir con el sicólogo pese a que él no quería, «*hasta que yo decidí no estar con él, no vivir con él, no verlo más*». Incluso, a minuto 40:32 del interrogatorio debió suspenderse la diligencia para que el niño se calmara, pues en llanto manifestó: «*tengo miedo, me da mucho miedo que [mi papá] me pegue*».

Luego, **queda develado el desacierto del juzgado cuando puso en duda el maltrato psicológico soportado por C.A.D.L.** ante la conducta denigrante del procesado hacia su progenitora, aduciéndose en el fallo recurrido que «*dicha situación no se evidenció en los testimonios recaudados*», reclamando, a su vez, que «*debe estar establecido por un profesional especializado que determine que se trata de una condición verificada*».

Pues además de que la prueba testimonial demuestra lo contrario, incurre la primera instancia en un **error de derecho por falso juicio de convicción** al exigir prueba pericial para comprobar el maltrato psicológico a una de las víctimas, ya que **está creando una inexistente tarifa legal contraria a la libertad probatoria** reglada en la Ley 906 de 2004, a partir de la cual es posible demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad penal con cualquier medio de prueba (art. 373).

A la vez, ante la conclusión que extracta **el a quo** de la valoración psicológica practicada al menor por la funcionaria del Instituto Nacional de Medicina Legal, **parece entender que la lesión o afectación psicológica** constituye **un elemento del delito de violencia intrafamiliar**, cuando es evidente que **la tipicidad de este comportamiento no lo exige**, sino el maltrato físico o **psicológico** a cualquier miembro del núcleo familiar, último que en este caso surge del contexto fáctico que viene de exhibirse.

De otro lado, debe decirse que **si bien en la entrevista ante la sicóloga e igualmente en el juicio el niño hace alusión**, además de lo acontecido el 28 de marzo de 2010 en Chía, **a otro episodio de violencia intrafamiliar**, como al suscitado el 23 de octubre de 2009, en el que CEDR le pegó, junto con sus hermanos, a MPLR en la casa y en presencia de él –hecho que conllevó a la separación de la pareja–, **pese a que no hizo parte del objeto de acusación en este asunto, sí resulta relevante** frente a la concreción del delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, para **efectos de visibilizar el fenómeno de la violencia ejercida en aquel**

ámbito familiar y comprender mejor la problemática que la desencadena.

Desde luego, **sin que ello signifique que se trate de un elemento estructural del delito, o se afirme que un solo acto de agresión no constituye violencia intrafamiliar**, como lo ha indicado insistentemente la Sala.

En ese orden, a partir de la versión de C.A.D.L., que guarda correspondencia con lo declarado por MPLR, quien a la vez hizo alusión a la medida de protección ordenada por la Comisaría Primera de Familia de Bogotá frente a actos de maltrato suscitados el 18 de septiembre de 2009 por parte de CEDR, **se advierte un claro entorno de violencia intrafamiliar promovido de manera sistemática por el acusado** sobre su –para entonces– esposa, lo que en este caso en particular, como viene de revelarse, **resulta imposible de escindir del maltrato psicológico que tales actos igualmente han trascendido al hijo menor de la pareja.**

A su vez, para la Corte **el relato del afectado es digno de crédito**, no solo porque encuentra corroboración con otros medios de prueba, sino **por su comportamiento durante el juicio y la forma de sus respuestas**, sin que se avizore que haya alterado su visión de lo ocurrido y la percepción frente a su padre, como al parecer lo sugiere el defensor. Precisamente, **en el contrainterrogatorio, ante la pregunta de si alguien le insinuó lo que tenía que decir**, respondió: **«no señora, yo lo estoy expresando, por eso acabo de llorar, de hecho... pues solo yo es que he recordado, pero nadie me ha dicho nada que tenga que decir».**

Tampoco una conclusión así puede deducirse de la valoración psicológica practicada a C.A.D.L. por solicitud de su padre CEDR, porque además de que la **profesional MLCT no evaluó a C.A.D.L. a partir de los hechos constitutivos de los actos de violencia intrafamiliar** generados dentro del hogar –desconocidos totalmente por la psicóloga–, aquélla aclaró que **el niño «no tenía un concepto negativo de su madre»**, sino que los reprobaciones hacia su hijo obedecen a que *«tiene que estar velando día a día de su cuidado, proponiendo una adaptación escolar y social buena»*, mientras que el padre es *«complaciente»* porque no está permanentemente con él.

DOLO - Elementos: cognitivo y volitivo / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Dolo: cuando se

busca desestabilizar la armonía familiar y los lazos entre padres e hijos

[...] frente a la argumentación aducida por el Tribunal, importa recordar que **el dolo comprende tanto un saber** (elemento cognitivo) **como un querer** (elemento volitivo) en relación con todas las circunstancias que integran la descripción objetiva del tipo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22, inciso primero, del Código Penal.

Por tanto, como la manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible, ha precisado la Sala, **el dolo se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta y no del hecho**, de difícil comprobación, **de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado.**

En este sentido, **a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon el suceso** acaecido el 28 de marzo de 2010 en el restaurante G, tales como: (i) el hecho de que **CEDR haya halado a su hijo**, de tan solo 6 años de edad, **para que directamente observara la agresión contra su progenitora**, y (ii) **que si dirigiera a él con el fin de degradar la honorabilidad y reputación de aquélla**, es una situación indicativa de que **el enjuiciado sabía que con su proceder iba a maltratar psicológicamente a su hijo y que orientó libremente su comportamiento a ejecutarlo.**

Pues **de haber pretendido únicamente lesionar a su esposa**, como lo entendió la segunda instancia, **el acusado no habría llevado consigo al menor**, al punto de sostenerlo de la mano mientras golpeaba a su mamá, como lo manifestó JACG, al paso que insistió en las afrentas pese al clamor en llanto de C.A.D.L. para que se detuviera, según lo dio a conocer JHGR. **Tampoco se hubiera dirigido al niño** para que, a partir de los aludidos calificativos encaminados a desprestigiar y denigrar como mujer a MPLR, e incluso señalarle al menor que aquélla *«prefería estar con el mozo»*, **en los términos escuchados por la mesera JPVM, procurara afectar el lazo materno parental que existía entre madre e hijo.**

Comportamiento que, sin duda, **propendió a su vez por la desarmonía entre los integrantes de ese grupo familiar**, pues destáquese que **el tipo penal** descrito en el artículo 229 del Código Penal **reprime no solo el maltrato de tipo físico o**

psicológico que se ejerce de manera directa entre los miembros de la familia, **sino también la violencia estructural**, es decir, **todas aquellas conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación**, al paso que **la violencia contra las mujeres** que se presentan en relaciones de poder entre las parejas, **pueden desdibujar la formación afectiva de los niños que hacen parte de la familia**, lo que en efecto ocurrió con C.A.D.L.

Las razones precedentes permiten concluir que el cargo propuesto por la Fiscalía está llamado a prosperar, en cuanto **es palmario que los elementos de convicción** obrantes en el diligenciamiento **acreditan no solo que con su comportamiento CEDR maltrató psicológicamente al menor C.A.D.L., sino que actuó dolosamente** afectando el bien jurídico de la familia protegido por el legislador.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No contempla la posibilidad de concurso homogéneo

[...] **el punible en estudio se ha de tomar como un solo acto sin importar cuantos miembros del núcleo familiar resulten afectados ni el número de actos de maltrato ejecutados** en el curso de la relación familiar, **aunque pueden ser un indicador del mayor grado de afectación** del bien jurídico con el episodio violento (CSJ SP, 6 may. 2020, rad. 50282).

Así lo precisó esta Corporación en providencia CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 50587, en la que se acude a la decisión CSJ SP, 6 mar. 2019, rad. 51951, a través de la cual la Corte destacó que **en los casos en los cuales el agente maltrata física o psicológicamente a varios miembros de su núcleo familiar**, la naturaleza del bien jurídico, su titularidad, así como la forma de realización del verbo rector y circunstancias **impiden estructurar un concurso material de delitos de violencia intrafamiliar.**

(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